



**İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

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

**Cilt : 3 – Sayı : 2**  
**Temmuz – Aralık 2012**

**Vol. : 3 – No : 2**  
**July – December 2012**

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası  
Kapak Tasarım Okt. Fehmi KOLÇAK

İLETİŞİM ADRESİ:  
İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye  
Tel: +90 422 377 46 80 Fax : +90 422 377 46 81  
[www.inonu.edu.tr/hukuk](http://www.inonu.edu.tr/hukuk)  
[www.inonu.edu.tr/hukukdergi](http://www.inonu.edu.tr/hukukdergi)

e-posta : hukuk@inonu.edu.tr

**İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

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

**ISSN: 2146-1082**

**İNönü Üniversitesi Hukuk Fakülte Dergisi Yılda 2 Sayı**  
**Olarak Yayımlanan ve ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve**  
**Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanında 2010 Yılından**  
**İtibaren Taranmakta Olan Hakemli Dergidir.**

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.  
Fakülteyi bağlamaz

## Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof.Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan KARAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa AKAY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr.Oguz Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Sūha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr.Tekin MEMİŞ	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr.Vahit DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr.Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Mehmet ÖZDAMAR	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Murat ATALI	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Süleyman BAŞTERZİ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Tamer BUDAK	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Burak ÖZTÜRK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Hamdi PINAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. İsmail ERBAY	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. M.Ayhan TEKİNSOY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Oğuz Sadık AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## 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 yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, 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](mailto: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.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
- 10- Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
- 11- Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
- 12- Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:  
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
- 13- Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
- 14- Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
- 15- Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

## İÇİNDEKİLER

### **Prof.Dr.Recep AKCAN**

Avukatlık Kanunu Geçici Madde 13’de Düzenlenen Dava Vekili Kurumunun  
Mevcudiyeti Hakkında Bir İnceleme ..... 1-10

### **Yrd.Doç.Dr. İsmail ERBAY**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velayet  
Hakkının Kaldırılması (TMK. M. 348 ) Hükümlerinin Değerlendirilmesi ..... 11-60

### **Yrd. Doç.Dr. Ethem ÇALIK**

Hukuk Sosyolojisindeki Temel Yaklaşımlar ..... 61-82

### **Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ**

Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme ..... 83-156

### **Arş. Grv. S.Bengi Sayın KORKMAZ**

Roma Hukuku’nda Vekâlet Sözleşmesinde Sorumluluk Ölçütleri ..... 157-186

### **Arş. Grv. Neva Övünç ÖZTÜRK**

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahliii ..... 187-228

### **Arş. Grv. M. Yusuf EREN**

Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları ..... 229-260

### **Arş. Grv. Volkan ASLAN**

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi ..... 261-296

### **Av. Aslıhan Erbaş AÇIKEL**

Tip Gemi İnşa Sözleşmelerinde Garanti Borcu ..... 297-330

### **Arş.Grv. Bahar Öcal APAYDIN – Arş.Grv. İdil Tuncer KAZANCI**

İsviçre Federal Mahkemesinin Eser Sahipliğinin Tespitine İlişkin Kararının  
İncelenmesi ..... 331-384

## CONTENTS

<b>Prof.Dr.Recep AKCAN</b> An Examination The Presence of Which Was Held By The Temporary Article 13 of Law of Law Yers.....	<b>1-10</b>
<b>Assist. Prof. Dr. İsmail ERBAY</b> Deprivation of Child Custody Under Turkish Law According to Article 348 of the Civil Code .....	<b>11-60</b>
<b>Assist. Prof. Dr. Ethem ÇALIK</b> Sociology of Law The Basic Approach .....	<b>61-82</b>
<b>Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ</b> A Study on Cause of Action in Civil Proceeding .....	<b>83-156</b>
<b>S.Bengi Sayın KORKMAZ</b> The Standards of Liability in Contract of Mandate in Roman Law .....	<b>157-186</b>
<b>Neva Övünç ÖZTÜRK</b> Evaluation of The Right to Asylum in Article 18 of The Charter of Fundamental Rights of The European Union .....	<b>187-228</b>
<b>M. Yusuf EREN</b> The Use of Force Not Amounting to War .....	<b>229-260</b>
<b>Volkan ASLAN</b> The Inter American System of Human Rights .....	<b>261-296</b>
<b>Jur. Ashhan Erbaş AÇIKEL</b> Quaranteed Liability in Type of Shipbuilding Contracts .....	<b>297-330</b>
<b>Bahar Öcal APAYDIN – İdil Tuncer KAZANCI</b> Analysis of The Swiss Federal Court’s Decision Regarding The Declaratory Action of Authorship.....	<b>331-384</b>



**AVUKATLIK KANUNU GEÇİCİ MADDE 13'DE DÜZENLENEN  
DAVA VEKİLİ KURUMUNUN MEVCUDİYETİ  
HAKKINDA BİR İNCELEME**

**Prof. Dr. Recep AKCAN\***

**ÖZET**

Türk Hukukunda 1939 yılına kadar kendilerine dava ruhsatnamesi verilen dava vekilleri, mevzuatta hukuken yer alsa da, fiilen varlıkları tartışmalıdır.

**AN EXAMINATION ON THE PRESENCE OF WHICH  
WAS HELD BY THE TEMPORARY  
ARTICLE 13 OF LAW OF LAW YERS**

**ABSTRACT**

Until the temporary Article 13 of the 1939 Regulations the issue of the licences which were granted to some lawyers to practice law in Turkey was a controvesial issue.

**A. GİRİŞ**

Mevzuatta bazı yerlerde, dava vekili kurumuna yer verildiği görülmektedir. Özellikle, Avukatlık Kanunu Geçici m.13 ve Avukatlık Kanunu Yönetmeliği m. 74'de, dava vekilinden bahsedilmektedir

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup>. İlgili maddeler kapsamına giren, dava vekili olarak nitelendirilebileceğimiz kişilerin günümüzde hala yaşayıp yaşamadıkları; eğer sağ iseler, vekâlet görevini üstlenip üstlenemeyeceklerini tespit etmek ve buna bağlı olarak bazı sonuçlara varmak gerekmektedir. Bu incelemede, Ülkemizde dava vekili olan kişilerin bulunup bulunmadığı; mevcut olsa bile, bu kişilerin dava ve işleri, hukuka uygun olarak yürütüp yürütemeyecekleri ele alınacaktır.

## B. HUKUKİ DAYANAK

Dava vekili, mevzuatta Avukatlık Kanunu Geçici m.13 ve Avukatlık Kanunu Yönetmeliği m.74'de, bir kurum olarak düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu geçici m.17'de ve Avukatlık Kanunu Yönetmeliği m. 75'de ise, bu kuruma kavram olarak yer verilmektedir. Bunun dışında Avukatlık mevzuatında; belirtilen maddeler dışında, diğer bazı maddelerde de, bu kuruma yer verilmiştir. Örneğin: Davavekilleri hakkında uygulanacak hüküm başlığını taşıyan, Avukatlık Kanunu m. 185 hükmü bunlardan biridir<sup>2</sup>.

Avukatlık Kanunu Geçici m. 13 Hükmü aşağıdaki şekildedir:

*“3499 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte dava,<sup>3</sup> vekâleti ruhsatnamesine sahip olanlar, beş avukat bulunmayan yerlerde vekâlet icra edebilirler. Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 3499 sayılı*

---

<sup>1</sup> Dava vekili hakkında bkz: **Pekcanitez** s.161; **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 264; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 203-204; **Alangoya** s. 128-129; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 146; **Bilge/Önen** s. 239-240; **Arslan/Tanrıver** s. 206; **Tanrıver/Tercan/Deyneki** s. 117-118; **Berkin** s. 210-211; **Kaçak** s. 319; **Önen** s. 83; **Kuru** s. 1232 vd; **Karafakih** s. 41; **Postacıoğlu** s. 320-321; **Ansay** s. 68-69; **Aday** s. 11 vd; **Ulukapı/Akcan/Ercan** s. 114, s. 147; **Akcan** s. 21 vd. Karş. **Üstündağ** s. 398-401. Bkz. Ayrıca: Cumhuriyet öncesinde Osmanlı Hukukundaki dava vekilliği için: **Ansay** s.68; **Aday** s. 5-9; **Karafakih** s. 41; Mecelle m.1516. Dava vekillerinin denetiminin nasıl olacağı hakkında bkz: **Karafakih** s. 41.

<sup>2</sup> Avukatlık Kanunu m. 185 hükmü şu hususlara yer vermektedir:

“Bu Kanunun ikinci, dördüncü, beşinci, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu kısmı ile 65 inci maddesi dışında kalan hükümleri davavekilleri hakkında da kıyasen uygulanır”. Madde 185 hükmü ile, Avukatlık Kanunundaki hangi hükümlerin dava vekilleri hakkında da uygulanacağının çerçevesi çizilmiştir. İlgili hükümden çıkan sonuç şudur: Avukatlık Kanunundaki tüm maddeler değil; bazı maddeler dava vekilleri için geçerli olacaktır.

<sup>3</sup> Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sistemindeki bu maddenin asıl metninde virgüle yer verilmiştir. Burada, virgülün olması yanlış anlamalara sebep olabilecek niteliktedir.

*Kanunun (Muvakkat IV üncü) maddesi uyarınca beş avukat bulunmayan yerlerde dava vekilliği yapmakta olanların kazanılmış hakları saklıdır.*

*(Değişik: 2/5/2001 - 4667/96 md.) Dava vekillerinin, mesleklerini icra edebilmeleri için, o yerin bağlı olduğu baroca tutulan bir listeye yazılmaları şarttır<sup>4</sup>. Listeye yazılmak için yapılan başvuru üzerine barolar, istemin kabul veya reddine dair kararlarını bir ay içinde vermek zorundadır. Bu süre içinde karar verilmez yahut ret kararı verilir ise ilgili şahıs; karar verilmemiş ise bir aylık sürenin sonunda, istem reddedilmiş ise ret kararının tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kuruluna itiraz edebilir. Türkiye Barolar Birliğinin itiraz üzerine verdiği kararlar Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya karar onaylandığı takdirde kesinleşir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı kararları bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliğine geri gönderir. Geri gönderilen bu kararlar Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır; sonuç Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığına bildirilir. 8 inci maddenin altıncı ve yedinci fıkraları hükümleri burada da kıyasen uygulanır<sup>5</sup>.*

*Listeye yazılma, bu Kanunun davavekillerine tanıdığı hak ve yetkilerden faydalanmak ve yükümlere tabi olmak bakımından, baro levhasına yazılmanın sonuçlarını doğurur.*

---

<sup>4</sup> Dava vekillerinin görev yapabilmeleri için, o yerin bağlı bulunduğu baro tarafından tutulan listeye yazılmaları gerekir (Av.K geçici m.13). Barodaki listeye yazılı bir dava vekili, geçici olarak beş avukat bulunmayan yerlerde de dava vekilliği yapabilmelidir (Aday s.12); karş. Av.K geçici m. 17,I.

<sup>5</sup> Bu atıf, Avukatlık Kanunu m. 8 hükmünün ilgili fıkraları içindir. İlgili fıkralar şu şekildedir: “(Değişik : 2/5/2001 - 4467/7 md.) Adalet Bakanlığının dördüncü fıkra uyarınca verdiği kararlara karşı, Türkiye Barolar Birliği, aday ve ilgili baro; Adalet Bakanlığının uygun bulmayıp bir daha görüşülmek üzere geri göndermesi üzerine Türkiye Barolar Birliğince verilen kararlara karşı ise, Adalet Bakanlığı, aday ve ilgili baro idari yargı merciine başvurabilir.Barolar, kesinleşen kararları derhal yerine getirmeye mecburdurlar”.

*Listenin barolarca nasıl düzenleneceği, listeye yazılmak için yapılacak başvurma hakkındaki işlemler listenin mahkemelere, Cumhuriyet savcılıklarına, icra ve iflas dairelerine ve diğer resmi mercilere bildirilme tarzı ve listeden kaydın silinmesi şekli bu Kanununun 182 inci maddesinde yazılı yönetmelikte gösterilir”<sup>6</sup>.*

Avukatlık Kanunu m. 182 uyarınca hazırlanan, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği m. 74 hükmü kenar başlığı, “dava vekilleri” şeklinde olup, şu hususları içermektedir:

*“Avukatlık Kanunununun Geçici 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca dava vekilliği yapmaları kabul edilenler, barolarca düzenlenen listeye yazılmakla yükümlüdürler.*

*Dava vekilleri listesinde, dava vekillerinin adları ve soyadları dava vekilliği ruhsatnamelerinin tarihi, Bakanlık sicil ve baro listesinde kayıt sıra numarası gösterilir. Liste, isim alfabe sırasına göre düzenlenir. Her adli yılın başında 31 Aralık tarihine kadar, baro listesinde yazılı dava vekillerinin isimlerinin yer aldığı liste düzenlenerek avukatlar listesine eklenip Adalet Bakanlığı ile Türkiye Barolar Birliği ile dava vekillerinin vekâlet icra edebilecekleri yer Cumhuriyet Savcılıklarına, en büyük idare amirine, o yer yargı mercilerine, icra ve iflas dairelerine ve noterlerine gönderilir”.*

*Dava vekillerinin listeye yazılmak için başvurmalarına, listeden silinmelerine ve istemlerinin reddine dair kararlara karşı itirazlar hakkında, avukatlarla ilgili hükümler kıyasen uygulanır”.*

Avukatlık Kanunu dışında, mevzuatta bazı yerlerde de, bu kurumdan bahsedilmektedir. Örneğin: TBB’nin 2010 tarihli Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin<sup>7</sup> 18.maddesi: “Dava vekili ve dava takipçileri eliyle takip edilen işlerde ücret” başlığını taşımaktadır. İlgili tarifenin

---

<sup>6</sup> Atıf yapılan madde 182 hükmü, Avukatlık Kanununun uygulanmasını göstermek amacıyla bir yönetmelik hazırlanmasına ve bununla ilgili hususların düzenlenmesine yönelik bir maddedir. Bu yönetmelik, “Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği” ismini taşımaktadır. (Bkz. RG. 19.06.2002, Sayı 24790).

<sup>7</sup> Bkz. RG. 24.12.2009, Sayı 27442. Benzeri bir düzenleme, TBB 2005 tarihli Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m.18’de de mevcuttur. Bu hükmün başlığı: “Dava vekili eliyle takip edilen işlerde ücret” şeklindedir.

18/1.maddesi şu şekildedir: “*Dava vekilleri tarafından takip olunan dava ve işlerde de bu tarife uygulanır*”.

TBB Staj Kredi Yönetmeliği<sup>8</sup> m.4’de, stajyerlere verilecek kredi kaynaklarının sağlanması yolları içinde, dava vekilleri de belirtilmektedir.

Atatürk Orman Çiftliği Müdür ve Personelinin Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik<sup>9</sup>, m. 2/VII/f, ücretli veya sözleşmeli dava vekili istihdamından bahsetmektedir<sup>10</sup>.

### C. GENEL DEĞERLENDİRME

Danıştay bazı kararlarında, dava vekili ile ilgili hususlara girmiştir. Danıştay bu karar: Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliğinin 4. maddesi ile bu maddenin açıklanmasına yönelik, 25.12.2001 günlü, 47 sayılı Genelgenin iptali istemiyle açılan bir davanın sonucunda vermiştir. Bu karar şu şekildedir:

“Danıştay Sekizinci Dairesi, 10.12.2003 günlü, B2GG2/2457, K:2003/5456 sayılı kararıyla; Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliğinin 4. maddesinde, Stajyer avukatlara verilecek kredinin kaynağı olan Staj Kredi Fonunun, avukatların ve Avukatlık Kanununun Geçici 13. ve Geçici 17. maddeleri gereği avukatlık yetkilerini kullanan dava vekili ve dava takipçilerinin yetkili mercilere sundukları vekâletname veya yetki belgelerinin aslı ve suretlerine yapıştırılacak pul bedelleri ile verilen kredilerin geri ödenmesinden oluşacak fon ve bunların getirilerinden oluşacağı, vekâletname ibraz etmek zorunda olan tüm kurum ve kuruluşların da vekâletname ya da yetki belgesi asıl ve suretlerine pul yapıştırmak zorunda oldukları kuralının getirildiği, iptali istenen genelge ile de bu maddeye açıklık getirilerek, harçtan muaf olup olmadığına bakılmaksızın yetkili mercilere sunulan bütün vekâletname ve

---

<sup>8</sup> Bkz. RG. 19.12.2001, Sayı 24615.

<sup>9</sup> Bkz. RG. 8.6.1953, No. 8428.

<sup>10</sup> Bkz. Ayrıca: Av. K. geçici m. 12, I. Karş. 1389 sayılı Devlet Davalarını İntaç Eden Avukat ve Saireye Verilecek Ücreti Vekalet Hakkında Kanun m.1 ve m. 3 (RG. 10.2.1929, Sayı 1115). Tarım ve Orman Bakanlığına Bağlı 867 sayılı Kanuna Tabi Kurumların İşletmesine Ait Yönetmelik m.13 (RG. 30.5.1959, No. 10218). Tarım Bakanlığına Bağlı ve 1.2.1963 tarihli, 170 sayılı Kanuna Tabi Kurumların İşletilmesine Ait Yönetmelik (RG. 7.4.1964, No.11676).

vekâletname yerine geçen belgeler için vekalet pulu yapıştırılması gerekeceğinin belirtildiği, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 4667 sayılı Yasa ile değişik 27. maddesinde, avukatların yetkili mercilere sundukları vekaletnamelere pul yapıştırılması zorunlu olduğu hükmüne yer verildiği, yapıştırılacak pulun değerinin Harçlar Kanununun Yargı Harçları Bölümünde yer alan vekaletname için kullanılan harç tarifesi kadar olacağı, pul yapıştırılmayan vekaletnamelerin kabul edilmeyeceğinin düzenlendiği, anılan Yasa hükümlerinin incelenmesinden, istisnası bulunmaksızın bütün avukatlarca vekaletname ve suretlerine pul yapıştırılmasının zorunlu olduğu anlaşılmakta olup, Harçlar Kanununa yapılan atfın, pulun değerini belirlemeye yönelik olduğu ve bu yükümlülüğün harç niteliğinde olduğu şeklinde yorumlanmasına olanak bulunmadığı, bu durumda Staj Kredi Yönetmeliği ve Genelge ile getirilen düzenlemelerde yasaya aykırı bir yön bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacı, Danıştay Sekizinci Daire kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir. SONUÇ: Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Sekizinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka: uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Sekizinci Dairesinin 10.12.2003 günlü, E:2002/2457, K:2003/5456 sayılı kararının ONANMASINA, 15.02.2007 günü oybirliği ile karar verildi”<sup>11</sup>.

Bu kararı ile Danıştay 2007 yılında verdiği bir kararla, dava konusu olan mevzuatın, dava vekilleri için de geçerli olduğunu söylemektedir.

Bazı Yargıtay kararlarında da, dava vekili kurumundan bahsedilmektedir<sup>12</sup>.

1.12.1939 tarihinden önce, dava vekâleti ruhsatnamesi almış kişilere dava vekili denir. Dava vekilleri, 3499 sayılı eski Avukatlık Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, dava vekâleti ruhsatnamesi almış

---

<sup>11</sup>Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 15.2.2007, 618/86 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>; E. T. 14.2.2013).

<sup>12</sup> Örneğin: HGK 5.5.1976, 1711/3032 (İKİD 1976/187 s.4715; Bilge/Önen s. 239 dn.9); HGK 10.06.1972, 1-552/375 ve 4. HD 02.11.1971, 7993/9048 (Kaçak s. 319).

olan kişilerdir. 3499 sayılı eski Avukatlık Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte (1.12.1939 tarihinde) dava vekâleti ruhsatına sahip olan dava vekilleri, beş serbest avukat bulunmayan yerlerde vekâlet alabilirler<sup>13</sup>. 1.12.1939 tarihinden sonra bunlara, dava vekâleti ruhsatnamesi verilmesi yasaklanmıştır. Dava vekâleti ruhsatnamesi, belirtilen bu tarihe kadar verilmiştir. Bu tarihten sonra dava vekilliği ruhsatnamesi verilemez. Bu tarihten sonra, artık dava vekâleti ruhsatnamesi alma imkânı kalmamıştır<sup>14</sup>. 1136 sayılı yeni Avukatlık Kanununa göre de, gerek 3499 sayılı Kanun, gerek yeni Avukatlık Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, dava vekâleti ruhsatnamesi verilmesi mümkün değildir<sup>15</sup>. 3.4 1924 (Nisan 1340) tarih ve 460 sayılı Muhamat Kanununun<sup>16</sup> 12.maddesi, en az beş sene süre ile adalet hizmetinde bulunmuş olanlara, baro bulunmayan yerlerde dava vekilliği yapma imkânı tanımış; bu kişilere de dava vekâleti ruhsatnamesi verilmiş idi. Bu durumda bulunan kişiler özellikle, 6.1.1926 gün ve 708 sayılı Kanunun 6.maddesi uyarınca, dava vekâleti ruhsatnamesi almışlardır. Dava vekilleri, beş veya daha fazla avukatın bulunduğu yerlerde görev yapamazlar<sup>17</sup>. Dava vekili, o yerdeki diğer avukatlarla birlikte, Av. K m. 35, I'deki adli işlemleri (o yerde) yapma yönünden bir yetkiye sahiptir<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> Bkz. 3499 s.K. muvakkat madde IV; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu geçici m.13, c.1.

<sup>14</sup> 3499 sayılı eski Avukatlık Kanunu muvakkat madde III.

<sup>15</sup> Avukatlık Kanunu geçici m. 12, I. Danıştay'a göre, 1.12.1939 tarihinden önce, 5 yıl adalet hizmetinde çalışmakla beraber, ruhsatname almamış olanlar, bu tarihten sonra da dava vekilliği ruhsatnamesi alabilir (Danıştay 12. Daire, 22.11.1967, 850/1899: DKD 119-122 s.435-439 ; **Aday** s.12 dn.57). Danıştay verdiği bu kararlar, yalnızca 1.12.1939 tarihinden önce dava vekaleti ruhsatnamesi almış olanların değil, bu tarihten önce beş yıl adalet hizmetinde bulunmuş olanların, ruhsatname almamalarından dolayı kazanılmış haklarının olduğuna, bu kişilerin 1.12.1939 tarihinden sonra da dava vekilliği ruhsatnamesi alabileceklerine karar vermiştir.

<sup>16</sup> Bu Kanun ile dava vekilliğinin ciddi olarak ele alındığı hakkında bkz: **Ansay** s. 68.

<sup>17</sup> 1318 no'lu ve 14.2.1942 tarihli Büyük Millet Meclisi Kararı uyarınca sonradan avukat sayısının beşi aşması durumunda, bunların müktesep haklarından dolayı orada vekillik yapmaktan yasaklanamayacakları hakkında bkz: **Ansay** s. 69.

<sup>18</sup> Bkz. **Arslan/Tanriver** s. 206; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 203-204; **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s.264; **Aday** s. 11-12; **Berkin** s. 210-21; **Akcan** s. 34-35; karş. Av. K. geçici m.17, I.

Öğretide de, bu kurumdan bahsedilmektedir<sup>19</sup>.

Avukatlık Kanununun geçici 13.maddesi, 3499 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği tarihte, dava vekâleti ruhsatına sahip olanların, beş avukat bulunmayan yerlerde vekâlet icra edebileceklerini belirtmiştir. Böylece 3499 sayılı Kanundan önce dava vekili olanların hakları muhafaza edilmiştir<sup>20</sup>.

Avukatlık Kanunu ve mevzuattaki diğer hükümler yürürlüktedir. Bu hükümler uyarınca, dava vekillerin dava ve işlerde vekillik üstlenmeleri mümkündür. Hukuken, dava vekilleri mevcut gözükmektedir. Avukatlar için uygulanacak olan bazı kurallar, dava vekilleri için de geçerlidir. Örneğin, dava vekili vasıtasıyla yürütülen davalarda, tebligatın vekil kavramı içinde kabul etmemiz gereken dava vekiline yapılması gerekecektir (Tebliğat Kanunu m.11)<sup>21</sup>.

Mevzuatta, dava vekili kurumu kanuni olarak yer almaktadır. Öğreti ve bazı yüksek mahkeme kararlarında bu kurumdan bahsedilmektedir. 10 yıl önce, mevcudiyetini sorduğum hakim ve avukatlar da, dava vekillerini, Isparta Sütçüler ve Nevşehir Ürgüp ilçelerinde gördüklerini söylemişlerdi. Uygulamanın içindeki hakim ve avukatların, gördüklerini söyledikleri bu kişilerin, dava takipçileri olması ihtimali yüksektir.

En son 1939 yılına kadar, kendilerine dava ruhsatnamesi verilen kişiler, dava vekili olabilirler. Bu tarihten itibaren, 2013 yılına kadar 74 yıl geçmiştir.

Bu kişiler, en geç 1939 yılında, dava vekili ruhsatnamesini aldıklarında 25 yaşlarında olsalar; bu kişilerin şimdi, 99 yaşında olmaları gerekir. Dava vekillerinin, bu yaşlarda yaşayanlarının olup olmadığı veya yaşasalar bile, dava vekilliği görevini sağlıklı olarak ve güncel hukuki bilgiler ışığında yürütebilecekleri şüphelidir.

---

<sup>19</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz s. 203; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.264; Arslan/Tanrıver s. 206; Berkin s. 210; Aday s.11-12; Alangoya s. 128; Önen s. 83; Postacıoğlu s. 320.

<sup>20</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes s.264.

<sup>21</sup> Akcan s. 34-35.



Öğretide de, dava vekilliğinin fiilen yürürlükten kalktığı kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, dava vekilliği kurumu, bugün için fiilen işlerliğini yitirmiş durumdadır<sup>22</sup>. Öğretide ayrıca, bugün için ülkemizde, yaş itibariyle dava vekilliği yapan kişinin kalmadığı kabul edilmektedir<sup>23</sup>.

Bu nedenlerle, davavekili kurumu fiilen yürürlükten kalkmıştır. İlgili mevzuatlarda gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu tür kişiler ölmüş ise veya sağ olmasına rağmen, vekillik görevini yaş yönüyle ve yeni güncel hukuki bilgiler ışığında icra edemeyecekleri için, mevzuatta ilgili yerlerden bu kurumun kaldırılmasında yarar vardır. Çünkü, mevzuattaki mevcut kuralların, güncel, uygulanabilir, geçerli olması gerekir. Mevzuattan, uygulama kabiliyeti kalmamış, ölü kanunlar ayıklanmalıdır. Bu tür kurallara örneklerden biri de, dava vekili kurumudur.

## SONUÇ

Avukatlık Kanunu ve mevzuatta diğer bazı yerlerde düzenlenmiş bulunan dava vekilliği kurumu, hukuken geçerli gözükmemektedir. Fakat bu kişilerin şimdi 99 yaşlarında olması gerekir. Çünkü 1939 yılından sonra dava vekâleti ruhsatnamesi verilmemiştir. Dava vekilliği, hukuken mevcut gözükmeyle birlikte; yaş ve diğer bazı nedenlerle fiilen yürürlükten kalkmıştır.

---

<sup>22</sup> Arslan/Tanrıver s. 206.

<sup>23</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz s.204. Ayrıca bkz: 1952 yılında yayımlanan bir eserde, dava vekillerinin sayısının günden güne azaldığı tespiti vardır (**Karafakih** s. 41).

### KAYNAKÇA

- Aday N.** : Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1997.
- Akcan R.** : İcra Hukukunda Temsil (SÜHFD 1999/1-2 s. 21-62).
- Alangoya H. Y.** : Medeni Usul Hukuku Esasları, I, İstanbul 2000.
- Alangoya Y./Yıldırım M. K./Deren-Yıldırım N.:**Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011.
- Ansay S. Ş.** : Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.
- Arslan R./Tanrıver S.** :Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001.
- Berkin N. M.** :Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981.
- Bilge N./Önen E.:**Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Kaçak N.** :Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2001.
- Karafakih İ. H.:**Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952.
- Kuru B.** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001.
- Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.** :Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012.
- Önen B.** :Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- Pekcanitez H.** : Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000.
- Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M.** :Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012.
- Postacıoğlu İ. E.:**Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- Tanrıver S./Tercan E./Deynekli A.** :Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1996.
- Ulukapı Ö./Akcan R./Ercan İ.:**Kaynakçalı, İçtihatlı ve Notlu Avukatlık Hukuku Mevzuatı, Konya 2002.
- Üstündağ S.** : Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 1997.

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA  
TÜRK MEDENÎ HUKUKUNDAKİ VELÂYET HAKKININ  
KALDIRILMASI (TMK. M. 348 ) HÜKÜMLERİNİN  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Yrd. Doç. Dr. İsmail ERBAY\***

**1. Özet**

Türk hukukunda, velâyet hakkının kaldırılmasına, sadece son çare olarak başvurulabilir. Velâyet hakkı kaldırılmadan önce, bu hakkın muhtevasına giren bazı yetkilerin sınırlandırılması yoluyla, çocuğun menfaatine yönelik tehlike ortadan kaldırılmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nda kayyım atanmasına ilişkin kanunî düzenleme mehz İsviçre Medenî Kanunu'ndan farklı düzenlense bile, bu sonuç Türk Anayasa'sının ailenin korunmasına ilişkin hükümlerinden çıkarılabilir. Zira velâyet hakkının kısıtlanması, anne ve/veya baba ve de çocuğun özgürlüğünün kısıtlanması niteliğindedir. Özgürlükler de özüne dokunmaksızın demokratik devlet düzenine uygun kısıtlanabilir. Demokratik devlet düzeninin gereklerine uygunluğu belirlerken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları Türk hukuku açısından yol göstericidir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, Türk hukuku açısından bağlayıcıdır. O halde, çocuğun menfaatine yönelik tehlike daha düşük bir tedbiri gerektiriyorsa, hukukumuz açısından da kayyım atanabilir.

TMK. m. 346/III'de yer alan, velâyet hakkının kaldırılmasının daha sonra doğacak çocukları kapsamı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince

---

\* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Öğretim Üyesi

benimsenen ve Türk Anayasa hukuku açısından da kabul edilen ilkeler gereği, kabul edilemez. Ana ve/veya babanın velâyet hakkı, her bir çocuk açısından değerlendirilmesi gerekir. TMK. m. 346/III'deki velâyet hakkının kaldırılmasının diğer doğacak çocukları kapsamaması halinde, velâyet hakkı, sadece ana ve/veya babanın mutlak eğitim yeteneğinden yoksun olması halinde, kaldırılabilir. Bu ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesindeki ailenin korunması ilkesi ile bağdaşmaz. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine göre, ailenin ve özel hayatın korunması ilkesi çerçevesinde devletlerin aktif yükümlülükleri vardır. Bu çerçevede çocuğa yönelmiş tehlike, ana ve babanın mutlak çocuk eğitim yeteneğinden mahrumiyetten beklenilmeden çocuğun yüksek yararı gerekli kılması halinde velâyetin kaldırılması yoluyla izale edilmelidir.

## **DEPRIVATION OF CHILD CUSTODY UNDER TURKISH LAW ACCORDING TO ARTICLE 348 OF THE CIVIL CODE**

### **2. Abstraction**

#### **1.1 General**

Turkish family law applies a particular hierarchy of measures to be taken in case that a risk to the child's well-being is identified.

As a rule, the law draws a distinction between several child protection measures within a particular hierarchy: appropriate actions can be taken in compliance with Article 346 by issuing adequate instructions, followed by the appointment of a guardian under article 426 et seqq. Turkish Civil Code (CC).

Deprivation of parental care pursuant to article 347 Turkish CC is a subsidiary measure permissible only if more moderate measures are not eligible in order to remedy a risk to the child's well-being.

As the most stringent measure within said hierarchy, deprivation of child custody, either under article 348 (against the parents' will, ordered by the supervisory authority), or under article 349 Turkish CC (with the parents' consent, ordered by the guardianship authority) is possible.

## **1.2 Principles to be obeyed**

When ordering a deprivation of child custody, specific principles shall be obeyed:

1. A risk to the child's welfare is the precondition for depriving the parent(s) of child custody;
2. When ordering deprivation of custody, guidelines regarding proportionality must be followed;
3. In the codification of the Swiss Civil Law into the Turkish Civil Code, the regulation of guardian was not accepted, therefore in practice removing the partial deprivation of parental custody the complete depriving the parents of child custody is practiced; But this is under Turkish Constitution (Art. 42) unlawful because a freedom can be restricted in a democratic society only to the extent necessary, without affecting their core under article 13 of the Turkish Constitution.
4. Deprivation of child custody can be ordered only as a ultima ratio measure when other measures fail.

## **1.3 Criteria justifying the strict standard when appelying custodial measures**

1. Deprivation of child custody is regarded as an intrusion into the parents' personal rights and into one's private and family life, which is why courts are reluctant to grant measures directed towards deprivation of parental child custody;
2. Only in case of the parents' permanent failure to comply with their duties under article 339-344 Turkish CC, meaning serious deficiencies relating to the child's education, physical or mental health, moral or social development, the child's place of residence and similar, the courts may order a deprivation of child custody;
3. However, even if a deprivation of child custody has been ordered by the court, the parents' access rights and, vice versa, the child's access rights remain in effect, in compliance with

article 323 Turkish CC and Art. 8 of the European Convention on Human Rights;

4. In relation of European Court of Human Rights case law, the provision of article. 348/III Turkish CC obviously does not satisfy said standards, as it stipulates that any deprivation of child custody ex lege applies also to children born subsequently.
5. The educational capacity of parents is relative determining, the parents of a child may be education incapable, but for the other child education capable. The demand for an absolute educational capability for deprivation of custody of all children cannot be agreed with the task of supporting the family by the state. That is why the depriving the parent(s) of child custody for each child to be assessed separately and an absolute inability of parents educational capacity is not to wait out to help the child.

### 3. Giriş

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu 22.11.2001 tarihinde kabul edilerek 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>1</sup>. Mehz İsviçre Medenî Kanunu'ndaki, “*elterliche Gewalt=velâyet hakkı*” kavramı, 26.06.1988'de kabul edilen, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik ile yerini “*elterliche Sorge= ana babanın bakım yükümü*” kavramına bırakmıştır<sup>2</sup>. Yeni Türk Medenî Kanunu büyük ölçüde, mehz İsviçre Medenî Kanunu'nu takip etmesine rağmen, *velâyet hakkı kavramını* aynen muhafaza etmiştir. Velâyet hakkı, kavram olarak yeni 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda yerini korumasına rağmen, anlam olarak değişikliğe uğradığının Türk hukuku açısından kabulü gerekir. Bunun önde gelen sebebi, Türkiye Cumhuriyeti'nin milletlerarası alanda

---

<sup>1</sup> Resmî Gazete, Tarih: 08.12.2001, S. 24607.

<sup>2</sup> **SCHWENZER/BASLER KOMMENTAR**, Art. 296, Nr. 8 ZGB. Velâyet hakkının sorumluluk karakterini vurgulamak için yazar “ebeveyn sorumluluğu” kavramının kullanılmasını önermektedir. Özellikle Fransızca ve İtalyanca metinde “*autorité parentale*” ve “*autorità parentale*” kavramı kullanılmıştır.

çocuk haklarına ilişkin sözleşmeleri iç hukuk normu haline getirmesidir. Buna ilave diğer bir sebep ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin<sup>3</sup> Türkiye Cumhuriyeti tarafından 1954 yılında imzalanarak yürürlüğe konulması; ardından da, 28.01.1987'de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önünde **bireysel başvuru** hakkını, 26.12.1989'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin **yargı yetkisini** tanınmasıdır<sup>4</sup>. Bunların sonucu olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, iç hukukumuz bakımından bağlayıcı hale gelmiştir. Bu yüzden iç hukuk normlarının, bu arada velâyet hakkının kaldırılmasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları açısından değerlendirilmesi gereklidir.

Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 Numaralı Protokol'ün hükümleri arasında, özel ve aile hayatına saygı ilkesi (madde 8)<sup>5</sup> kapsamında, Türk Medenî Kanunu'ndaki velâyet hakkının kaldırılması (TMK. m. 348) hükmü değerlendirildi.

#### 4. Velâyet Hakkının Türk Hukukundaki Yeri

Aile, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın, 20. ve 41. maddelerine göre millî seviyede korunur<sup>6</sup>. Aile, hukuken korunan toplumsal bir kurumdur<sup>7</sup>; toplumun temelini oluşturur (AY. m. 4/I). Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki ailenin korunmasını düzenleyen hükümler, ailenin devletin denetiminde olduğunu ve velâyet hakkının ana-babanın

---

<sup>3</sup> Sözleşme 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış ve 59. maddeye uygun olarak 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzaladı ve 10 Mart 1954 tarihinde ihtirazi kayıtla onayladı. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

<sup>4</sup> **GÖZLER**, İnsan Hakları Yıllığı, s. 165.

<sup>5</sup> Sözleşmeyi yeniden düzenleyen 11 Numaralı Protokol 11 Mayıs 1994 tarihinde imzaya açılmış ve 4. maddeye uygun olarak 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 11 Numaralı Ek Protokolü 11 Mayıs 1994 tarihinde imzaladı ve 14 Mayıs 1997 tarihinde onayladı. 4255 Sayılı Onay Kanunu 22 Mayıs 1997 gün ve 22996 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>6</sup> Bkz. **BADUR**, s. 63 vd.; Alman Anayasa Mahkemesi kararına göre, Anayasal olarak ailenin korunması kavramına öncelikli olarak, birlikte yaşamın korunması girer. Bkz. BVerfG, FamRZ 2007, s. 1869.

<sup>7</sup> Bkz. BVerfG, FamRZ 2002, S.119; BVerfG, FamRZ 1968, S. 578.

doğal bir hakkı olduğunu lâfzen düzenlememiştir<sup>8</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde de, AY. m. 20’de olduğu gibi, özel ve aile hayatının korunması genel olarak düzenlenmesine rağmen, devletin, aileyi koruma ve denetleme görevi de kabul edilmiştir. Bu kapsamda özel hayatın ve aile hayatının korunmasını isteme hakkı, velâyet hakkının korunmasını da kapsamaktadır<sup>9</sup>. Türk hukuku açısından, velâyet hakkı, ailenin korunması kapsamında anayasal koruma bulur. Bu sebeple TMK. m. 348’deki velâyet hakkının kaldırılması da, AY. m. 13 kapsamında özgürlüklerin sınırlandırılması kapsamında değerlendirilmesi gerekir<sup>10</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında, sadece velâyet hakkı sahibi ana ve babanın hakkı korunmaz, ***bundan daha fazla çocuğun hakkı da korunur. Bu kapsamda çocuğun ana ve/veya babasının velâyeti altında kalma hakkı da korunur***<sup>11</sup>. Türk Anayasası’ndaki aileyi koruyan hükümler de aynı şekilde anlaşılmalıdır.

Aile kavramı, geniş anlaşılır; birlikte hayat, kanunî evlilik şeklinde olmasa da ailenin korunması hükümlerinden faydalanır<sup>12</sup>. Kanunî evlilik olmaksızın gerçekleşen birliktelik içerisinde, çocuk doğmuş ise, bu çocuğun eğitimi ve korunması da, anayasal olarak ailenin korunması

<sup>8</sup> Oysa Alman Anayasa’sının § 6 hükmü, daha isabetli bir düzenleme içermektedir: „(1) Evlilik ve aile, devletin özel koruması altındadır. (2) Çocukların bakım ve eğitilmesi, ana ve babanın doğal hakkıdır ve öncelikli olarak onlara yüklenen yükümlülüktür. (3) Eğitime hakkı sahibinin iradesine aykırı olarak sadece açık bir kanun hükmüne istinaden, eğitim hakkı sahibinin çocuklara ilişkin yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde veya başka bir nedenle çocukların bakımsızlık tehlikesine düşmüş olması halinde, çocuklar ailelerinden ayrılabilir. (4) Her anne, toplumun korumasını ve sosyal yardımını isteme hakkı vardır. (5) Evlilik dışı çocuklara, kanun yoluyla bedensel ve ruhsal gelişimleri için toplumda, evlilik birliğinden doğan çocuklar gibi konuma getirilmeleri gerekir.“

<sup>9</sup> Bkz. NESSELRODE, s. 26.

<sup>10</sup> Bkz. GÖZLER, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme, s. 53.

<sup>11</sup> Bkz. KOÇİSARLIOĞLU, s. 190.

<sup>12</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de aynı esası benimsemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında korunan özel hayat kavramına, sadece yasal evlilik birliği değil, evlilik birliği dışındaki birliktelikler de girer. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aileyi, hukuki bir birlikten ziyade, tabii bir birlik olarak değerlendirmektedir. Bkz. EuGHMR, EuGRZ 1993, s. 547.



hükümlerinden yararlanır<sup>13</sup>. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 41. maddesinin 2. fıkrası “...*ananın ve çocukların korunması...*” görevini çocukların evlilik birliğinde doğup doğmadığı ayrımını yapmaksızın devlete ait bir görev olarak yüklemektedir.

Ailenin ve çocuğun korunmasının mantikî ön şartı, devletin denetleme yetkisine de sahip olmasıdır. Denetleme yetkisi, genel olarak velâyet hakkına sınırlamayı da beraberinde getirir. Velâyet hakkına ilişkin getirilen sınırlamalar özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel esaslara tabidir. Devlet ana ve babanın velâyet hakkını sadece, kanunda sayılan hallerde, çocuğun yüksek yararını korumak amacıyla sınırlandırabilir<sup>14</sup>.

Velâyet hakkı, sahibine, sadece devlet karşısında değil, üçüncü kişi karşısında da koruma hakkı bahşeder. Bu kapsamda, ebeveynlerden her biri, diğer ebeveyn karşısında da velâyet hakkının korunmasını talep edebilir.

Velâyet hakkının kapsamının belirlenmesi özel ve kamu hukuku alanında özel bir önem arz eder<sup>15</sup>. Ayrıca aile mahkemeleri ve çocuğun korunmasından sorumlu olan diğer devlet makamlarının uygulaması açısından velâyet hakkının belirlenmesi öneme sahiptir. TMK. m. 348'e göre, velâyet hakkı AY. m. 13'e göre, özüne dokunulmadan demokratik toplum düzeninin gereklerine göre, sınırlandırılabilir. Bu ilkenin bir sonucu olarak da, velâyet hakkının muhtevası ancak haklı bir sebeple **gerektiği ölçüde** sınırlandırılabilir<sup>16</sup>. Demokratik toplumun bir gereği olarak, velâyet hakkının içeriğine giren yetkilerin kısmen sınırlandırılmasının, tamamen kaldırılması yerine mümkün olması gerekir. Bu nedenle öncelikle velâyet hakkının ve muhtevasına giren yetkilerin tespit edilmesi gerekir.

---

<sup>13</sup> Bkz. BVerFG, FamRZ 2007, s. 965.

<sup>14</sup> Bkz. BVerG, FamRZ 1982, S.1179=NJW 1983, s. 101.

<sup>15</sup> Bkz. **PALANDT/DIEDERICHSEN**, § 1625, Rz. 1 ve 2.

<sup>16</sup> Özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin, bkz. **GÖZLER**, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme, s. 53 vd.

## 5. Genel Olarak Velâyet Hakkı

Velâyet hakkı, ana-babanın çocukların ve istisnai olarak da, kısıtlı yetişkinlerin bakım ve korumasının sağlanması amacıyla, onların şahıslarının ve mal varlığının üzerinde sahip oldukları görev, yetki ve hakları ifade eder<sup>17</sup>. Velâyet hakkı kapsamına, çocuğun bakımı, eğitimi, kanunî temsili, ona uygun okul ve meslek eğitimi belirlenmesi; meslek eğitiminin belirlenmesinde çocuğun gittiği okulu seçme ve okul ile birlikte çalışma, çocuğun yardıma ihtiyaç duyması durumunda devlet kurumları ile birlikte çalışmayı, dini eğitim, çocuk mallarının yönetilmesi ve de çocuk ile aynı çatı altında yaşama, yani onun ikametgâhını belirleme hak ve yükümlülüğünü kapsar<sup>18</sup>.

Velâyet hakkı, Türk-İsviçre Hukuku'nda soybağına bağlıdır. Birbirleri ile evli olan ana ve baba müştereken velâyet hakkına sahiptir. TMK.m.335/I'e göre, "*Ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır*". Reşit olmayan evlâtlıkda TMK. m. 314/I'e göre, evlat edinenin velayeti altındadır. Ana ve baba birbirleri ile evli değiller ise TMK. m. 337/I'e göre velâyet hakkı anaya aittir<sup>19</sup>.

Velâyet hakkının kaldırılmasında kanun koyucunun kademeli bir sistemi benimsemesi dolayısıyla, velâyet hakkının muhtevasına giren yetkilerin belirlenmesi özel bir önem arz eder. Kanun tarafından benimsenen anılan bu sisteme rağmen, velâyet hakkı, Türk mahkemelerince çoğu defa bir bütün olarak değerlendirilerek, muhtevasına dâhil yetkiler kısmen alınıp kayyım atanması yerine, tamamen kaldırılma yoluna gidilmektedir<sup>20</sup>. Genel olarak velâyet hakkının içerdiği yetki, öncelikli olarak şahsa ve mal varlığına ilişkin velâyet yetkisi olarak ikiye ayrılır<sup>21</sup>. Şahsa ve mal varlığına ilişkin velâyet yetkileri de, fiilî ve hukukî temsil yetkisi olmak üzere kendi içlerinde

---

<sup>17</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 519; HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 25.02; AKINTÜRK, s. 394; SEROZAN, s. 167; Diğer tanımlamalar için bkz. ÖZTAN, s. 364.

<sup>18</sup> HÄFELI, s. 121; Ayrıca bkz. FRANK, Grenzgebiete der elterlichen Gewalt, in FS Hegnauer zum 65. Geburtstag s. 40; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 519; ÖZMEN, s. 37 vd.

<sup>19</sup> Bkz. AKINTÜRK, s. 395.

<sup>20</sup> Bkz. ÖZMEN, s. 427 vd.

<sup>21</sup> Bkz. SEROZAN, s. 174 vd.

ikiye ayrılır. O halde, şahsa ilişkin velâyet yetkisi; fiilî şahsa ilişkin velâyet yetkisi (hakkı) ve temsili şahsa ilişkin velâyet yetkisi olarak ayrılır. Aynı ayırım mal varlığına ilişkin velâyet hakkı için de geçerlidir<sup>22</sup>. Fiilî şahsa ilişkin velâyet yetkisi (hakkı), çocuğa isim verme yetkisi<sup>23</sup>, doğumunu nüfus dairesine bildirme hak ve yükümlülüğü, onun bakım ve eğitimi (TMK. m. 340), gözetim yükümlülüğü, yerleşim yerini (ikametgâhını) belirleme hakkı<sup>24</sup> (TMK.m.339/III), okul eğitimi<sup>25</sup>, sağlığının korunması ve tedavi ettirilmesi yetkisi<sup>26</sup>, yurt dışında ikamet etmesine izin verme yetkisi<sup>27</sup>, malvarlığı üzerindeki yetkiler (TMK. m. 352 vd.), dinî eğitim hakkı (TMK. m. 340)<sup>28</sup>, arkadaşlık edeceği arkadaşını belirleme, ölümü halinde onun mezar yerinin belirlenmesi ve onun defni, vs. yetkilerini içerir<sup>29</sup>.

Velâyet hakkının hukukî temsil boyutuna, çocuğun nafaka ve babalık ya da bir ceza davasında temsili, adına ona karşı bir suç işlenmesi halinde ceza davası açma, onun adına mesleki eğitim sözleşmesi kurmayı, evlenmesine rıza beyanında bulunma, ona soyadı belirleme, onu idari merciler önünde ve idari yargı davalarında temsil yetkilerini içerir<sup>30</sup>.

Velâyet hakkının kısmen sınırlanarak kayyım atanması halinde, prensip olarak velayet hakkının muhtevastaki çocuğun şahsına ve/veya mal varlığına ilişkin temsil yetkilerinin bir veya birden fazlası kayyıma devredilir<sup>31</sup>. Çocuğun ana ve babasının yanından alınarak bir yurda ve bakıcı aile yanına yerleştirilmesi halinde, önce kayyım, velâyet hakkının

---

<sup>22</sup> VÖLKER/CLAUSIUS, s. 47; BAKTİR ÇETİNER, s. 52 vd.

<sup>23</sup> Bkz. OLG Brandenburg, FamRZ 2005, s. 1119.

<sup>24</sup> Bkz. OLG Karlsruhe, FamRZ 2001, s. 391; OLG München, FamRZ 2008, s. 1103.

<sup>25</sup> Bkz. OLG Hamburg, FamRZ 2001, s. 1088.

Bkz. OLG Bamberg, FamRZ 2003, s. 1403; Çocuğa aşı yaptırmak gündelik işlerdendir.

Bkz. OLG Frankfurt, FamRZ 2011, s. 47.

<sup>27</sup> OLG Hamburg, FamRZ 2012, s. 562; OLG Köln, FamRZ 2012, s. 563.

<sup>28</sup> OLG Hamm, FamRZ 2012, s. 94; AG Weilburg, FamRZ 2003, s. 1308.

<sup>29</sup> VÖLKER/CLAUSIUS, s. 43 und 48; Ayrıca Bkz. HÄFLI, s. 121; FRANK, Grenzbereiche der elterlichen Gewalt, in FS Hegnauer 1986, s. 40.

<sup>30</sup> VÖLKER/CLAUSIUS, s. 48; Ayrıca bkz. HÄFLI, s. 121; FRANK, Grenzbereiche der elterlichen Gewalt, in FS Hegnauer 1986, s. 40.

<sup>31</sup> Bkz. BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 308 Nr. 11 ZGB.

muhtevastadaki yetkiyi temsilen kullanarak bakım yurdu ile sözleşme yapar. Kayyımın görevi fiilî bakımın üstlenilmesi değildir.

### **5.1 Velâyet hakkının kullanılması ölçütü olarak çocuğun yüksek yararı**

1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinin<sup>32</sup> 3. m. 1-d fıkrası, “çocuklar ile ilgili her türlü tedbirlerde, kamu veya özel makamlarca tedbirin alındığına bakılmaksızın (tedbirlerin mahkemelerce veya başka idari kamu kuruluşlarınca ya da kanun koyucu tarafından ele alınmasına bakılmaksızın), çocuğun yüksek yararının öncelikli olarak gözetilmesi” prensibini benimsenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti de sözleşmenin tarafı olarak bu ilkeyi kabul etmiştir.

Velâyet hakkının mahkeme kararı ile kaldırılması için, her durumda çocuğun menfaatinin tehlikede olması gerekir. Çocuğun menfaati kavramı, 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. m. 1-d fıkrasında kabul edilmesinden sonra, ülkelerin kanun koyucuları tarafından da kabul edildi. Ancak çocuğun menfaati kavramından ne anlaşılması gerektiği sözleşmeye taraf ulusal kanun koyucular tarafından tanımlanmadı<sup>33</sup>. Bunun başta gelen sebebi, çocuğun menfaatinin her somut olayda bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekliliğidir<sup>34</sup>. Çocuğun menfaati kavramı, mahkeme kararları için belirleyici ölçüttür. Örneğin evlât edinme kararı, evlât edinme ilişkisinin çocuğun menfaatine uygun olduğu sürece mahkemece verilir (TMK.m.315/I; ZGB Art. 264; § 1774/I BGB)<sup>35</sup>. Kavramın tanımlanma güçlüğüne diğer önemli bir sebebi, farklı disiplinlerce, değişik anlamlarda kullanılmasıdır<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Çocuk Hakları Sözleşmesi, 20 Kasım 1989 tarihinde BM tarafından kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti 09.12.1994 tarihinde 4058 sayılı kanun ile sözleşmeyi onaylamak için hukuk normu haline getirildi. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı 27.1.1995/22184.

<sup>33</sup> Değerlendirme sadece, Türkiye, İsviçre ve Almanya'daki kanun koyucularını kapsamaktadır.

<sup>34</sup> **SCHWENZER/ BASLER KOMMENTAR**, Art. 301, Nr. 4 ZGB; **DETTENBORN**, s. 47; Ayrıca bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 203 vd..

<sup>35</sup> **DETTENBORN**, s. 47.

<sup>36</sup> **DETTENBORN**, s. 47.

Çocuğun menfaatinin tespit etmek bakımından, kanunî düzenleme olarak Alman Hukuku'ndaki SGB VII § 1 f.1 özel bir önem arz eder. Bu hükme göre, “*Her genç, kendi gelişim ve eğitimi, bireysel sorumluluk sahibi olma ve toplum ile uyumlu şahsiyete sahip olma yönünde, geliştirmesini talep etme hakkına sahiptir*”. Bu hükmün ışığında **çocuğun menfaatinin** şu şekilde tanımlamak mümkündür: “*Aile psikolojisi bakış açısıyla çocuğun yüksek yararı, bir çocuğun veya gencin şahsiyetinin gelişimi için, ihtiyaçları ile kendi hayat şartları arasındaki uygun bağlılığı ifade eder*”<sup>37</sup>. Kavram olumsuz olarak tanımlandığında, çocuğun kendi hayat şartlarına göre, ruhi, ahlakî ve fiziki olarak olumsuz etkilenmesi, çocuğun menfaatinin ihlalidir<sup>38</sup>. Doktrinde ihtiyaç teorisi kapsamında, üstün yarar kategorize edilerek, aşamalara ayrılmıştır. Bir aşama çocuk için tamamlanmadan, onun gelişiminin sonraki aşamaya geçmeyeceği kabul edilmektedir. Buna göre, çocuğun gelişimi için gerekli olan aşamalar şu şekildedir<sup>39</sup>:

- i. Beslenme yoluyla, çocuğun vücudunun tatmini (açlığının ve susuzluğunun giderilmesi),
- ii. Çocuğa hayat güvencesi sunulması (gelecek kaygısı duymaması),
- iii. İstikrarlı bir sosyal ilişkiler ortamında hissî yakınlık sunulması,
- iv. Hissî bağlılık, anneye bağlılığı gibi,
- v. Bulunduğu çevreyi tanımaya imkân sunulması,
- vi. Aidiyet duygusunu geliştirme imkânı sunulması,
- vii. Kişiliğinin toplumsal kabul görmesi,
- viii. Kendisine bir yön çizebilmesi ve hayatında amaçlar belirleyebilmesi,
- ix. Kendi kendine karar verebilmesi,
- x. Kendi ferdî gelişimini sağlayabilmesi,

---

<sup>37</sup> DETTENBORN, s. 50.

<sup>38</sup> HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.14; HEGNAUER, Berner Kommentar zu Art. 274 ZGB, Nr. 23 vd.; BILDERBOST, s. 133; TAMMEN,B/TRENCZEK, T./FRANKFURTER KOMMENTAR ZUM SGB VIII: KINDER UND JUGENDHILFE; 6. Auflage, Berlin/Heidelberg/Hannover 2009.

<sup>39</sup> DETTENBORN, s. 52; Ayrıca bkz. SCHWENZER/BASLER KOMMENTAR, Art. 301, Nr. 5 ZGB.

**xi. Bilgi ve eğitim imkânına kavuşması.**

Çocuğun menfaatinin tehlikede olduğunun kabulü için, bu tehlikenin gerçekleşmiş olması gerekli olmadığı gibi<sup>40</sup>, yalın bir tehlikenin varlığı ihtimali de velâyet hakkının kaldırılması için yeterli değildir. Çocuğun menfaatinin tehlikede olduğunun kabulü için, korkulan, muhtemel, yakın bir tehlike olmalıdır<sup>41</sup>. Anne ve/veya babanın çocuk eğitime yeteneği olmasına rağmen, aralarındaki anlaşmazlık da, çocuğun menfaatini tehlikeye atabilir. Bu durumda anne ve/veya baba, kamusal yardıma başvurmalıdır<sup>42</sup>. Her durumda, çocuğun menfaati, ana ve/veya babanın menfaatinden öncelikli olarak korunur<sup>43</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi ana veya babadan birisine velâyet hakkı verilmesi gerektiğinde, hangisine velâyetin verileceğine ilişkin bir kararında şu ilkeyi benimsemiştir: Ana veya babadan *“her kim tüm şartlar göz önüne alındığında, çocuklara ruhî-psikolojik, bedenî veya sosyal açıdan yaşına en uygun imkân sunarsa”*<sup>44</sup> öncelikli olarak velâyet hakkı ona verilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, ana ve baba birbirine yakın şartlar sunması halinde, yerel ve aile yapısı sağlamlılığı ve de çocuğun şahsî kararı dikkate alınır<sup>45</sup>.

Çocuğun menfaati kavramının sınırlarını belirlemek için, ayrıca ana ve/veya babanın hak ve yükümlülüklerini düzenleyen (TMK. m. 182) kapsamında bir değerlendirme yapılması da gerekir. Bu kapsamda çocuğun ebeveyn için taşıdığı önem de rol oynar.

---

<sup>40</sup>HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.14; HEGNAUER, Berner Kommentar zu Art. 274 ZGB, Nr. 23 vd; BGE 124 IV 154.

<sup>41</sup>BGE 122 III 404, 407 f; BGer, 5P.131/2006 E.3.; BILDERBOST, s. 132 vd., s. 169.

<sup>42</sup>HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.14; LIECHTI /ZBINDEN, Verminderung der Zahl eingeleiteter Massnahmen als Resultat systemischer Sozialarbeit: Beispiel Jugendamt Kassel (BRD), ZVW 1988, s. 81.

<sup>43</sup>Bkz. BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 133, Nr. 6 ZGB; BGE 117 II 353, 354 f. E. 3; BGE 5P.257/2003, 18.9.2003, FamPra.ch 2004, s. 157 vd.; BAKTİR ÇETİNER, s. 32 vd.

<sup>44</sup>BGE 115 II 206.

<sup>45</sup>BGE 115 II 206.

## 5.2 Velâyet hakkının eşlerden birisine verilmesi

TMK.m.182'ye göre, boşanmanın bir sonucu olarak velâyet hakkı, eşlerden birisine verilir. Türk Medenî Kanunu boşanmadan sonra müşterek velâyet hakkını tanımamaktadır<sup>46</sup>. Velâyet hakkı eşlerden birisine verilirken çocuğun menfaati, ebeveyn menfaatinden önce gözetilir. Bu kapsamda, çocuğun menfaati gözetilirken ana veya babanın çocuk eğitim yeteneği ile bağlantı içerisinde olmayan boşanmadaki kusuru önem arz etmez<sup>47</sup>. Ana ve babanın çocuk eğitime yeteneği ve diğer ebeveyn ile ve üçüncü kişiler ile iletişim kurma yeteneği önem arz eder<sup>48</sup>. Aynı şekilde çocuğun velâyet hakkının hangi ebeveyne verileceği belirlenirken, çocuk ile ebeveyn arasındaki hissî bağlılık, çocuğa bizzat bakıp bakamayacağı veya daimi olarak çocuğun bakımı için sunduğu teklif<sup>49</sup> ve çocuğun yaşı dikkate alınır. Mahkeme bu kararı verirken, çocuğun menfaati ile ilgili tüm şartları göz önüne alır. Velâyet hakkını eşlerden birisine verirken, çocuğun iradesini de dikkate almalıdır (TMK. m. 182/I; Art. 133 Abs. 2 ZGB)<sup>50</sup>. TMK. m. 182 çocuğun görüşüne başvurmak ihtiyari izlenimi vermektedir. Ancak Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne<sup>51</sup> göre, çocuğa bir temsilci atanması anlaşmanın 4. ve 9. maddelerine göre gereklidir. Yargılama esnasında her bir somut olayın tüm şartları dikkate alınarak velâyet hakkının kime verileceği belirlenmelidir. Velâyet hakkı ana ve babadan birisine verilirken de çocuğun şahsi ihtiyacı dikkate alınmalıdır. Bu

---

<sup>46</sup> Bkz. **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 133, Nr. 2 ZGB.

<sup>47</sup> Bkz. BGE 117 II 353, 358 E.4d; 05.07 1995 tarihinde bir kararda „ Davacı annenin mücerret genelevde çalışmakta olması onun kötü bir anne olduğunu göstermez. Anne çocuğu bu yaşantısının dışında tutabiliyorsa ve çocukla yaşam biçimi çocuğun yararına ise, velayet anneye verilebilir. Nitekim idrak çağındaki küçük de annesi ile birlikte kalmak istemektedir.“ Yarg. 2.HD. 05.07.1995, 6964/7868, **AKINTÜRK** s. 303 dn. 140a`dan naklen.

<sup>48</sup> Bkz. BGE 115 II 206, 210; BGE 115 II 317.

<sup>49</sup> Bkz. BGE 117 II 353, 35; BGE 114 II 203-204, E.5; BGE 112 II 381, 383 E.4.

<sup>50</sup> **SCHWENZER/FamKOMMENTAR SCHEIDUNG**, Art. 133, Nr. 2 ZGB; BGE 111 II 225, 227; BGE 111 II 405, 406.

<sup>51</sup> Sözleşme 25 Ocak 1996 tarihinde Strasbourg`da imzalandı ve 21. maddeye uygun olarak 1 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe girdi. Türkiye Sözleşmeyi 9 Haziran 1999 tarihinde imzalayarak 18 Ocak 2001 tarihinde onayladı. 4620 Sayılı Onay Kanunu 1 Şubat 2001 gün ve 24305 Sayılı Resmi Gazete`de yayımlandı.

kapsamda olmak üzere, çocuğun yaşı, ilgi alanları, eğilimleri, özenle bakım ihtiyacı ve de eğitimi dikkate alınmalıdır<sup>52</sup>. Bu sebeple çocuğun ana ve babası ile şahsi ilişkisi, ana ve babanın eğitim yeteneği, çocuğa şahsî bakım ve özeni dikkate alınmalıdır<sup>53</sup>. Hâkim tüm şartları değerlendirirken, geniş bir takdir hakkına sahiptir<sup>54</sup>.

Boşanma kararından sonra doğan çocuğun velâyeti, boşanma kararıyla diğer çocukların velâyeti bırakılan ebeveyne kendiliğinden ait olmaz. Mahkemenin ayrıca yeni doğan çocuk için velâyet hakkının belirlenmesi için karar vermesi gerekir<sup>55</sup>. Boşanma kararı ile kendisine velâyet hakkı bırakılan ebeveynin ölmesi halinde, velâyet hakkı kendiliğinden diğer eşe ait olmaz. Mahkeme uygun görürse, velâyet hakkını sağ kalan ebeveyne verebilir, uygun görmez ise de çocuklara vasi atar<sup>56</sup>. Evlât edinenin ölmesi, evlâtlığın velâyetinin kendiliğinden biyolojik ana ve babasına geçmesi sonucu doğurmaz<sup>57</sup>.

Türk hukukunda, boşanmadan sonra ana ve babanın anlaşması halinde, çocuğun menfaatine uygun olduğu sürece, TMK. m. 182'e göre velâyet hakkının ana ve babaya birlikte verilebileceği savunulmuştur<sup>58</sup>. Bu yönde bir görüşde Koçhisarlıoğlu<sup>59</sup> tarafından ileri sürülmüştür. Yazar, çocuğun menfaatinin onun her iki ebeveynin velâyet hakkı altında bulunmasını gerekli kıldığından hareketle, kanun hükmünün aşılması gerektiğini vurgulamaktadır. Kanaatimizce, TMK. m. 182'deki velâyet hakkının ana veya babadan birisine verilmesi hükmü, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları dolayısıyla aşılmıştır. Bu sebeple,

---

<sup>52</sup> BGE 112 II 381, E.3.

<sup>53</sup> BGE 112 II 381, E.3. ; BGE 111 II 227 E. 2.

<sup>54</sup> BGE 112 II 381 f, 111 II 225 f, 109 II 193; **SCHWENZER/FamKOMMENTAR SCHEIDUNG**, Art. 133, Nr. 2 vd. ZGB; **AKINTÜRK**, s. 302.

<sup>55</sup> **AKINTÜRK**, s. 304.

<sup>56</sup> **AKINTÜRK**, s. 305; Yargıtay bir kararında farklı sonuca vardı: „Karı-kocadan birisinin ölmesi halinde, velayet sağ kalana geçer. Ana sağ olduğuna göre, velayet hakkı mahkeme kararı ile nez edilmedikçe, çocuğa vasi tayini mümkün değildir“ Yarg. 2. HD. 10.12.1982 9972/10197 bkz. **ŞENER**, s. 262.

<sup>57</sup> Yarg. 2.HD. 12.11.1981 6777/6997 bkz. **ŞENER**, s. 262.

<sup>58</sup> **ÖZTAN**, s. 466-467

<sup>59</sup> **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 210 vd.



TMK. m. 182'nin Anayasa Mahkemesinin denetimine sunulması, yasama erkinin harekete geçirilmesi gerekir.

Türk Medenî Kanunu'nu kanunlaştırma aşamasında İsviçre Medenî Kanunu'nun 133. maddesinin 3. fıkrası Türk hukukuna alınmamıştır. Anılan bu hükme göre, ana ve baba, çocuğun bakımının paylaşılması hakkında ve ödenecek nafaka konusunda anlaşmaları halinde, çocuğun menfaati ile bağdaştığı ölçüde, müşterek velâyet hakkı her iki ebeveyne bırakılır (Art. 133/III ZGB). Bunun için her iki ebeveynin müşterek velâyet yönünde müracaat etmeleri, tarafların mahkemece kabul edilebilir anlaşmaları ve bu anlaşmanın çocuğun menfaati ile bağdaşması gerekir<sup>60</sup>.

TMK.m.183 hükmü, ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi olgular zorunlu kılması halinde hâkimin re'sen veya ana ve babadan birisinin talebi üzerine gerekli önlemleri alacağını ifade etmektedir. Bu maddenin mehz İsviçre'de olduğu gibi anlaşılması daha isabetli olur: Buna göre, "Çocuğun menfaatine ilişkin önemli değişiklikler olması halinde, ana veya babadan birisinin veya çocuğun ya da vesayet makamının müracaatı üzerine, çocuğun velâyetinin hangi ebeveyne verileceği tekrar belirlenir (Art. 134/I ZGB)".

Kural olarak, boşanmadan sonra velâyet hakkının ana veya babadan birisine verilmesi süreklidir<sup>61</sup>. Ancak çocuğun menfaatinin yeni çıkan şartlara göre de korunması gerekir<sup>62</sup>. Velâyet hakkının yeniden ana ve baba arasında değerlendirme konusu olabilmesi için gerçekleşen olaylara ilişkin muhtemel değişikliklerin öngörülemez olması gerekir. Velâyet hakkı sahibi ebeveynin taşınma zorunda kalması, borcunu ödemekten acze düşmesi sebebiyle okul taksitlerini ödeyememesi örnek kabilinden sayılabilir<sup>63</sup>. Velâyet hakkı sahibi ebeveynin evlenmesi, başlı başına velâyetin diğer eşe verilme sebebi değildir<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 133, Nr. 18 ZGB.

<sup>61</sup> Bkz. BGE 120 II 232 vd.

<sup>62</sup> BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 134, Nr. 2 ZGB.

<sup>63</sup> BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 134, Nr. 4 ZGB.

<sup>64</sup> Yarg. 2. HD. 28.01.1985 209/666, ŞENER, s. 262.

### 5.3 Boşanmadan sonra ana ve babanın müşterek velâyet hakkının İsviçre’de kanunlaştırma çabaları ve bunun velâyet hakkının kaldırılmasına etkileri

Boşanmadan sonra ana-babanın müşterek velâyet hakkına ve boşanma ve ayrılıktan sonra nafaka talebine ilişkin, 16.11.2011 tarihli İsviçre’deki Kanun Değişikliği Tasarısının 296. maddesinin 2. fıkrasında<sup>65</sup>, her iki ebeveynin şahsî durumundan bağımsız olarak velâyet hakkı, genel kural olarak ana ve babaya müştereken ait olacağı öngörülmektedir. O halde, boşanmadan sonra da ve de babanın çocuğu tanınması halinde çiftler evli olmasa bile, velâyet hakkına müştereken sahip olurlar<sup>66</sup>. Bu yeni kural, velâyet hakkının kazanılmasında uygulandığı kadar kaybında uygulanır.

Yukarıda bahsedilen yeni tasarıya göre, müşterek velâyet hakkının çocuğun yararına olmaması halinde, müşterek velâyet hakkından vazgeçilerek, ebeveynden birisine velâyet hakkı verilir<sup>67</sup>. Tasarı gerekçesine göre, velâyet hakkının kaldırılmasını gerekli kılan şartların mevcut olması gerekir<sup>68</sup>. Başka bir ifade ile eşlerden birisinin velâyet hakkından mahrum edilmesi için, kanunda düzenlenen velâyetin kaldırılmasına ilişkin şartların o eş için gerçekleşmesi lazımdır. Yeni

<sup>65</sup> BBI 2011 9077 vd.

<sup>66</sup> İsviçre Medeni Kanununda reforma gidilmesinin gerekçesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin bir kararıdır (Zaunegger`in Almanya`ya karşı açtığı davada aldığı 03.12.2009 tarihli kararıdır, Karar numarası: 22028/04). İsviçre ve Türk Medeni Kanunu, evli olmayan kişilerin çocuğunun velayet hakkını, anneye vermektedir (TMK. m. 337/I; Art. 298 Abs. 1 ZGB). Bu hüküm İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin içtihadı ile çelişki içerisinde. İsviçre Kanununa ilişkin olarak bkz. **BÜCHLER, /VETTERLI**, s. 228-229; **RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH**, Nichteheleche Lebensgemeinschaft: vermögens- und kindesrechtliche Belange, in FamPra. ch 2004, s. 895, 906. Diğer taraftan evli olmayan anneye öncelikli olarak velayet hakkı tanınması, hukuki açıdan objektif olarak haklı değildir-çocuk gelişimi için her iki ebeveyn tarafı da aynı derecede önemlidir. Bkz. Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 11.06.2009, BF.2008,39.

<sup>67</sup> Bkz. **RÜTSCHI**, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra. ch 03/2012 tarih: 14.8.2012, FamPra. ch-2012- 630.

<sup>68</sup> **RÜTSCHI**, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra. ch 03/2012 tarih: 14.8.2012, FamPra. ch-2012- 630.

Tasarıya göre, velâyet hakkının boşanmadan sonra veya evlilik birliği dışında çocuğun tanınmasından sonra, ana veya babadan birisine verilmesi istisnâ bir durumdur.

Doktrinde hâkimin takdir yetkisi kapsamında, müşterek velâyet hakkına ilişkin bir değerlendirme yapılarak; boşanmadan sonra müşterek velâyet hakkının kararlaştırmasını veya ebeveynlerden birisine için velâyet hakkının ortadan kaldırılmasına ilişkin şartların mevcudiyetini tespit ederek, velâyetin sadece ebeveynlerden birisine verilmesinin kararlaştırılmasına şüphe ile yaklaşılmaktadır. Mahkemenin burada bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Hâkimin boşanmadan sonra müşterek velâyet hakkına ilişkin tereddütleri olması durumunda, ” güvenli bir karar” için eşlerden birisine velâyet hakkını verip vermeyeceği sorunu ile karşılaşmaktadır<sup>69</sup>. Çocuğun menfaatine en uygun çözümü bulmak için, hâkimin takdir yetkisini en uygun şekilde kullanması gerekmektedir.

İsviçre Federal Parlamentosunun 17.11.2011 tarihli basın açıklamasına göre<sup>70</sup>, öngörülen değişikliğin detaylarında ifade edildiği gibi, “gelecekte [...] boşanmadan sonra ana ve baba müştereken velâyet hakkını muhafaza ederek, mahkeme [...] boşanmada müşterek velâyet hakkının şartlarının mevcut olup olmadığını kendiliğinden araştırır. Çocuğun yüksek yararı için, boşanmadan sonra çocuğun velâyet hakkının sadece ana veya babadan birisine verilip verilmeyeceğine mahkeme; evlilik birliği dışında doğan çocuklar için ise, çocuğu koruma makamı, karar verir.” şeklinde düzenlenecektir. Böylece İsviçre Medenî Kanununun değişikliği tasarısı ile bir taraftan ana ve baba için müşterek velâyet hakkı genel kural olarak kararlaştırılırken, diğer taraftan da mahkemeye ve çocuğu koruma kurumuna, genel kuraldan ayrılma sebebinin olup olmadığını kontrol etme yükümlülüğü yüklenmektedir. Burada karşılaşılabilecek en önemli sorun ise, evlilik birliği temelden sarsılan ve

---

<sup>69</sup> Bkz. RÜTSCHI, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 tarih: 14.8.2012, FamPra.ch–2012– 653.

<sup>70</sup> <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/2011-11-17.html> [login tarih: 12.09.2012].

birbirleri ile kavgalı olan ana ve babanın münhasır velâyet hakkını almak için her yola başvurarak, mahkemeyi veya çocuğu koruma kurumunu yanıltması ihtimalidir. Diğer bir problem ise, velâyet hakkının kaldırılması müessesesinin, kötüye kullanıp kullanılamayacağıdır.

## 6. Velâyet Hakkının Kaldırılması

TMK. m. 348 anlamında velâyet hakkının kaldırılması sadece, fiil ehliyetine sahip ana ve/veya baba bakımından söz konusudur. Reşit olmayan veya mahcur olan ana ve/veya babanın velâyet hakkı, TMK. m. 296/II'ye göre kanun dolayısıyla mevcut değildir<sup>71</sup>. Ana ve/veya babaya TMK. m. 429'a göre yasal danışman atanması halinde, velâyet hakkı kanun gereğince sona ermez<sup>72</sup>. 5237 sayılı TCK. m. 53/I-a-e hükümlerine göre, cezaî mahkûmiyetin sonucu olarak, velâyet, vesayet veya kayyımlığa ait hakları koruma tedbirleri kapsamında kaybedilir. Bu halde, mahkûm kişinin sahip olduğu velâyet hakkı diğer eşe geçer. Mahkûmun velâyet hakkına münferiden sahip olması durumunda mahkûmiyet süresince çocuklara vasi atanır<sup>73</sup>.

TMK. m. 348 anlamında velâyet hakkının kaldırılması için belirlenen şartlar, hem ana ve babanın müşterek velayet hakkının kaldırılmasında, hem de velâyetin zaten ana veya babadan birisinde olması hallerine uygulanır<sup>74</sup>.

Velâyet hakkının kaldırılmasıyla birlikte, velâyet hakkına bağlı tüm yetkiler, diğer ebeveyne veya vasiye intikal eder<sup>75</sup>. Buna karşılık, velayet hakkının kaldırılması, evlât edinmeden farklı olarak hısımlık ilişkisini etkilemez. Velâyet hakkı, kaldırılmasına rağmen, ana ve/veya babanın

---

<sup>71</sup>HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechtes, Nr. 25.08; JORIO, s. 307; BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 312, Nr. 2 ZGB; BGE107 II 22.

<sup>72</sup>ÖZTAN, s. 644.

<sup>73</sup>743 sayılı eski Türk Medenî Kanunu'na göre, ana ve/veya babanın hacir altına alınması otomatik olarak velâyet hakkını kaybetmesi neticesi doğurmazdı. Bu durumda ana ve/veya baba, kendileri bizzat kanunî temsilciye ihtiyaç duymalarına rağmen, hacir kararına rağmen çocuklarının yasal temsilcisi olarak kalmaya devam ediyorlardı. JORIO, S. 308.

<sup>74</sup>JORIO, s. 308.

<sup>75</sup>BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 312, Nr. 1 ZGB; ÖZTAN, s. 641; AKINTÜRK, s. 428.

nafaka yükümlülüğü, çocuk hakkında bilgi alma hakkı ve çocuk ile şahsi görüş hakkı devam eder<sup>76</sup>.

## 6.1 Velâyet hakkının kaldırılmasının şartları

### 6.1.1 Çocuğun menfaatinin tehlikede olması

Velâyet hakkının mahkeme kararı ile kaldırılması için, her durumda çocuğun menfaatinin tehlikede olması gerekir. Çocuğun menfaatinin tehlikede olması, onun fizikî, zihnî veya ruhî gelişiminin kalıcı<sup>77</sup> olarak tehlikede olmasını ifade eder<sup>78</sup>. Buna ilâve olarak bu tehlikeleri izale etmek istememesi veya tehlikeyi izale edebilecek durumda olmaması gerekir<sup>79</sup>. O halde 743 sayılı eski Türk Medenî Kanunu'ndan farklı olarak, ana ve/veya babanın kusurundan bağımsız bir şekilde, çocuğun menfaatinin tehlikede olması gerekir<sup>80</sup>. Velâyet hakkının kaldırılması, ana ve babanın kusurundan bağımsız olarak gerçekleşebilir. Başka bir ifade ile ana ve baba yükümlülüklerini yerine getirememesinde kusursuz olsa bile velâyet hakkının kaldırılmasına karar verilir. Bu tedbir ile ana ve baba karşısında çocuğun korunması sağlanır<sup>81</sup>.

Çocuğun menfaatinin tehlikede olması ana ve/veya babanın aktif bir davranışına dayanabileceği gibi, gerekli önlemleri almamak gibi, ana ve/veya babanın pasif bir davranışına da dayanabilir. Çocuğun menfaatinin tehlikede olması, ana ve/veya babanın davranışlarından bağımsız üçüncü kişinin fiilinden de kaynaklanabilir.

---

<sup>76</sup> **BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 312, Nr. 1 ZGB; **ÖZTAN**, s. 641

<sup>77</sup> Bkz. OLG Frankfurt, FamRZ 1988, S. 98; BGE 119 II 9, 11;

**BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 312, Nr. 3 ZGB.

<sup>78</sup> Bkz. BVerfG., FamRZ 1982, 567; BayObLG, FamRZ 1994, s. 975.

<sup>79</sup> OLG Hamm FamRZ 2009, s. 1752.

<sup>80</sup> **JORIO**, s. 309; **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.46.

<sup>81</sup> **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 8., <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarih: 19.12.2012].

Velâyet hakkının kaldırılması, ana ve/veya babanın yükümlülüklerini ağır şekilde ihlâl etmesine dayanıyorsa, hukukî sonuç, cezaî müeyyide olarak gözüktür<sup>82</sup>.

### 6.1.1.1 Ana ve babanın yükümlülüklerini kusursuz olarak ihlâl etmesi

Kanun ilk olarak ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirirken (TMK. m. 339-344) yetersizliği objektif olgusunu, velâyeti kaldırma gerekçesi olarak düzenlemiştir. Bu kapsamda ana-babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması gibi velâyetin kaldırılması sebepleri sınırlı olmayan şekilde kanunda sayılmıştır<sup>83</sup>. Velâyetin kaldırılması, somut olayda bir veya birden fazla çocuğun menfaatini tehlikeye sokan olguya dayanabilir. Her durumda, velâyetin kaldırılması için özel bir sebebe ihtiyaç vardır<sup>84</sup>. Bu sayılanlara ilâve olarak ana ve/veya babanın uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılması da doktrinde bu kapsama sokulmaktadır<sup>85</sup>. Ana ve babanın kendi yükümlülüklerini yerine getirmemesi<sup>86</sup> veya psikolojik rahatsızlığı<sup>87</sup> ya da uyuşturucu bağımlısı<sup>88</sup> olması da bu kapsamda velâyet hakkının sona erme sebeplerinden görülmektedir<sup>89</sup>. Ayrıca ev düzeninin olmaması<sup>90</sup> ve ebeveynin sık sık ayrılarak tekrar birleşmesinden dolayı taşınmaları<sup>91</sup>, diğer eşin çocuğun menfaatini tehlikeye sokan davranışlara göz

---

<sup>82</sup>Bkz. die Argumentation des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. ZK, NQ110053-O/U, karar tarih: 23.01.2012, E.2.2.

<sup>83</sup> ÖZTAN, s. 643; AKINTÜRK, s. 441.

<sup>84</sup>BGer, ZVW 2008, 508, 509.

<sup>85</sup>HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.46; BGE 119 II 9; Hürriyeti bağlayıcı cezanın bir yıldan fazla olması, velayet hakkı sahibinin kısıtlanma nedenidir (TMK.m.407). Daha düşük cezalarda, her somut olayın özelliği dikkate alınmalıdır. JORIO, s. 337.

<sup>86</sup>Bkz. DOPFFEL, s. 61.

<sup>87</sup>Ana ve babanın travma geçirmesi için bkz. OLG Karlsruhe, NJW-RR 2007, S. 443; BayObLG, FamRZ 1999, S.318.

<sup>88</sup>Bkz. BGE 5C.157/2004, karar tarihi: 09.08.2004.

<sup>89</sup>BGE 90 II 471.

<sup>90</sup>OLG Hamm FamRZ 2002, s. 692.

<sup>91</sup>OLG Köln FamRZ 2011, s. 1307.

yumması<sup>92</sup>, çocuğun gelişimi için gerekli desteği verememesi<sup>93</sup>, bu kapsama girmektedir.

Ana ve/veya babanın yetersizliği kusursuz olduğu için, velâyetin kaldırılmasına oldukça istisnâ başvurulması gerekir<sup>94</sup>.

#### **6.1.1.2 Ana ve babanın yükümlülüklerini ihmal ile ihlâl etmesi**

Bu halde ana ve/veya baba çocuğun menfaatini korumak için, gerekli tedbirleri almamaktadır. Alınması gereken tedbirler, ailenin sosyal, ekonomik ve kültürel seviyesine göre belirlenir. Söz konusu tedbirlerle çocukların eğitiminin, bakımının, gözetiminin garanti altına alınması gerekir<sup>95</sup>. Mahkeme kararlarına göre, yetersiz beslenme<sup>96</sup>, çocuğun hijyenine dikkat edilmemesi<sup>97</sup>, tedavisi mümkün bir hastalığın daimi olarak çocukta bulunması, çocuğun gelişim bozukluğu göstermesi<sup>98</sup>, çocuğun okula gitmemesi veya devamsızlığının yüksek olması, çocuğun tedavisi<sup>99</sup> ve terapisi<sup>100</sup> için doktor muayenelerine götürülmemesi bu kapsamda sayılmaktadır. Çocuğun cinsel olarak taciz edilmesi, ihmal kapsamına girmez<sup>101</sup>. Zira çocuğun cinsel tacizi, onun travma geçirmesine yol açıp, çocukta gelişim bozukluğuna sebep olur. Bunun ise, ihmal kavramına dâhil edilme ihtimali yoktur. Burada velâyet hakkının kötüye kullanımı söz konusudur.

#### **6.1.1.3 Ana ve/veya babanın yükümlülüklerini kusurlu ihlâl etmesi**

Ana ve baba yükümlülüklerini kusurlu ihlâl etmeleri halinde, çocuğun menfaatini tehlikeye atma durumlarından farklı olarak, velâyet hakkını kötüye kullanması söz konusudur. Uygulamada velâyet hakkının

---

<sup>92</sup> OLG Frankfurt FamRZ 1981, s. 308.

<sup>93</sup> BayObLG FamRZ 1999, s. 1154.

<sup>94</sup> VÖLKER/CLASIUS, s. 111.

<sup>95</sup> VÖLKER/CLASIUS, s. 109.

<sup>96</sup> BayObLG, FamRZ 1988, s. 748.

<sup>97</sup> OLG Hamm, FamRZ 2002, s. 691.

<sup>98</sup> BayObLG, FamRZ 1997, s. 1553.

<sup>99</sup> PALANDT/DIEDERICHSEN, § 1666 Rz. 12.

<sup>100</sup> OLG Hamm, FamRZ 2010, s. 1747.

<sup>101</sup> Bu konudaki farklı görüş için bkz. ÖZTAN, S. 645 ve dn. 648`de anılan kaynaklar.

kötüye kullanılması ile çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesi arasındaki illiyet bağını ispat etmek oldukça zordur<sup>102</sup>.

Ana ve/veya baba velâyet hakkı kapsamındaki hakkını, aktif bir fiil ile yanlış kullanır ise ve bu fiil çocuğun menfaatine ve eğitim amacına aykırı olursa ve de bu hakkı kullanan ebeveyn tarafından bu fiil bilinçli gerçekleştirilir ise, velâyet hakkının kötüye kullanıldığının kabulü gerekir<sup>103</sup>. Mahkemeler buradaki ölçüyü belirlerken, velâyet hakkının şiddete başvurulmadan kullanılıp kullanılmadığını dikkate alması gerekir. Şiddet kavramına fizikî şiddet yanı sıra, psikolojik şiddet<sup>104</sup> de girer<sup>105</sup>. Şiddetin ana ve/veya baba tarafından gelmesi zorunlu değildir. Üçüncü kişi tarafından çocuğun şiddete uğraması neticesi ağır travma geçirmesi halinde de bu şiddetin engellenmemesi halinde velâyet hakkının kötüye kullanılmasından söz edilir<sup>106</sup>.

Mahkeme içtihatlarında bazı davranışlar velâyet hakkının kötüye kullanımı olarak kabul edilmektedir. Bunlar arasında, çocuğun meslek seçiminde eğilimlerinin ve yeteneklerinin dikkate alınmaması<sup>107</sup>, diğer ebeveyne gösterilmemesi<sup>108</sup> veya ondan kaçırılması<sup>109</sup>, ülkedeki zorunlu okula gitme yükümlülüğüne riayet edilmemesi<sup>110</sup>, zorunlu tedavilerinin bilinçli olarak yaptırılmaması<sup>111</sup>, büyük anne ve büyük baba ya da kardeşleri ile gereksiz şekilde şahsî münasebetinin kesilmesi<sup>112</sup>, suça veya fahişeliğe yönlendirilmesi özellikle zikredilmektedir<sup>113</sup>. Ayrıca, Alman

---

<sup>102</sup> VÖLKER/CLASIUS, s. 107.

<sup>103</sup> Bkz. PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, § 1666 Rz. 5 BGB.

<sup>104</sup> OLG Celle, FamRZ 2003, s. 549; OBERLOSKAMP, FPR 2001, S. 267; RAACK, FPR 2001, s. 258.

<sup>105</sup> Ayrıca bkz. ÖZTAN, s. 644 ve dn 673`de sayılan kaynaklar.

<sup>106</sup> Bkz. PALANDT/DIEDERICHSEN, § 1666 Rz. 11 BGB.

<sup>107</sup> Bkz. BayObLG FamRZ 1982, s. 634.

<sup>108</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.05.2007 Esas No: 2007/2-251 Karar No: 2007/277 kararında diğer eşin çocuk ile şahsî görüş hakkı tanımamasını velayetin kaldırılması sebebiolarak değerlendirmemi. Bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> [login tarih: 03.01.2013]

<sup>109</sup> Bkz. OLG Bamberg FamRZ 1987, s. 185.

<sup>110</sup> Bkz. AG Saarbrücken, FamRZ 2003, s. 1859; AG München, FamRZ 2002, s. 690.

<sup>111</sup> Bkz. BGH NJW 2000, S. 1784; OLG Celle NJW 1995, s. 792.

<sup>112</sup> Bkz. BayObLG, FamRZ 1984, s. 614.

<sup>113</sup> Bkz. BayObLG, FamRZ 1996, S. 1031; Krş. ÖZTAN, s. 645.



hukukunda Köln Asliye Hukuk Mahkemesi, Müslüman erkek çocuğun ebeveyni tarafından sünnet ettirilmesini, çocuğun vücut bütünlüğünün ihlâli sayarak, velâyet hakkının kullanımını kötüye kullandığını kabul<sup>114</sup> etmektedir. Köln mahkemesinin bu kararı, vicdan ve din hürriyeti ile özel hayatın korunması ilkeleri açısından kabul edilemez.

### 6.1.2 Daha düşük düzeydeki çocuğu koruma tedbirlerinin sonuç vermemesi (Subsidiaritätsprinzip)

Türk-İsviçre Medenî Kanunlarında, çocuğu korumak için velâyet hakkını sınırlayan kademeli tedbirler öngörülmektedir. Düzenlenen tedbirler, velâyet hakkına artan bir müdahaleyi öngörmektedir. Bu kapsamda, öncelikli olarak ana ve baba ihtar edilir. Çocuğun üstün yararının maruz kaldığı tehlikeye göre, müşterek yerleşim yeri (ikametgâhı) belirleme hakkı kısıtlanarak, çocuk bakıcı bir aileye verilebilir veya bir bakım yurduna yerleştirilebilir (TMK. m. 347) ya da ana ve babadan maruz kalınan tehlikeleri nasıl kaldıracağına ilişkin bilgi de istenebilir<sup>115</sup>. Hâkim çocuğun menfaatini korumak için eğitim kayyımı (Art. 308 ZGB) da atayabilir. Türk Medenî Kanunun kanunlaştırılması aşamasında mehz İsviçre Medeni Kanunun bu maddesi alınmadı. Ancak TMK. m. 346'da hâkime geniş yetki tanımaktadır. TMK. m. 346'nın Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesine uygun yorumlanması yoluyla, Türk hukuku açısından da eğitim kayyımı atamanın mümkün olduğu sonucuna varabiliriz<sup>116</sup>. Velâyet hakkı kaldırılmadan önce, birden fazla tedbir bir arada uygulanabilir<sup>117</sup>. Ancak velâyetin kaldırılması diğer tedbirler ile bir arada uygulanamaz<sup>118</sup>.

Çocuğun menfaatini korumak için alınacak tedbir ile tehlike arasında bir oran mevcut olması gerekir (Verhältnismäßigkeitsprinzip). Bu

---

<sup>114</sup> Bkz. LG Köln, karar tarihi: 07.05.2012-151 Ns 169/11-juris.

<sup>115</sup> **BAKTİR ÇETİNER**, s. 135, ayrıca bkz. Yarg.2.HD. 13.10.1954, 3624/5921, dn. 43'den naklen.

<sup>116</sup> Bkz. **ÖZTAN**, s. 673.

<sup>117</sup> **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.08; **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 307 Nr 2 ZGB.

<sup>118</sup> **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 307 Nr 15 ZGB.

kapsamda, çocuğun menfaatine yönelmiş tehlike, daha düşük bir tedbir ile önlenilebileceği yerde, velâyet hakkının kaldırılması isabetli değildir<sup>119</sup>.

Tehlike ve tedbir arasındaki orantılılık prensibi gereğince, sonuç verecek en düşük tedbir alınmalıdır<sup>120</sup>. Son tedbir olarak, mahkeme velâyet hakkını tamamen ortadan kaldırabilir. Velâyet hakkını ortadan kaldıran mahkeme kararında, bu hakkın kaldırılmasına yol açan sebepleri somut olarak belirtmesi gerekir<sup>121</sup>. Çocuğun sağlığına ilişkin bir tehlike daha düşük bir tedbir ile ortadan kaldırılabilirdiği halde, doğrudan velâyet hakkının kaldırılması, orantılılık prensibine aykırılık teşkil eder<sup>122</sup>. Ana ve baba velâyet hakkını kötüye kullansa bile, velâyet hakkının kaldırılması, çocuğun menfaatini korumak için bir araç olup, ana ve babayı cezalandırma yöntemi değildir. Ana ve baba yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, onların yerine geçecek çocuk eğitim yeteneğine sahip yedek ana ve baba sunması, devlet için bir yükümlülüktür<sup>123</sup>.

Velâyet hakkı kaldırılmadan alınan diğer önleyici tedbirin, fiilen bu hakkın kullanımını imkânsızlaştırmaması gerekir. Bu konuda bir Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir: “...*Velâyetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velâyet görevlerine müdahale olunamaz. Mahkemece, velâyetin babadan kaldırılması isteğine ilişkin dava reddedilmiş, velâyet babada bırakılmıştır. Velâyet babada bırakıldığı halde, Türk Medenî Kanunu'nun 346. maddesi koşulları da gerçekleşmemişken babanın velâyeti fiilen kullanamaması sonucuna müncer olacak şekilde çocukların öğrenimlerini*

---

<sup>119</sup>HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.12; VÖLKER/CLASIUS, s. 112.

<sup>120</sup>BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 307 Nr. 8 ZGB..

<sup>121</sup>BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 311/312 Nr. 6 ZGB; Ayrıca bkz. Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U.

<sup>122</sup>Bkz. Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.6.6.

<sup>123</sup>Bkz. HANSBAUER; s. 92. En önemli araç vesayettir; Bundan dolayı, vesayet makamının uzmanlığı ve tavrı, bunu desteklemektedir, Art. 315 vd. ZGB. – Bkz. DOPPFEL, s. 61.

*davacı anneannenin yanında sürdürmelerine karar verilmesi doğru bulunmamıştır...*<sup>124</sup>.

Çocuğu korumak için alınan yukarıda sıralanan tedbirler, fayda vermez ise, ancak son çare olarak velâyetin kaldırılması nihaî olarak düşünülmelidir (ultima ratio)<sup>125</sup>; bu halde velâyet hakkının kaldırılması yoluna gidilebilir<sup>126</sup>. Ancak daha düşük tedbirlerin alınması, mevcut tehlikeyi bertaraf edebilecek konumda değil ise, bunlara başvurulmaksızın, doğrudan velâyet hakkının kaldırılması yoluna gidilebilir<sup>127</sup>.

### **6.1.3 Velâyet hakkının kaldırılmasının zorunlu olması (Erforderlichkeitsprinzip)**

Çocuğun menfaatinin tehlikede olması halinde, hâkim öncelikle kanunda velâyet hakkının kaldırılması dışındaki öngörülen diğer tedbirleri uygulamalıdır<sup>128</sup>. Gereklik ilkesi, sadece velâyet hakkının kaldırılmasında değil, uygulanacak diğer tedbirler açısından da geçerlidir. Bu bakımdan çocuğun maruz kaldığı tehlike, menfaatini korumak için seçilen tedbirin uygulamasını kaçınılmaz kılmalıdır<sup>129</sup>. Bu kapsamda, velâyet hakkının kaldırılması da çocuğun menfaatini korumak için tek çare olmalıdır.

### **6.1.4 Her iki ebeveynin de velâyet hakkına sahip olamaması**

Boşanmada velâyet hakkı, eşlerden birisine verilmiş ise, bu hakkın kaldırılmasına, orantılılık ilkesi gereğince karar verilmez<sup>130</sup>. Boşanma anında her iki ebeveyne velâyet hakkının verilmesi çocuğun menfaati ile bağdaşmaz ise, bu takdirde, velâyet hakkı TMK. m. 348 anlamında

---

<sup>124</sup> Yarg. 2 HD. 2007/16702 E., 2007/17570 K, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasi> [login tarihi: 03.01.2013].

<sup>125</sup> BGer, ZVW 2008, 508, 509 und ZVW 2006, 107-108; Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 22.09.2011, BF.2010,52.

<sup>126</sup> HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.46; JORIO, S. 307; BGE 119 II 12.

<sup>127</sup> VÖLKER/CLASIUS, S. 113-114; BayObLG, FamRZ 1999, s. 316.

<sup>128</sup> BVerfG, ZKJ 2012, s. 186 ve buna ilişkin Coester'ın izahatı, ZKJ 2012, s. 182. BVerfGE 100, 313, 375.

<sup>129</sup> VÖLKER/CLASIUS, s. 112.

<sup>130</sup> JORIO, s. 359.

kaldırılır<sup>131</sup>. Boşanmada velâyet hakkı, ebeveynen birisine verildikten sonra, diğer ebeveyne velâyetin tevdi edilmesi, TMK. m. 348 anlamında değil, TMK.m.183 kapsamında gerçekleşir.

TMK. m. 348 anlamındaki velâyet hakkının kaldırılması, boşanma hukuku karakterli olmayıp, çocuğu koruma önlemlerinin bir parçasıdır<sup>132</sup>. Bu sebeple boşanmadan bağımsız olarak evlilik devam ederken de, velâyet hakkı ana ve babadan TMK. m. 348 anlamında kaldırılabilir. TMK. m. 348 anlamında velâyet hakkının kaldırılabilmesi için her iki ebeveynin de, çocuğun menfaati açısından velâyet hakkına sahip olamaması gerekir. Şayet velâyet hakkı, ana ve babadan birisine ait ise, TMK. m. 348 anlamında velâyet hakkının kaldırılması, ancak diğer eş velâyet hakkının verilememesi halinde mümkündür<sup>133</sup>.

#### **6.1.5 Çocuğa davada temsilci atanması**

Hâkim, velâyetin kaldırılması davasında, çocuğa bir temsilci (kayıym) atmalıdır. Temsilcisi vasıtasıyla çocuğun iradesi sorgulanmalıdır. Çocuğun iradesinin belirlenmesi, aynı zamanda menfaatinin tespitinin de bir parçasıdır. Çocuğun iradesi, kendi geleceğini belirleme hakkının bir tanmasıdır<sup>134</sup>. Çocuğun iradesinin üst sınırını onun menfaati teşkil eder. Aynı zamanda yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi bir sebep ile çocuğun iradesi belirlenemiyorsa, onun objektif iradesi, başka bir ifade ile menfaati esas alınır<sup>135</sup>.

Ülkemizin taraf olduğu, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin<sup>136</sup> 4. maddesine göre, çocuk kendisine özel temsilci atanmasını isteme hakkına sahiptir. Anlaşmanın 4. maddesi çocuğa temsilci atanmasını, ebeveyn ile bir menfaat çatışması olması şartına bağlamaktadır (TMK.m.426 /I-2). Velâyet hakkının kaldırılmasında ana ve baba ile çocuk arasında bir menfaat çatışması vardır. Zira çocuğun

---

<sup>131</sup> Bkz. BGE 40 II 315 vd. 440; BGE 47 II 18; BGE 48 II 305; BGE 55 II 74.

<sup>132</sup> JORIO, s. 359.

<sup>133</sup> HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 24.48.

<sup>134</sup> DETTENBORN, s. 61

<sup>135</sup> BVerfG/1 BvR 1986/04 v. 08.03.2005.

<sup>136</sup> Bkz. dn. 50.

menfaati, ana ve babası tarafından birlikte büyütülmek ve onlar ile hissî bağı kurmaktır. Menfaati ihlâl edildiğinde, çocuk ana ve/veya babası ile menfaat çatışması içerisindedir. Alman Hukuku'nda olduğu gibi, (§ 158 FamFG), TMK. m. 348 davalarında da, davada çocuğu temsil etmesi için, çocuğa TMK. m. 426/I-2'ye göre kayyım atanmalıdır.

## 6.2 Mahkeme içtihatlarına göre, velâyet hakkının kaldırılması

Mahkeme içtihatlarına göre, velâyet hakkının kaldırılmasında dört ana husus vardır. Bunlar:

1. Çocuğun fizikî, ruhî, zihnî olarak menfaatinin tehlikede olup olmadığı,
2. Bu tehlikenin, ana ve babanın bir davranışına veya hareketsizliğine dayanıp dayanmadığının tespiti,
3. Ana ve babanın, var olan bu tehlikeyi, ortadan kaldırmak için gerekli yeteneğe sahip olup olmadığı veya bu tehlikeyi kaldırmak isteyip istemediği,
4. Velâyet hakkının kaldırılmasının, tehlike ile orantılı olup olmadığıdır<sup>137</sup>.

Özellikle dördüncü bentte yer alan hususun sonucu belirleyicidir. Bu sebeple, dördüncü soruyu, üç bakış açısından incelemek gerekir. Bu ise, nitelik, nicelik ve müdahalenin orantılılığı olarak sayılır<sup>138</sup>. Orantılılık bu anlamda, ilk olarak alınan tedbirlerin çocuğun menfaatinin desteklemeye uygun olmalıdır. İkinci olarak tedbirler, çocuğun korunması için gerekli bulunmalıdır. Üçüncü olarak, alınan tedbirler dolayısıyla beklenen fayda, korkulan neticeyi ortadan kaldıracak nitelikleri taşımaktadır<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Bkz. BGE 119 II 9; ZVW 1991, 78; ZR 1986 Nr. 83; **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.46; Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, tarih: 11.06.2009, BF.2008.39.

<sup>138</sup> **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 307, Nr. 4 vd. ZGB; **BÜCHLER/VETTERLI**, s. 245 vd.; **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.09 vd.; Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 11.06.2009, BF.2008.39.

<sup>139</sup> **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 307, Nr. 4 vd. ZGB; **BÜCHLER/VETTERLI**, s. 245-246; **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.09 vd.; Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 11.06.2009, BF.2008.39.

Öncelikli olarak, istenilen amaca ulaşmak için ana ve babanın korumasının (birlikte yaşamın) ortadan kaldırılmasının yeterli olup olmayacağı veya istenilen amaca ulaşmak için velâyet hakkının kaldırılmasının da gerekip gerekmediği araştırılmalıdır. Ayrıca, alınan farklı hafif tedbirler ile velâyet hakkının muhtevasının boşaltılmaması gerekir. Farklı tedbirlerin bir arada uygulanması (TMK. m. 346-347), buna göre, velâyet hakkının kaldırılması ile aynı neticeyi doğurmaz; aksi halde velâyetin kaldırılmasına ilişkin şeklî prosedür takip edilmelidir<sup>140</sup>. Meselâ ana ve babaya çocuğu koruma yetkisi veren yetkilerin kaldırılmasından sonra, kayyım tayin edilmiş, ana ve babaya çocuğun meslek edinmesini belirleme ve çocuk ile şahsî görüş belirleme hakkı bırakılmış ise, bu durumda velâyet hakkının içeriği boşaltılmış olur. Bu durumda kapsamı olmayan bir haktan (ius nudum=Rechte ohne Inhalt) söz edilir<sup>141</sup>.

Velâyet hakkının ortadan kaldırılmasına ilişkin aşırı tedbirler, özellikle ana veya babadan birisinin *çocuk yetiştirme yeteneğini* kaybetmesi halinde, haklıdır. Bu durumda mahkeme ana ve baba ile çocuk arasındaki şahsî bağa özellikle dikkat eder<sup>142</sup>. Bu durumu örneğin St. Gallen Kanton Mahkemesi 2011 yılındaki bir kararında şöyle açıklamaktadır<sup>143</sup>. Evli olmayan X ve Y'nin müşterek iki erkek çocukları vardır. Ana ve baba çocuklar iki yaşında iken ayrılmışlardır. Çocuklar babada kalmıştır. Çocuklar ile ana arasında şahsî münasebet kurulamamıştır. Ayrılıktan 11 yıl sonra baba, velâyet hakkının paylaştırılmasını istemiştir; anadan velâyet hakkı alınmıştır. Mahkemenin

---

<sup>140</sup> BGE 5C.207/2004, karar tarihi: 26.11.2004, E.3.1.2.; **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.08; **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 307 ZGB.

<sup>141</sup> **JORIO**, S. 86 vd.; BGE 5C.207/2004, karar tarihi: 26.11.2004, E.3.1.2.

<sup>142</sup> Bu manada Poschke'nin görüşü takip edilmesi gerekir. Anne ve babanın boşanması sadece aralarındaki evlilik ilişkisini ortadan kaldırmaktadır. Ancak, çocuğun da dahil olduğu aile ilişkisi sona ermemektedir. Aile ilişkisi, değişik bir boyutta devam etmektedir. Boşanmadan sonra müşterek velayetin ön şartı, her iki ebevyinin çocuk eğitim yeteneğine sahip olması gerekir. Başka ifade ile, her iki ebevyne de, yalnız velayet hakkını alabilecek olabilmesi gerekir; **POSCHKE**, Das neue Schweizer Scheidungsrecht, s. 150.

<sup>143</sup> Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 22.09.2011, BF.2010.52.

kabul ettiği gibi, velâyet hakkının alınması için özel bir sebebinin varlığı gereklidir ve mahkeme ananın çocuk eğitim yeteneği olmadığını esas almaktadır. Bu ise, “*gerçek olarak çocuğa düşkünlük ve kimin çocuğa ilgi göstereceğini ve gelişimine katkı sağlamasına*” bağlıdır.

Kendisine çocuk bırakılan ana veya babanın, “*ciddi olarak çocuğu ile ilgilenmesi, çocuğuna güvence sunması ve okul ve çevre ile birlikte çalışmaya hazır olması gerekir. Çocuğu eğitim yeteneğinin de her bir çocuğa göre farklı değerlendirilmesi gerekir*”<sup>144</sup>. Yukarıda belirtilen olayda, 12 yıldan fazla çocuklar annesi ile şahsî münasebet kurmamış, ondan sonra da kurmak istememektedirler. Buna bağlı olarak çocukların annesine karşı bir hissî yakınlığı mevcut değildir. Karşılıklı olarak güvenin ve müşterek bir temel olmaması halinde, anne çocuklarını meselâ “*koruması altında olmasa da, velâyet hakkı sahibi olarak hangi mesleği seçecekleri konusunda bilgilendirebilme hakkına sahip olmasına rağmen*” bunu yapamaz, çünkü çocukların şahsî yeteneğini ve hangi mesleği sevdiğini bilemez. Bu sebeple artık anne için çocuklarını eğitmesi daimi olarak imkân dâhilinde değildir<sup>145</sup>. Mahkeme ayrıca, şartların artık değişmeyeceği olgusunu da tespit ederek, buna bağlı olarak da çocuğun annesinin objektif ve daimi olarak, çocukları eğitme yeteneğini de kaybettiğini belirtmektedir.

Ana veya babadan birisinin ağır şizofreni hastalığı ve kendini öldürme eğiliminin olması durumunda (Suizidgefahr), bu ebeveyn sadece çocuğa şahsî olarak bakmaktan mahrum olmayıp, aynı zamanda üçüncü şahsın çocuğa bakması halinde, onu kontrol etme imkânına da sahip değildir. Ayrıca bu kişi şartların gerektirdiği takdirde çocuğun başka yere yerleştirilmesi kararını da alabilecek durumda değildir<sup>146</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1963 yılında verdiği bir kararına göre<sup>147</sup>, velâyet hakkının

---

<sup>144</sup> Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 22.09.2011, BF.2010.52.

<sup>145</sup> Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 22.09.2011, BF.2010.52.

<sup>146</sup> Türk hukuku’nda velayet kavramına tekabül eden, „elterliche Gewalt“ kavramı, 26.06.1998 tarihli İsviçre Kanunu’nun revizyonunda yerini „elterliche Sorge=ana baba bakımı“ kavramına bırakmıştır. Bu değişiklikte İsviçre’de 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe girdi.

<sup>147</sup> BGE 90 II 471 orada anılan kaynaklar.

kaldırılması, bu hakkı kaybeden ebeveynin çocuk ile şahsî ilişki kurmasına, çocuğun menfaati imkân verdiği oranda engel değildir.

İsviçre Federal Mahkemesi 1993 yılında verdiği başka bir kararında<sup>148</sup>, uzun süreli hapis cezası alan babanın velâyet hakkının kaldırılmasını haklı bulmuştur. Federal Mahkemeye göre, uzun süreli hürriyeti kısıtlayan ceza dolayısıyla müşterek yerleşim yerinden ayrı kalınmasını, TMK. m. 348 f.1/b.1 (Art. 311 Abs. 1 Satz 1 ZGB)'deki yerleşim yerinde (ikametgâhında) olmama durumunun kıyasen uygulanabileceğini, bu sebeple babanın, hapisteyken yükümlülüğünü yerine getiremediği gerekçesi ile velâyet hakkını kaldırmıştır<sup>149</sup>.

Unutulmamalıdır ki, yukarıda da ifade edildiği üzere velayet hakkının kaldırılması, cezai bir karakter taşımayıp, ana ve/veya babanın objektif olarak yükümlülüğünü yerine getirmemesine dayanır. Velâyet hakkının kaldırılmasına da son çare olarak başvurulur.

Velâyet hakkının kaldırılması müessesine başvurmak, mahkemelerce sınırlı ve tedbirli şekilde uygulanmalıdır. Bu kapsamda İsviçre'deki kararlardan biri de, Zürich Kanton Yüksek Mahkemesi'nin 15.03.2012 tarihli bir kararıdır<sup>150</sup>. Bu karara göre, boşanma aşamasında bulunan çiftin kız çocuğu için, koruma tedbirleri kapsamında (Art. 315a ZGB), önce eğitim kayyımı atamış, daha sonra da, çocuğun sağlığının kötüleşmesinin engellenememesi sebebiyle annenin **velâyet hakkını kaldırarak, vasi atanmasına karar vermiştir** (TMK. m. 404; Art. 368 Zi 2a ZGB).

Yukarıda kısaca özetlenen karar üzerine ilk derece mahkemesi, ana ve babanın çocuğun uygun şekilde tedavi ettirilmesini engellemesi dolayısıyla çocuğa vasi atamıştır<sup>151</sup>. Yargılamada çocuk, vasi atanmasına kendisinin ihtiyacı olmadığı, yönünde görüş bildirmiştir. Çocuk, ana ve babasının kendisini koruyacak durumda olduğunu, kendisinin de ana ve

---

<sup>148</sup> BGE 119 II 9, karar tarihi: 05.03.1993.

<sup>149</sup> BGE 119 II 9, karar tarihi: 05.03.1993.

<sup>150</sup> Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U.

<sup>151</sup> Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.I.2.1.



babası ile birlikte doktorlara giderek tedavi olabileceğini beyan etmiştir<sup>152</sup>. Somut olayda çocuk, uyuşturucu kullanımına bağlı olarak oluşan şahsiyet bozukluğu olarak ifade edilen ağır psikolojik bir rahatsızlığa sahipti. Aynı şekilde bu kişide, yeme alışkanlığı bozukluğu (aşırı zayıflık hali=Magersucht) ve kendini öldürme eğilimi (Suizidgefahr) ve de artan şekilde sosyal davranış bozukluğu mevcuttu. Zürih Yüksek Mahkemesi, ana ve babanın Art. 308 Abs. 3 ZGB kapsamında, tıbbî ve terapi alanda velâyet hakkını kısıtlayarak, Art. 310/I (TMK. m. 347/I) anlamında çocuğu başka yere yerleştirilmesine ve ona kayyım atanmasına karar vermiştir<sup>153</sup>.

Zürih Yüksek Mahkemesi, ilk derece mahkemesince verilen velâyet hakkının tamamının kaldırılmasını doğru bulmadı; somut olayda velâyet hakkının kısıtlanmasını yeterli görerek ana ve babanın anlaşamamasını, eğitim yetersizliği veya yükümlülük ihlali olarak değerlendirmemiştir<sup>154</sup>.

Zürih Yüksek Mahkemesi, velâyet hakkının sağlık alanında kısıtlamasını yeterli görerek, ayrıca velâyet hakkının, çocuğun devlet makamları önünde temsili (Behördenangelegenheit) alanında da kısıtlanmasını gerekli görmemiştir<sup>155</sup>. Bunun dışında, Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesinin somut olayın şartlarına uygun karar vermediği, daha düşük bir tedbir ile kız çocuğunun içinde bulunduğu tehlikenin ortadan kaldırılabileceği halde, tüm velâyet hakkının kaldırılması yoluna gidilmesini isabetli bulmamıştır<sup>156</sup>. Bu sebeple, Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını düzelterek, Art. 308 fıkra 3 ve Art. 310 fıkra 1 ZGB anlamında daha düşük bir tedbir olarak kayyım atama (*velâyetin kısmî sınırlandırılması*) yoluna gitmiştir.

## 7. Velâyet hakkının kaldırılmasının sonucu

Velâyet hakkının ana ve babadan kaldırılması halinde, TMK. m. 404'ün TMK. m. 348/II birlikte uygulanması sonucu, zorunlu olarak vasi

<sup>152</sup> Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.I.5.

<sup>153</sup> Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.II.9.2.

<sup>154</sup> Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.II.6.5.

<sup>155</sup> Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.II.6.5.

<sup>156</sup> Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.II.6.6.

atanması gerekir. Bunu takip eden şekilde ana ve/veya baba ile çocuk arasında TMK. m. 323'e göre şahsî ilişkiler düzenlenmelidir. Zira bu karar vasinin vereceği kararlar arasında yer almaz<sup>157</sup>. Çocuğu koruma tedbirleri ifade edildiği şekilde gerçekleşir ise, mahkeme çocuk için vasi tayin eder<sup>158</sup>. Ana veya babadan sadece birisinden velâyet hakkı alınmış ise, diğer ebeveyn velâyet hakkına tek başına sahip olur. Velâyet hakkına sadece ana veya babadan birisi sahip iken, bu kişiden velâyet hakkı alınır, bu takdirde, velâyet hakkının diğer ebeveyne verilip verilmeyeceği konusunda bir inceleme yapılır. Çocuğun menfaati gerektiriyor ise, vasi atanır.

### **8. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Başvuru Hakkı**

Bir olaya, İHAS. M. 8'in uygulanabilmesi için, Sözleşmenin hem Türkiye'de, hem de İsviçre'de kabul edilerek uygulama alanı bulunduğu tespit edilmesi gerekir. Yargı kararlarına ilişkin üst mahkemeye itiraz edilebilir<sup>159</sup>. Buna uygun olarak, velâyet hakkının kaldırılması konusunda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurulabilir.

Hem velâyet hakkının kaldırılmasında hem de velâyet hakkına getirilen her türlü sınırlamada İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurulabilir. Velâyet hakkından bağımsız olarak çocuk ile şahsî ilişki kurulmasına ilişkin kararlara karşı da başvuru hakkı mevcuttur<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kinderschutzes (2002/2004), S. 9, <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012]; BGE 125 III 401.

<sup>158</sup> BGE 135 III 49, E.4.1.

<sup>159</sup> Krş. BGer, karar tarihi: 19.03.1975, BGE 101 Ia, 67, 69, karar tarihi: 16.07.1976, BGE 102 Ia, 196, 199; Ayrıca bkz. **STREINZ/ALEX**, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, s. 314; İsviçre'de, hakim görüşüne göre, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Federal Anayasa Mahkemesi ile Federal ve Kantonal hukuku arasında bir başvuru hakkına sahiptir. Bkz. **HAEFLIGER**, S. 34, alıntı: **STEINZ/ALEX** Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, s. 314.

<sup>160</sup> Bkz. **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kinderschutzes (2002/2004), S.10, <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].

TMK. m. 324/II (Art. 274 Abs. 2 ZGB)'deki haklı gerekçelerin olması halinde, şahsî görüş hakkı geçici veya daimi olarak ortadan kaldırılabilir. Özellikle çocuğun ana ve/veya babası ile şahsî ilişki kurması, onun menfaatini zedeliyor ise, şahsî ilişkiye yasak getirilebilir. Özellikle çocuğun cinsel istismarı dolayısıyla, çocuk travma geçirmesi halinde, şahsî ilişki yasaklanabilir. Bu örnekler çoğaltılabilir<sup>161</sup>. Burada da ölçüt çocuğun menfaatidir. Baba tarafından çocuğa karşı şiddet uygulanması veya çocuğun cinsel istismar edilmesi halinde, çocuğun yerleşim yeri (ikametgâhı) değiştirilmekle kalmamalı, aynı zamanda baba ile arasındaki şahsî ilişki de kesilmelidir<sup>162</sup>.

Çocuk ile şahsî ilişki kurmak, sadece şahıs olarak onu görme hakkını değil, aynı zamanda onunla telefonda veya mektupla haberleşme hakkını da kapsar. Aynı şekilde, çocuğun hayatındaki özel anların (doğum günü gibi) paylaşılmasını da içerir<sup>163</sup>. Mevaz İsviçre Medenî Kanunu'nun 275 a maddesi, kanunlaştırma aşamasında Türk Medenî Kanunu'na alınmamıştır. Ancak, Türk hukuku açısından bilgi edinme hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında kabul edilmelidir. Buna göre, ana ve/veya baba velayet hakkına sahip olmasa bile, çocuğun gelişimi için önem arz eden kararlarda, karar alma sürecine katılması ve görüşlerinin dinlenmesi gerekir<sup>164</sup>. Çocuk mümeyyiz küçük ise, kendisi hakkında bilgi vermek, onun şahsına sıkı sıkıya bağlı haklardandır<sup>165</sup>. Ana ve baba ile çocuk arasındaki şahsî ilişkiyi kural olarak mahkeme belirler. Ancak mahkeme şahsî ilişkiyi belirlemek için kayyım atayabilir. Kayyım,

---

<sup>161</sup> Bkz. **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 10, <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].

<sup>162</sup> Bkz. BGE 5C.207/2004, U. v. 26.11.2004.

<sup>163</sup> **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 11., <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].

<sup>164</sup> **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 11., <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].

<sup>165</sup> **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 11., <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].; **SCHWENZER/BASLER KOMMENTAR**, Art. 310 Nr. 1 ZGB.

ihtiyaç halinde, doktordan veya başka bir uzmandan da yardım alabilir<sup>166</sup>. Mahkeme, tartışmalı boşanmalarda, çocuk ile ebeveyn arasında şahsî ilişkinin kurulması için kayyım da atayabilir. Türk hukukunda kayyım atanması düzenlenmese bile, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında devlete pozitif bir görev yüklenmektedir. Buna göre devlet, insanların normal bir aile yaşantısı sürmesine imkân sağlamakla yükümlüdür<sup>167</sup>. Özel ve aile hayatının dikkate alınmasındaki temel hakkın özü, ailevi ilişkilerin tanzim edilmesidir. Burada kanun koyucuya önemli bir karar verme imkânı tanınmıştır<sup>168</sup>.

Hoffmann'ın Avusturya'ya karşı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde açtığı davada<sup>169</sup> görüldüğü gibi, velâyet hakkının kaldırılması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14. maddesi anlamında ayrımcılığın engellenmesi maddesine aykırılık da teşkil edebilir. Somut olayda ana ve babadan birisinin dinî anlayışı dolayısıyla velâyet hakkı kaldırıldı. Benzer bir durum Kutzer'in Almanya'ya karşı açmış olduğu davada, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ilgili devlete karar serbestisi tanımakla birlikte, alınan tedbirlerin karşılaşılan tehlike ile orantılı olması gerektiğine ve özel ve aile hayatının korunması isteğine ve oradaki anayasal menfaate vurgu yapılmıştır<sup>170</sup>. Diğer taraftan, en üstün değer olarak çocuğun menfaatinin korunması, böylece de devlete çocuğun menfaatine yaptığı müdahalede, istenilen sonuca ulaşmak için hak ve yükümlülükler yüklenmiştir. Çocuğun menfaatini engelleyen davranışlar da cezalandırılmıştır. Bu çerçevede devlet, velâyet hakkını kaldırırken, çocuğa yeni yaşayacağı yeri tespit eder veya onunla ana ve baba arasında şahsî ilişki hakkı tanır. Kreutzer'in Almanya'ya karşı açtığı davada, ana ve baba psikolojik rahatsızlığı olan çocuklarını eğitim yeteneğinden mahrumdur, bu mahrumiyet de doktor raporu ile sabittir. Bu durumda davalı devlet (Almanya) velâyet hakkını ortadan kaldırmış ve her iki

---

<sup>166</sup> Bkz. Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, I.4.

<sup>167</sup> Bkz. EGMR, karar tarihi: 26.05.1994, Bs Nr. 16969/90, Rz 48-50 – Keegan gegen Irland.

<sup>168</sup> Bkz. EGMR, karar tarihi: 03.03.2010, Bs Nr. 22028/04, Rz 60 – Zaunegger gegen Deutschland.

<sup>169</sup> EGMR, karar tarihi: 23.06.1993, Bs Nr. 12875/87, Rz 29 – Hoffmann gegen Österreich.

<sup>170</sup> EGMR, karar tarihi: 10.07.2001, Bs Nr. 46544/99, Rz 60, 81 – Kutzner gegen Deutschland.

çocuğu birbirinden farklı iki bakım yurduna yerleştirmiştir. Böylece ana ve babanın çocuklar ile şahsî ilişki hakkı ehemmiyetli oranda sınırlandırılmıştır<sup>171</sup>. Uygulanan çocuğu koruma tedbirleri, onun menfaatini göz önünde tutması zorunlu olmasına rağmen, çocuğun sağlığının, ahlâkının, sahip olduğu hakların ve özgürlüğün korunması için, alınan tedbirler “*demokratik toplum gereklerine*” aykırı olamaz<sup>172</sup>.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Cengiz Kılıç’ın Türkiye’ye karşı açtığı davada, sözleşmeye taraf devletlerin pozitif bir yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır. Özel ve aile hayatının korunması kapsamında, üye ülkeler boşanma davası süresince çocuk ile şahsî ilişkinin önüne geçen bütün engelleri kaldırmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür<sup>173</sup>. Bu olayda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlâl edildiği görüşündedir. Keegan’ın İrlanda’ya karşı açmış olduğu davada, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, sözleşmeye taraf devletlerin pozitif yükümlülüğünü yine vurgulamış ve çocuk ile ana ve babasının birlikte yaşaması halinde, devletin aile birliğinin gelişimine katkı sağlamakla yükümlü olduğunu ve aile birliğine hukukî güvenlik sağlamakla yükümlüğünü de tespit etmiştir. Bu güvenlik içerisinde, devlet çocuğun aile içerisinde doğumundan itibaren uyum sağlama imkânına kavuşturmak zorundadır<sup>174</sup>. Bu anlamı ile velâyet hakkı, gerçi dokunulmayan bir hak olarak öne çıkmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, TMK. m. 348 (Art. 311 ZGB) anlamındaki sınırlamalar ve koruma tedbirleri, hiç bir şekilde ana ve/veya babaya karşı bir ceza niteliğinde değildir, aksine tek amacı çocuğun menfaatini korumaktır<sup>175</sup>. Çocuğun menfaatine olarak, ana ve baba arasında ve de çocuk ile ebeveyn arasındaki bağın, şahsî münasebet yoluyla bozulmasına imkân verilmemelidir. En azından ana ve babaya yönelik şahsî ilişki çocuğun

---

<sup>171</sup> EGMR, Kutzner gegen Deutschland, Bs Nr. 46544/99, Rz 20.

<sup>172</sup> EGMR, Kutzner gegen Deutschland, Bs Nr. 46544/99, Rz 20 vd.

<sup>173</sup> EGMR, karar tarihi: 06.12.2011, Bs Nr. 16192/06 – Cengiz Kılıç gegen Türkei.

<sup>174</sup> EGMR, Keegan gegen Irland, Bs Nr. 16969/90, Rz 50.

<sup>175</sup> Bkz. Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 22.09.2011, BF.2010.52; Ayrıca bkz. **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 8, <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].

yüksek yararını uygun olup olmadığı veya çocuğun şahsî münasebeti isteyip istemediği ya da buna tahammül edip etmeyeceği belli değil ise, şahsî münasebet kurulmamalıdır<sup>176</sup>. Ana ve/veya baba ile çocuk arasında şahsî ilişki en düşük düzeyde olsa bile muhafaza edilmelidir<sup>177</sup>. Bu sebeple velâyet hakkı ana ve/veya babadan alınsa bile ebeveynin sorumluluğu çocukların geleceği için sona ermemektedir<sup>178</sup>.

### **9. Velâyet hakkının kaldırılmasının, doğacak çocuklara etkisi ve TMK. m. 348/III hükmünün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi**

Velâyet hakkı kaldırılrsa bile, ana ve babanın çocukları hakkında bilgi edinme hakkı devam eder<sup>179</sup>. Velâyet hakkını kaybeden ana ve/veya babanın çocuğuna verdiği önem azalabilir<sup>180</sup>. TMK. m. 348/III hükmüne göre, “*velâyet hakkının kaldırılması kararı, kararda başka türlü kararlaştırılmadığı sürece, doğacak çocukları da kapsar*”. Böylece velâyet hakkının kaldırılması kararı kanun gereğince, doğacak çocukları da kapsar.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Kanun koyucu tarafından düzenlenen çocuğu koruyucu tedbirlerin tek amacı, çocuğun menfaatinin korunması olup, cezai karakterde değildir. Buna rağmen, velâyet hakkının kaldırılmasının doğacak çocukları da kapsamaması hükmü ile kanun koyucu peşin bir yargıya varmıştır.

TMK. m. 348/III'deki hüküm iki açıdan problem teşkil eder. İlk olarak benimsenen bu kural her bir somut olayı çocuğun menfaati açısından bağımsız olarak ele almamaktadır. Sonraki değişen olayları dikkate almaksızın, daha önceki olguyu, “herkese eşit oranda“ uygulama esasını getirmektedir. Buna göre daha sonraki doğacak çocuklar da velâyet hakkının kaldırılmasından eşit olarak yararlanmaktadır. O halde yeni doğan çocuğun bireysel özellikleri dikkate alınarak, onun menfaati

---

<sup>176</sup> BGE 5C.207/2004, karar tarihi: 26.11.2004, E.3.

<sup>177</sup> BGE 5C.207/2004, karar tarihi: 26.11.2004, E.3.

<sup>178</sup> Bkz. STETTLER, s. 517.

<sup>179</sup> BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 311/312, Nr. 1 ZGB.

<sup>180</sup> Bkz.. STETTLER, s. 517.

bağlamında bir karar verilmemekte, aksine ana ve/veya babanın velayet hakkının kalktığı zamandaki olguların genel geçerliliği kabul edilmektedir<sup>181</sup>. Bu ise, İsviçre-Türk Medenî Kanunu'nun kabul ettiği sisteme aykırıdır. İsviçre Medenî Kanunu'na göre, ana ve/veya babanın çocuk eğitim yeteneğinin her bir çocuk için bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>182</sup>. Ayrıca bu kabul edilen sistem, nafaka hakkıyla da bağdaşmaz. Nafaka hakkının her bir çocuk için somut olarak tespit edilmesi gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi nafaka ödemesinde, 2007 tarihli bir kararında, kardeşler arasındaki eşitlik ilkesini genel olarak kabul etmemiş, her bir çocuğun şahsî ihtiyaçlarının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>183</sup>. Bu tespit esnasında eşlerin malî güçlerinin farklı değerlendirilmesi ilkesi benimsenmiştir<sup>184</sup>. Nafaka miktarının belirlenmesi kapsamında, her bir çocuğun şahsî ihtiyaçları farklı değerlendirilmiştir<sup>185</sup>. Buna ilişkin kıyasen uygulama Türk Medenî Kanunu'nun sistemine aykırı olur. ***Küçük önermeden büyük önermeye gitmek***, yani bir velâyetin kaldırılması olayından, tüm velâyetin kaldırılması sonucuna ulaşmak, tutarlı değildir; her bir çocuğun özel durumunu kontrol etmeksizin fark gözetmeden genel bir velâyet hakkının kaldırılması isabetli olmaz. TMK. m. 330/I, nafaka belirlenirken, her bir çocuğun özel ihtiyacının göz önünde tutulması ve ana ve babanın ödeme gücü ile hayat seviyesinin de dikkate alınması gerektiği kanunda açık olarak düzenlenmiştir. Burada çocuğun geliri ve malvarlığı ve de çocuğun fiilen yanında yaşamayan ana veya babanın katkısı da dikkate alınır<sup>186</sup>.

TMK. m. 348/III hükmü, velâyet hakkı elinden alınan ana ve/veya babanın özel hayatındaki değişiklik imkânını dikkate almamaktadır. Genel olarak, ana ve/veya babanın çocuk eğitime yeteneğinin tüm çocuklar için olmadığı kabulüne iki açıdan itiraz edilebilir. İlk olarak, velâyet hakkı sahibi, ana ve/veya babanın çocuk eğitime yeteneği nisbîdir. Kendisi

---

<sup>181</sup> Bkz. **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 311/312, Nr. 14 ZGB.

<sup>182</sup> Bkz. Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, 22.09.2011, BF.2010.52.

<sup>183</sup> BGE 5A.62/2007, karar tarihi: 24.08.2007.

<sup>184</sup> BGE 5A.62/2007, karar tarihi: 24.08.2007.

<sup>185</sup> Somut ihtiyacın belirlenmesi için bkz. BGE 5A.461/2008, karar tarihi: 27.11.2008.

<sup>186</sup> Bkz. **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 285, Nr. 3 ZGB.

rahatsız olan ana ve/veya baba, rahatsızlığı olmayan çocukları için çocuk eğitime yeteneğine sahip iken, rahatsız olan diğer çocukları için çocuk eğitime yeteneğine sahip olmayabilir<sup>187</sup>. İkinci olarak velâyet hakkı sahibi ana ve/veya babanın velâyet hakkının tüm çocuklar için geçerli olacak şekilde kaldırılması ve mutlak çocuk eğitime yeteneğinden mahrum olmasının beklenilmesi, yardıma muhtaç çocuğa zamanında yardım ulaştırılmaması sonucunu doğurur. Bu ise kanun koyucunun düzenleme amacı ile bağdaşmaz. Ayrıca söz konusu sonuç, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin devletlere yüklediği aktif koruma görevi ile de bağdaşır nitelikte değildir.

İsviçre hukuku uygulamasında, Graubünden Kanton Mahkemesi 2012 tarihli bir kararında<sup>188</sup>, şu sonuca varılmıştır: Anne 2009 yılında doğan ilk kız çocuğunun velâyet hakkını kaybetmiş ve çocuğu kendisinden alınarak bakıcı aileye verilmiştir. Mahkeme çocuk için vasi tayin etmiştir. 2010 yılında annenin ikinci kız çocuğu dünyaya gelmiş, ikinci çocuk için Art. 394 ile Art. 372 ZGB (TMK. m. 429'un TMK. m. 408) ile birlikte uygulanması kapsamında, çocuğa kayyım atanmıştır. Vesayet mahkemesi, çocuğu anneden alarak ilk çocuğu verdiği bakıcı aileye teslim edilmesine karar vermiştir. Anne ikinci çocuğun velâyetini ve yerleşim yerini, kendisine sunulan devlet yardımlarını gerekçe göstererek talep etmiştir. Zira anne, devlet tarafından sunulan yardımlarla, kendisinin çocuğa bakacak durumda olduğunu ileri sürmüştür. Vesayet mahkemesi, alınan tedbirin geçersiz olduğunu kabul ederek, annenin Art. 311 f. 3 ZGB (TMK. m. 348/III) kapsamında velâyet hakkına sahip olmadığını, bu sebeple de alınan tedbirlerin geçersiz olduğunu

---

<sup>187</sup> Yazar kendisinin çocuk vekili olarak görev yaptığı (AG Gelsenkirchen 33 F 234/12) dosya numaralı davada, velayet hakkı sahibi ana, aşırı temizlik hastasıdır (Waschzwang). Üç çocuğundan birisi ise ADHS-Sendromundan rahatsızdır. Anne diğer iki çocuk açısından çocuk eğitime yeteneğine sahip iken, başka bir ifade ile diğer iki çocuğun yüksek yararı tehlikede değil iken, üçüncü çocuğun yüksek yararı, annenin rahatsızlığı nedeniyle tehlikededir.

<sup>188</sup> Kantonsgericht von Graubünden, I. ZK, ZK1 11 57, karar tarihi: 31.01.2012.



belirtmiştir<sup>189</sup>. Mahkeme, eğitim kayımlığını da kaldırarak, vasi tayin etmiştir.

Anne velâyet hakkının kaldırılmasının talî olduğu esasına dayanmış ve ilk velâyet hakkının kaldırılmasından sonra şartların değiştiğini öne sürmüştür<sup>190</sup>. Annenin ileri sürdüğü gerekçeye göre, “*kendi şartlarında, analık davranışı açısından olumlu yönde önemli değişiklikler gerçekleşmiştir. Annenin ilk çocuğun aksine, ikinci çocuk ile şahsi ilişki kurabildiği durumu da uzman kişilerce doğrulanmaktadır*”<sup>191</sup>. Kanaatimizce, bu gerekçe mahkeme tarafından kabul edilmemesine rağmen, makul bir sebeptir. Çünkü değişen şartların yeni doğan çocuk kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda yeni doğan çocuk açısından çocuk eğitim yeteneğinin yeniden değerlendirilmesi gerekir. İkinci olarak, TMK. m. 348/III’de düzenlenen hüküm, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi ile bağdaşmaz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Belçika’ya karşı açılan bir davada<sup>192</sup> (Marckx davasında), evli olmayan anne ve çocuk arasında doğum olayı ile aile birliğinin korunduğunu vurgulamıştır. Bunun anlamı, biyolojik bağın kendiliğinden hukukî bağa dönüştüğü ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında korumadan istifade ettiği<sup>193</sup>. Daha yeni doğan çocuğun, kendisi dünyaya gelmeden önce gerçekleşen bir olgu dolayısıyla, biyolojik ailesi ile hukukî bağının kesilmesi, Sözleşmenin 8. maddesi ile bağdaşmaz. Bu demokratik bir hukuk devletinde öngörülen ailenin korunması ilkesine de aykırıdır. Ayrıca Federal Almanya’ya karşı

---

<sup>189</sup> Kantonsgericht von Graubünden, I.E, karar tarihi: 31.01.2012.

<sup>190</sup> Kantonsgericht von Graubünden, I. J.124, karar tarihi: 31.01.2012.

<sup>191</sup> Kantonsgericht von Graubünden, E.II.4.b.125, karar tarihi: 31.01.2012.

<sup>192</sup> EGMR, karar tarihi:13.06.1979, Bs Nr. 6833/74 – Marckx gegen Belgien.

<sup>193</sup> **KLİKELLY**, S. 48. Türk Anayasa Mahkemesi de 11.9.1987 tarihli ve E. 1987, K. 19878 sayılı kararında 743 sayılı Türk Kanun-u Medenîsi’nin 443/I, 2. cümlesinin iptali kararında (RG. T. 29.3.1988, S. 19769) biyolojik babalığın mirasçılığa hak kazandırdığı sonucuna varmıştır. Bu kararın eleştirisi için bkz. **OĞUZMAN**, M. Kemal; Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 49, No. 1-2 ( Prof. Dr. İlhan ÖZTRAK’a Armağan, Ankara 1994), s. 303-310; **KOÇİSARLIOĞLU**, Cengiz; Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 42, S. 1-4, s. 141-179. Mirasçılık.

açılan bir davada<sup>194</sup> (Haase davası), gençlik dairesi altı çocuğun velâyet hakkının kaldırılmasını talep etmiş, Alman mahkemesi de, velayetin kaldırılması talebini kabul etmiş, ana ve babanın da çocuk ile şahsî ilişki kurmasını yasaklamıştır. Sonuçta kardeşler üç farklı bakım yurduna veyahut bakıcı aile yanına yerleştirilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Alman Mahkeme kararı aleyhine hüküm vererek, somut olayda, alınan tedbirlerin zorunlu olmadığı ve tedbirlerin orantısız olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme bu müdahaleyi de, ailenin korunması ilkesine aykırı bulmuştur.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde İsveç'e karşı açılan diğer bir davada<sup>195</sup> (Olsson olayı), devlet müdahalesini orantılı ve zorunlu bulmadığı için özel hayata bir müdahale olarak telakki etmiştir<sup>196</sup>. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi için, kardeşlerin birlikte aynı yerde barındırma imkânının olup olmaması önem arz etmemektedir. Aile hayatına müdahalenin acil sosyal bir gerekliliğe uygun ve orantılı olması gerekir<sup>197</sup>. Ailenin birbirinden ayrılması aile hayatına getirilen çok önemli bir sınırlamadır. Çocuğun menfaatinin korunması için, müdahalenin gerekli olması ve çok önemli sebeplere dayanması gerekir. Çocuğun ana ve baba yanından başka yere yerleştirilmesi durumunda, daha iyi şartların sağlanacağı düşüncesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesince yeterli kabul edilmemektedir<sup>198</sup>. Türk hukuku açısından da hürriyetlerin, Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında sınırlandırılması gerekir<sup>199</sup>.

Velayet hakkının kaldırılmasının götürü bir karara bağlanması, belirtilen bu ilke karşısında, her bir olayda orantılılık ve gereklilik ilkesinin uygulanmaması isabetli değildir. İsviçre Federal Mahkemesi, kararlarında götürü bir sonuca varmamıştır, aksine her bir somut olaya

---

<sup>194</sup> EGMR, karar tarihi: 08.04.2004, Bs Nr. 11057/02 – Haase gegen Deutschland.

<sup>195</sup> EGMR, karar tarihi: 25.02.1988, Bs Nr. 10465/83 – Olsson gegen Schweden.

<sup>196</sup> Zur Verhältnismäßigkeit bkz. **BERLIN**, S. 74.

<sup>197</sup> EGMR, Olsson gegen Schweden, Bs Nr. 10465/83, Rz 67.

<sup>198</sup> EGMR, Olsson gegen Schweden, Bs Nr. 10465/83, Rz 67.

<sup>199</sup> İsviçre Anayasasının 36. Maddesinin 3. fıkrasına göre, orantılılık prensibine uyulması gerekir. Kamu menfaatinin gerçekleştirilebilmesi için, özel ve aile hayatına müdahalenin zorunlu olması gerekir. Müdahale ile kamu menfaati ile özel hayata müdahale arasındaki denge korunmalıdır. Bkz. **HÄFELIN/HALLER/KELLER**, Nr. 320–323.

göre karar vermek gerekir. Yüksek Mahkeme özellikle sağlam olmayan aile ilişkilerinden dolayı birlikte yaşamın tekrar kurulması taleplerini reddetmektedir<sup>200</sup>.

## 10. Sonuç

Velâyet hakkının kaldırılmasına, sadece son çare olarak başvurulabilir ve bu ilke Türk Hukuku açısından da, mahkemelerce kabul edilmelidir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Anayasa Hukuku açısından orantılılık ilkesine uyabilmek için, velâyet hakkı kaldırılmadan önce, tehlikeyi bertaraf edebilecek daha aşağı tedbirler denenmiş olmalıdır. Gerçekten de, velâyet hakkının kaldırılması, istisnai bir durumu ifade eder. Velayet hakkının kaldırılmasının istisnai olduğu, kanunun lafzından doğrudan çıkartılamamaktadır<sup>201</sup>.

Velâyet hakkının kaldırılması, hak sahibinin kendisinin veya üçüncü kişiden alacağı yardım da dikkate alındığında, yükümlülüğünü daimi olarak yerine getirememesi halinde söz konusu olur<sup>202</sup>. Bu araştırmamıza göre, ilk derece mahkemelerinin uygulamalarının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile uyumlu olması gerekir.

TMK. m. 348/III hükmü, yeni doğacak çocukların velâyet hakkını daha doğmadan kaldırması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi ile bağdaşmaz. Uygulamada, devlet tarafından tedbirler alınmadan önce her bir olayda çocuğun menfaati her bir olayda bağımsız olarak incelenmelidir. Birden fazla çocuk için velâyet hakkı düzenlemesi gerektiğinde, çocukların bir birine bağlılığı dikkate alınmalıdır<sup>203</sup>. Her somut olayda, ana ve/veya babanın çocuk eğitim yeteneği hakkında araştırma yapması ilkesine göre, doğacak çocuklar açısından da velâyetin kaldırılması halinde uyulmamış olur.

---

<sup>200</sup> BGE 120 II, 384 vd.; Bkz. **BERLIN**, S. 74, dn. 248.

<sup>201</sup> Bkz. **HANSBAUER**, s. 222.

<sup>202</sup> **HANSBAUER**, S. 222; Bkz. **BREITSCHMID/BASLER KOMENTAR**, Art. 311, 312, Nr. 3, 7 ZGB.

<sup>203</sup> Bkz. Alman mahkeme uygulamaları için, Brandenburgisches OLG, 3. Senat für Familiensachen, karar tarihi: 27.07.2009, 15 UF 98/08, Rz 45.

Uygulamada, velâyet hakkının kaldırılması, kusurdan bağımsızdır ve İsviçre mahkemelerince oldukça istisnâî hallerde başvurulmaktadır<sup>204</sup>. Türk hukukunda velâyet hakkının muhtevasına giren yetkileri ayırarak kayyım atanması yoluna gidilmediği için, İsviçre'den farklılık arz etmektedir. Velâyet hakkının kaldırılması oldukça sıkı şartlara bağlanmıştır<sup>205</sup>. Bu esasta gelecekte de, ana ve baba sorumluluktan kurtulmayacaktır. İkincil olma prensibi (*Subsidiaritätsprinzip*) çerçevesinde, devlet tarafından alınan tedbirler sadece ana ve babanın kendi yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde mümkündür. Orantılılık prensibine uygun olarak (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), devlet tarafından alınacak tedbir sadece, çocuğun menfaatine uygun olması halinde mümkündür. Eğer daha düşük tedbirler ile tehlike kaldırabiliyorsa, bunlar alınmalıdır. Velâyet hakkının kısmî olarak sınırlandırılmasının yeterli olması halinde, tüm velâyet hakkının sınırlandırılması yoluna gidilmemelidir, kayyım atanmasının yolu açılmalıdır. Başka bir ifade ile velâyet hakkının muhtevası kısmen kısıtlanarak kayyım atanmalıdır.

Velâyet hakkının kaldırılması başvurusunda, mahkeme bilirkişi raporuna dayanır. Bu bilirkişi raporunda, ana ve/veya babanın çocuk eğitim yeteneği ve çocuğun psikolojik ve ruhî hali belirlenir. Ana ve baba mümkün olduğu sürece velâyet sorumluluğundan kurtulmamalıdır. Uygulamada çocuk ile aile arasındaki ilişki tamamen ortadan kaldırılmadan kombine tedbir alınmaktadır. Çocuğun ana ve baba ile birlikte yaşamasına, bakım yurduna yerleştirilmek ya da bakıcı aileye vermek gibi sebeplerle son verilmektedir. Ancak çocuğa bir kayyım atanarak (Art. 308 Abs. 1 bis 3 ZGB) velâyet hakkı tamamen ortadan kaldırılmamakta, bu tedbirler yeterli görülmektedir<sup>206</sup>. Doktrin ve yargı kararlarında, TMK. m. 183/I anlamında velâyet hakkı sahibinin

---

<sup>204</sup> Bazı Kantonlar çocuğu korumaya ilişkin radikal tedbirlere karşı konum almaktadır ve çocuk ile ebevyın arasındaki ilişkinin çözülemeyeceğini, çocuğun ikametgahının değiştirilmesinin yeterli olacağını vurgulamaktadır. Bkz. Kanton Glarus,,Kindesschutz“[http://www.gl.ch/xml\\_1/internet/de/application/d1256/d37/d275/d1157/d1162/f1164.cfm](http://www.gl.ch/xml_1/internet/de/application/d1256/d37/d275/d1157/d1162/f1164.cfm) [login tarihi: 22.09.2012].

<sup>205</sup> Bkz. BGE II. Zivilabteilung, 5C.34/2006, karar tarihi: 27.06.2006.

<sup>206</sup> Bkz. BGE II Zivilabteilung, 5C.34/2006, karar tarihi: 27.06.2006.

değiştirilmesi, çocuğun menfaati için gerekmesi halinde yeni düzenlemeye gidilir<sup>207</sup>. Yeni mahkeme içtihatları, ilişkilerin sağlamlığına ve hayat seviyesine göre, çocuğun ihtiyaçlarına özel önem vermektedir<sup>208</sup>.

Velâyet hakkına ilişkin İsviçre'deki reform tartışmalarında boşanmadan sonra müşterek velâyet hakkı tanınması konusunda hâkime daha fazla yetki verilmesi gerektiği savunulmaktadır. İsviçre Federal Meclisinin 16.11.2011 tarihli gerekçesine bakıldığında, “ana ve babanın sorumluluğu“ üst kavram olarak ele alınarak, boşanmadan sonra müşterek velâyet bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ana ve baba sorumluluğuna başka hak ve yükümlülükler de eklenerek, yeni bir ebeveyn ilişkisi kurulmaktadır<sup>209</sup>. Türk hukuku açısından da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararı beklenmeden boşanmadan sonra ve evlilik birliği dışındaki çocukların velâyetinin doğumla soybağından (nesepten) bağımsız olarak her iki ebeveynine ait olacağı kararlaştırılmalıdır.

Velâyet hakkı kavramı, ana ve babanın tüm sorumluluğunu ifade eder. Bu kapsamda olmak üzere, velâyet hakkı aynı zamanda ana ve babanın sorumlu olması anlamına gelir. Diğer taraftan velâyet hakkı ana ve babanın temsil ve çocuğu eğitime hakkı ve malvarlığını yönetme hakkını karşılar<sup>210</sup>. İsviçre'deki yeni tasarıya göre, velâyet hakkı, kendiliğinden fiilî ve hukukî bakımı (birlikte hayatı) kapsamayabilir<sup>211</sup>. Yeni reform çalışması, velayet hakkının kaldırılmasını uygulama ile uyumlu hale getirmiştir.

---

<sup>207</sup> Bkz. **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 134, Nr.2 ZGB; BGE 111 II 313, E.5.; BGE 5C.34/2006, karar tarihi: 27.06. 2006, E.1.1.

<sup>208</sup> Bkz. BGE 114 II 200, E.5.; BGE 112 II 382; BGE 108 II 370.

<sup>209</sup> Bkz. **RÜETSCHI**, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 karar tarihi: 14.8.2012, FamPra.ch–2012– 629.

<sup>210</sup> Bkz. **RÜETSCHI**, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 karar tarihi: 14.8.2012, FamPra.ch–2012– 629.

<sup>211</sup> Bkz. **RÜETSCHI**, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 karar tarihi: 14.8.2012, FamPra.ch–2012– 629.

## **KISALTMALAR**

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AY	Anayasa
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSK (ZGB)	Basler Kommentar Zivilgesetzbuch
Bs Nr.	Beschwerde Nummer
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [vom 18. April 1999, BV, SR 101]
BVerfG	Bundesverfassung Gericht (für Deutschland)
dn	dipnot
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGHMR	Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EuGRZ	Europäische Grundrecht Zeitschrift
FamPra. ch	Die Praxis des Familienrechts (Zeitschrift)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht	
FPR	Familie Partnerschaft Recht
FS	Festschrift
HD	Hukuk Dairesi
Hrsg.	Herausgeber
Krş.	Karşılaştır
m.	madde
Nr.	Numara
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Rz	Randzahl
S.	Sayfa
SGB	Sozialgesetzbuch (für Deutschland)

TBB	Türkiye Barolar Birliği
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medenî Kanunu
ZGB	[Schweizerisches] Zivilgesetzbuch
ZK	Zivilkammer
ZKJ	Zeitschrift für Kinderschaftsrecht und Jugendhilfe
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen
vd.	ve devamı
Yarg	Yargıtay
z.B.	Zum Beispiel

## KAYNAKLAR

- Affolter K. /Vogel U.** Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kinderschutzes, modifizierte Fassung einer Vorlage der Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK), Institut für Angewandtes Sozialrecht, Urs Vogel, Luzern 2001 (2002/2004), <http://www.vogel-consulting.ch/assets/pdf/050120%20Skript%20Kindesrecht%20und%20-schutz.pdf>, tarih: 11.09.2012
- Akıntürk T.** Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2004
- Alexy R. / Kunig P./ Heun W. / Hermes G. / Erbguth, W. / Höfling W. /Streinz, R. / Epiney A.** Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit / Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61, De Gruyter, Berlin 2002
- Baktır Çetiner S. Berlin, H.** Velayet Hukuku, Ankara 2000  
Kinder- und Jugendrechte in der Schweiz: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der neuen Bundesverfassung, Europäisches und

- Bilderbost, Y.** Internationales Integrationsrecht, Band 17, Lit Verlag, Berlin 2011
- Büchler, A. / Vetterli, R.** Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), Freiburg/Schweiz 1996
- Cantieni, L./Freivogel, E./Rüetschi, D.,** Ehe, Partnerschaft, Kinder – Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, Helbing Lichtenhahn, Basel 2007
- Dattenborn, H.** Aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 tarih: 14.08.2012, FamPra.ch–2012– 627
- Doppffel, P.** Kindeswohl und Kindeswille, Psychologische und rechtliche Aspekte, 2. Auflage, München 2007
- Dural, M./Öğüz, T. /Gümüş, A.** Kindschaftsrecht im Wandel, Mohr Siebeck, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Tübingen 1994
- Frank, G.** Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005
- Gözler, K.** Grenzbereiche der elterlichen Gewalt, in Riemer, H. M. / Walder, H. U. / Weimar, P. (Hrsg), Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986
- Gözler, K.** Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, Sayı 2001/4, S.53-67
- Gözler, K.** İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 15, 1993, S. 165-174
- Häfelig C.** Wegleitung für vormundschaftliche Organe, 4. Aufl., Stutz 2005
- Häfeliger, A./Schürmann, F.** Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Die Bedeutung der Konvention für



- die schweizerische Rechtspraxis, 2.Aufl.,  
Bern 1999
- Häfelin, U.,/Haller,  
W.,/Keller, H.,  
Hansbauer, P. (Hrsg.)** Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7.  
Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008
- Hansbauer, P. (Hrsg.)** Neue Wege in der Vormundschaft?  
Diskurse zu Geschichte, Struktur und  
Perspektiven der Vormundschaft, Votum  
Verlag, Münster 2002
- Hegnauer, C.** Berner Kommentar, Band II, Art. 270-295  
ZGB. Die Verwandtschaft. Die Wirkungen  
des Kindesverhältnisses: Die Gemeinschaft  
der Eltern und Kinder / Die  
Unterhaltspflicht der Eltern, Bern 1997
- Hegnauer, C.,** Grundriss des Kindesrechts und des übrigen  
Verwandtschaftsrechts, 5. Auflage, Bern  
1999  
(Kısaltması: Berner Kommentar)
- Hegnauer, C.,** Zur elterlichen Gewalt der ledigen Mutter,  
in ZVW 1990, 99 vd.
- Honsell, H.,/Vogt, N.  
P. /Geiser, T. (Hrsg.)** Basler Kommentar, zum Schweizerischen  
Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456  
ZGB, Zürich 2002
- Jorio, T.** Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach  
dem neuen Kindesrecht, Dissertation,  
Fribourg / Zürich 1977
- Kilkelly U.** The right to respect for private and family  
life, A guide to the implementation of  
Article 8 of the European Convention on  
Human Rights, Human rights handbooks,  
No. 1, Council of Europe (2001/2003)
- Liechti, J./Zbinden,  
M.,** Verminderung der Zahl eingeleiteter  
Maßnahmen als Resultat systemischer  
Sozialarbeit: Beispiel Jugendamt Kassel  
(BRD), ZVW 1988, S.81 vd.
- Nesselrode,  
Frederike, G.** Spannungsverhältnis zwischen Ehe und  
Familien in Artikel 6 des Grundgesetzes,

- München 2006
- Oberloskamp, H.** Qualitätsanforderung an die gutachtliche Stellungnahme des Jugendamtes zur Anrufung des Familiengerichts, *FPR* 2001, 267
- Öztan, B.** Aile Hukuku, 5 Baskı, Ankara 2004
- Özmen, İ.** Açıklamalı-İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara 2005
- Poschke, S.** Das neue Schweizer Scheidungsrecht: Ausgewählte Aspekte im Rechtsvergleich mit dem deutschen Scheidungsrecht, Schriften zum deutsche und ausländischen Familienrecht und Staatsangehörigkeitsrecht, Band 6, Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt am Main/Berlin 2000
- Palandt, O./Diederichsen, U., Prütting, H. /Wegen, G. /Weinreich, G., Rüttschi, D.** Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 71. Aufl. 2012
- Prütting, H. /Wegen, G. /Weinreich, G., Rüttschi, D.** Kommentar zum BGB, 7. Aufl. Köln 2011
- in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in *FamPra.ch* 03/2012 tarih: 14.8.2012, *FamPra.ch*–2012–630
- Raack, W.** Der Schutz des Kindes vor Gewalt im sozialen Nahraum, *FPR* 2001, S. 258-263
- Rumo-Jungo, A. / Liatowitsch, P.** Nichteheleche Lebensgemeinschaft: Vermögens- und kindesrechtliche Belange, in *FamPra.ch* 2004, S. 895 vd.
- Serozan, R.** Çocuk Hukuku, İstanbul 2000
- Schwenzer, I. (Hrsg.)** Familienrechts-Kommentar Scheidung, Basel/Bern 2005

- Stettler, M.** Schweizerisches Privatrecht, Das Kindesrecht / Familienrecht, 1. Aufl. Band III, Helbing Lichtenhahn, Basel 1992
- Şener, E.** Vesayet ve Velayet Hukuku, Ankara 1996
- Tammen, B./Trenczek, T. (Hrsg.)** Frankfurter Kommentar zum SGB VIII: Kinder und Jugendhilfe, 6. Aufl. Berlin/Heidelberg/Hannover 2009
- Völker, M. /Clausius, M.** Sorge- und Umgangsrecht in der Praxis, 5. Aufl. Saarbrücken 2012



## HUKUK SOSYOLOJİSİNDEKİ TEMEL YAKLAŞIMLAR

Yrd. Doç.Dr. Ethem ÇALIK\*

### Özet

Hukukun kaynağı ile ilgili olarak ilk ortaya çıkan akım tabii hukukçu yaklaşımdır. M.Ö 5.yüzyılda Sofistlerin temsil ettiği bu akım mensupları, köleliğin insanların doğuştan var olan eşitliğine aykırı olduğunu iddia ettiler. Helenistik dönemde Stoalılar tabiata uygun yaşamının aklın da bir gereği olduğunu ileri sürdüler. Roma'da Cicero tabii hukukun, tabiata uygun akıldan başka bir şey olmadığını iddia etti. Tabii hukukçu yaklaşım Yeniçağda Thomas Hobbes ve John Locke tarafından temsil edildi. Her iki düşünür de tabii hukuku siyasi rejimleri meşrulaştırmakta kullandılar. 19.yüzyılda meydana gelen gelişmeler hukuki pozitivizmi ortaya çıkardı. Analitik pozitivizm, yetkili organlar tarafından konulan hukuku meşru kabul ederken, sosyolojik pozitivizm hukukun kaynağını sosyal yapıda arar. Normativist pozitivizme göre ise belirli usûlde ve belirli kuraldan doğan hukuk normunun belirli bir davranışı emretme veya yasaklaması onun meşru kabul edilmesi için yeterlidir.

**Anahtar Kelimeler:** hukuk, hukukçu, eşitlik, meşruiyet verme

---

\* İnönü Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü Öğretim Üyesi

## SOCIOLOGY OF LAW THE BASIC APPROACH

### Abstract

The first movement that showed up with regard to the origin of law is the natural jurist approach. This movement which was represented by the Sophists in the 5<sup>th</sup> century B.C argued that slavery was contrary to inherent equality of human beings. The Stoics in the Hellenistic period claimed that living in coherence with the laws of nature was a necessity of reason. Cicero in Rome maintained that the natural law was nothing more than reason harmonious with the nature. The natural jurist approach was represented by Thomas Hobbes and by John Locke in modern times. Both thinkers took advantage of natural law in legitimation of political regimes. The developments that occurred in 19<sup>th</sup> century led to positivism in law. While analytical positivism accepts as legitimate the law legislated by authorized agencies, sociological positivism seeks the origin of law in social structure. On the normative positivism, that a certain juristic norm rooted in a specific rule decrees and prohibits a specific behavior in a specific way is sufficient for its being accepted as legitimate.

**Keywords:** law, movement, jurist, equality, nature, reason, legitimation.

### 1. Tabîi Hukuk Yaklaşımı

#### 1.1 Antikçağ'da Tabîi Hukuk Yaklaşımı

Tabîi hukuk yaklaşımı, insanın doğuştan gelen bir takım tabîi haklarının olduğuna inanılmasıdır. Bu anlamda alınınca da tabîi hukukun felsefi ve teorik temelleri Antik Çağ'a kadar geri gider.

M.Ö.5. yüzyılın ortalarında Sofistler, doğadan olan ile insanlar tarafından konulan kurallar arasında bir ayırım yaparlar ve ikincileri reddederler. Sofistler'den Antiphon, tabîi hukuk ile pozitif (insanın koyduğu) hukuk arasındaki zıtlığa dikkat çekerek, 'yanlış sanılara(doxa) dayanan 'konulmuş' (pozitif) yasaların güçsüz olduğunu söyler ve buradan insanların doğuştan eşit oldukları sonucunu çıkarır'. Ona göre yalnız Yunanlılar kendi aralarında değil, Yunanlılar ile Barbarlar da

eşittir<sup>1</sup>. Bu anlayışın bir sonucu olarak, toplumdaki imtiyazlara ve dolayısı ile de köleliğe karşı çıkarlar.

Tabiî hukuk ve onun da temeli olan tabiî hak meselesi Antik Çağ'dan beri neredeyse her türlü sosyal ve siyasî felsefeye temel yapılmıştır. Yani toplumdaki eşitsizlik ve imtiyazlar da tabiî hukuk temelinde izah edilebilmiştir. Meselâ Antik Yunan filozoflarından Platon ve Aristo, köleliği meşrulaştırırken, onun bu 'tabiî'liğine dikkat çekmişlerdir. Bunlardan Platon, toplumu 1) Filozoflar, 2) Askerler, 3) Tüccarlar, zanaatkârlar, çiftçiler, köleler şeklinde sınıflara ayırdıktan sonra, üçüncü sınıfın insan vücudunun aşağı kısımlarına atılan şehvetli ruha karşılık olduğunu ve ona yakışan şeyin de, kendisi için düşünen ve harbeden yüksek sınıfa itaat etmek olduğunu söyler<sup>2</sup>. Aristo da bu konuda hocasını takip eder ve 'kölelerin yapacağı işi görecektir makinelere icat edilmedikçe, köleliğin bir doğal kurum olarak kalacağını söyler<sup>3</sup>. Hatta Aristo'ya göre bu aşağı dereceden işleri görmeye yaradılış olarak mahkûm olan yalnızca bireyler değil, belki kavimler de vardır. Yunanlılar ile Barbarları (Yunanlı olmayanları) karşılatınca, bu yargının verilmesi gerekir<sup>4</sup>.

Helenistik dönem filozoflarından Stoacılar da (M.Ö.3. yüzyıl) 'doğaya aykırı olan' ile 'doğal olan' arasında ayırım yapmışlar ve doğaya aykırı olanın insanda içgüdülerin ağır basıp üstünlük kazanması, doğal olanın ise, herkeste bulunan, herkeste bir olan aklın egemen, üstün olması olduğunu söylerler. Onlara göre doğal olan akla uygun olandır. Bu ikisi aynı şeydir<sup>5</sup>.

Stoacılar'ın tabii hukuk anlayışına olan hizmetleri, esas olarak tabiata uygun yaşamayı tavsiye etmeleri, bunun da akla uygun ve aklın egemen olduğu bir yaşama biçimi olduğu yolundaki anlayışlarının daha sonraki tabiî hukukçu düşünürlere ilham kaynağı olmasıdır. Bu

<sup>1</sup> Zikreden: Gökberk, Macit (1980); Felsefe Tarihi, İstanbul: Remzi Kitabevi Yayınları, s: 46

<sup>2</sup> Weber, Alfred (1998); Felsefe Tarihi, Çev: H. Vehbi Eralp, İstanbul: Sosyal Yayınları, s: 6

<sup>3</sup> Vorländer, Karl (2004); Felsefe Tarihi, Cilt I-II, Çev: Mehmet İzzet-Orhan Saadeddin, İstanbul: İz Yayıncılık, s: 159

<sup>4</sup> Aynı eser, s: 159

<sup>5</sup> Gökberk, Macit; a.g.e, s: 106

düşünürlerden birisi de Romalı Cicero (M.Ö. 106-44)' dur. Cicero tabîî hukuku açıklarken, 'O, Atina'da bir kural, Roma'da bir başka kural öne sürmez ve bu kural bugün başka, yarın başka olmaz. Ortada ancak tek, her zaman tüm insanları kapsayan, ezeli ve değişmez bir yasa kalır'<sup>6</sup> demektedir.

Hukukun daha çok hakim sınıfları koruduğu, suç işleyen mensup olduğu sınıfa göre cezaların da farklılaştığı bu çağlarda Sofistler'den gelip, Stoalılar'da ve onların takipçilerinde sistematik açıklamasına kavuşan bu tabîî hukuk anlayışı, Roma'da hukuku nisbeten 'insanileştiren' bir unsur oldu. Bu hususa dikkat çeken Sadri Maksudî Arsal da 'Oniki levha kanunları ile başlayan, oldukça iptidai bir hukuk sistemi olan Roma hukukunun merhamet, insaniyet ve adalet istikametinde inkişafını temin eden amillerden biri ve en mühimi işte bu Stoicistler tarafından ileri sürülmüş fikir ve esaslar olmuştur'<sup>7</sup> der.

Stoalılar'ın, tabîî olan ile aklî olan arasında kurdukları paralelliğe Cicero da dikkat çeker ve tabîî hukukun tabiata uygun akıldan başka bir şey olmadığını söyler<sup>8</sup>. Cicero tabîî hukuku akılla ilişkilendirirken, akılı bütün varlıkların –ve bu arada tanrıların da- üstüne çıkararak, onu tartışmaz bir referans kaynağı haline getirir. Nitekim Yasalar isimli kitabında 'akıl yalnız tanrıları ve insanları değil, doğayı, evreni de yöneten ilkedir'<sup>9</sup> demektedir.

Cicero'nun yaşadığı dönem, Roma İmparatorluğu'nun güçlü olduğu bir dönemdi. Hâkimiyet Ortadoğu'ya kadar genişlemiş, Suriye ve Kudüs fethedilmişti. Cicero, İmparatorluğun bu güçlü döneminde M.Ö.63 yılında

---

<sup>6</sup> Şenel, Alâeddin (1982); Siyasi Düşünceler Tarihi-Tarihöncesinde, İlkçağda, Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s: 247

<sup>7</sup> Arsal, Sadri Maksudî (1948); Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, s: 418

<sup>8</sup> Güriz, Adnan (1987); Hukuk Başlangıcı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, s: 192

<sup>9</sup> Şenel, Alâeddin; a.g.e, s: 246

\* Konsüller, Roma'da, Cumhuriyet Döneminde Halk Meclisi tarafından ve bir yıllık süre için devleti yönetmek üzere seçilirlerdi. İki Konsül bulunurdu. Halkın temsilcileri durumundaydılar.



konsüllüğe(\*) seçilmişti. Yani sadece edebiyatçı, siyaset felsefecisi ve güçlü bir hatip değil, aynı zamanda bir devlet adamıydı. Ama devlet adamlığı değil, düşünce adamlığı öne çıkmış, tabîi hukuka devletin de üzerinde bir yer vermişti. Güçlü bir devletin vatandaşı olması dolayısıyla Cicero'nun devleti kurtarmak veya güçlendirmek gibi bir endişesi söz konusu olamazdı. Dolayısıyla o, devlete karşı tabîi hukukla güvence altına alınmış kişi haklarını korumayı ön plana almıştı.

## 1.2 Yeniçağ'da Tabîi Hukuk Yaklaşımı

İlkçağ'da geniş bir literatüre sahip olan tabîi hukuk yaklaşımı Ortaçağ'da unutulmuş gibidir. Bunun da sebebi, 4.yüzyılın başlarında (313 yılında) Roma'da tanınıp meşruiyet kazanan Hıristiyanlık'ın Batı Avrupa'nın düşünce hayatına hâkim olması ve artık düşünürlerin, 'dogma'nın dışında bir 'tabîi hukuk' arayışına girmeyi yanlış bulmaları olmalı idi.

Ortaçağ boyunca Batı düşünce hayatında bahsi geçmeyen tabîi hukuk anlayışının 16.yüzyıl ortalarında gündeme getirilmesinin sebebini 14.yüzyıldan itibaren Batı'da meydana gelen gelişmelerde aramak gerekir. 14.yüzyılın ortalarında İtalya'da ortaya çıkan Rönesans Hareketi, bu ülkede felsefî (hümanizm) ve edebî bir hareket olarak başlamış, daha sonra yavaş yavaş bilimin bütün alanlarına yayılmıştı. Yeni yeni keşfedilen klasiklerin rehberliği ile bütün Ortaçağ'ın bilimsel ve dinsel değerleri eleştiri süzgecinden geçirildi<sup>10</sup>. Bütün bu bilimsel ve kültürel faaliyetler Batı Avrupa insanının düşünce ufkunu genişletmiş ve yeni keşif ve icatları harekete geçirmişti. 1450 yılında matbaa icat edilmiş, 1492 yılında Amerika keşfedilmişti. Matbaa icadı, bilginin geniş kitlelere yayılmasını sağladı. Bu entelektüel gelişmeye ekonomik alanda meydana gelen bir zenginleşme eşlik etmişti. Amerika'nın keşfinden sonra, bu kıtanın zengin madenleri Avrupalılara yağmalanmış ve bu da Avrupa'da bir maden bolluğuna, dolayısıyla bir zenginleşmeye sebep olmuştu. Toplum yapısı değişmemiş, burjuvazi önemli bir rol oynamaya başlamıştı. Merkezî devletler kurulmuş, ekonomik hayatta derin değişiklikler

<sup>10</sup>İnalçık, Halil (2011); Rönesans Avrupa'sı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s: 62

olmuştu. Kapitalizm ilk belirtilerini yavaş yavaş gösteriyordu (...). Fikrî ve ekonomik alanda önemli bir rol oynayan bireysellik (individualism) ilkesi hayatın her alanında etkili olmaya başlamıştı<sup>11</sup>.

Rönesans'ın akla ve hür düşünceye değer veren anlayışı, dinî alanda da etkisiz kalmadı ve Avrupa'da yeni bir devrimin yolunu açtı. Bu, Hıristiyanlık'ta reformu esas alan dinî devrimdi. Almanya'da Luther'in başlattığı hareket, Tanrı ile kul arasındaki aracılığa karşı çıkıyor, yalnız imanın kurtuluşu sağlayabileceğini, Papalık tarafından sözü edilen bağışın değeri olmadığını, bu işe yardım eden rahiplerin de suç ortağı olduklarını bildiriyordu<sup>12</sup>. Hareket Almanya'dan Fransa, İngiltere, Hollanda ve Belçika'ya yayılmış, sonuçta İngiltere ve Almanya kendi bağımsız kiliselerine sahip olmuşlardı.

Batı Avrupa'da, monarşik merkezî devletlerin kuruluşu ekonomik hayat üzerinde de etkisiz kalmadı. İç emniyeti ve sükûnu kurmaya çalışan krallıklar, bu suretle ticaretin gelişmesine yardım ediyorlardı<sup>13</sup>. Yani bir yerde siyasî birlik ve ekonomik canlılık birbirini gerektiriyor ve destekliyordu. Ekonomik canlılığın ihtiyaç duyduğu altyapı hizmetleri, yol güvenliği ve bütün bunların malî temeli olan düzenli vergi toplanması güçlü bir merkezî otoritenin bulunmasına bağlı idi. Bu sebeple de 16 ve 17.yüzyıl siyaset felsefecileri genellikle güçlü iktidarlardan, daha da ötesi mutlak monarşilerden yana görüş belirtmişlerdir.

16.yüzyıl düşünürlerinden Jean Bodin (1530-1596), tabiî hukuku mutlak monarşiyi meşrulaştırmanın bir aracı gibi görmüştü. O'na göre 'Tanrıya karşı sorumlu ve tabiî hukuka tabî olan egemen ve ardılları, ne yüküm taşırlar ne de uyruklarına meşru olarak hesap vermek durumunda bırakılabilirler. Ülkemizin yarası, egemenin buyruğundan başka bir şey değildir. Buna göre; hükmetme iktidarı üzerinde herhangi bir sınırlama gayrimeşru olmak gerekir'<sup>14</sup>. Yani egemenin, sahip olduğu mutlak otorite

---

<sup>11</sup> Aynı eser, s: 157

<sup>12</sup> Aynı eser, s: 172

<sup>13</sup> Aynı eser, s: 126

<sup>14</sup> Sabine, George (1969); Siyasal Düşünceler Tarihi-II, Çev: Alp Öktem, Ankara: Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, s: 82

yetkisini ve bu yetkinin tartışılmazlığını tabîî hukuktan aldığı inancındadır. Jean Bodin yönetilenlerin yöneticiye karşı herhangi bir hakkı ve onun üzerinde bir sınırlamasının olmasını kabul etmez. Egemen iktidarın tek sınırının tabîî hukuk olduğunu söyler. Ona göre ‘doğa yasası insan yasasının üstünde olup, bu yasa hakikatle ilgili belirli değişmez ölçüleri koyar. Gerçek bir devleti şiddetten ayıran sadece bu yasanın gözetilmesidir<sup>15</sup>. Ne var ki, yöneticinin tabîî hukuka uygun veya aykırı davrandığını tesbit etmeye yetkili bir makam göstermemiş olması, yani yöneticinin kontrolsüz bulunması, buradaki tabîî hukuku işlemez hale getirmektedir.

17.yüzyıl düşünürlerinden Hollandalı Hugo Grotius (1583-1642) yeniçağın ilk gerçek tabîî hukukçusudur. Çünkü tabîî hukuku izah ederken, onu ne teolojik bir kaynakla, yani Tanrı’yla temellendirir, ne de Jean Bodin gibi, herhangi bir rejimin aklileştirilmesinin aracı yapar. Yanî bu konuda Jean Bodin’den daha makûl ve tutarlıdır. Grotius tabîî hukuku akla dayandırır ve ‘tabîî hukuk, Allah mevcut olmasa veya beşerî şeylerle uğraşmasa bile yine mevcuttur<sup>16</sup>’ der. Tabîî hukuku akılla, doğru düşünceyle özdeşleştirmesinin<sup>17</sup> bir sonucu olarak devleti, siyasî organizasyonu da sosyal sözleşmeden çıkarır. Bunu yaparken de diğer sosyal sözleşmecilerin birçoğu gibi sosyal sözleşmeyi farazî bir şey değil, bir gerçeklik, bir vakıa olarak kabul eder. Yalnız tek bir sosyal sözleşme olmadığını, onun insanın kendi mahiyetinden sudûr etmediğini belirttikten sonra, insanın mahiyetinden gelen şeyin sadece beraber yaşamak olduğunu, ancak toplumun alacağı şeklin, insanın serbest seçimine bırakıldığını söyler<sup>18</sup>. Yani Grotius, tabîî hukuktan herhangi bir rejimin gerekliliği konusunda bir hüküm çıkarmaz. Ölçü aldığı tek şey, bulunan çözümün aklın, doğru düşüncenin ürünü olmasıdır. Bu konuda aklın hakemliğine o derece bir üstünlük ve tartışılmazlık tanır ki ‘Tanrı dahi iki

<sup>15</sup> Aynı eser, s: 84

<sup>16</sup> Del Vecchio, Giorgio (1940); Hukuk Felsefesi Dersleri, Çev: Suut Kemal Yetkin, İstanbul: Maarif Vekilliği Yayını, s: 55

<sup>17</sup> Sabine, George; a.g.e, s: 102

<sup>18</sup> Del Vecchio, Giorgio, a.g.e, s: 56

kere ikinin dört olmasını değiştiremeyeceği gibi, aslen kötü olanı da iyi yapamaz<sup>19</sup> der.

### 1.2.1 Thomas Hobbes

17.yüzyılda yaşayan materyalist filozof İngiliz Thomas Hobbes (1588-1679) da Jean Bodin gibi, tabii hukuk kavramını mutlak monarşiye temellendirmek için kullanmıştır. Hobbes'a göre insanlar devletten ve toplumdan önce tabiat durumu içinde yaşıyorlardı. Medeniyetin olmadığı bu dönem, herkesin herkesle savaşın hüküm sürdüğü bir dönemdir. Bu dönemde insan insanın kurdu idi (homo homini lupus)<sup>20</sup>. Tabiat durumundaki bu kaos ve güvensizlik, insanları, toplumda huzur ve güveni sağlayacak bir çare aramaya sevketti. Bulunan gerekçesi şu düşünce idi: Nefsin korunması konusunda barış ve işbirliğinin faydası, şiddet ve genel rekabetten daha büyüktür<sup>21</sup>. Toplumda bu barış ve işbirliğini sağlayan da toplum fertleri arasında meydana gelen bir sözleşme olmuştur. Bu toplum sözleşmesi ile yönetilenler bütün haklarını egemen güce temelli olarak devretmişlerdi<sup>22</sup>.

Hobbes'un sosyal sözleşme veya toplum sözleşmesi kavramının kendine has özellikleri vardır. Bir kere yönetici yani egemen güç bu sözleşmenin tarafı değildir. Yani sözleşme yönetenlerle yönetilenler arasında değil, yönetilenlerin kendi aralarında yapılmıştır. Dolayısıyla sadece yönetilenleri bağlar, yöneten için herhangi bir yükümlülük doğurmaz. İkinci olarak, bu sözleşme tabiat durumunda yaşarken ve bir kereye mahsus olmak üzere yapılmıştır. Yani sözleşmenin değiştirilmesi, yenilenmesi vb. söz konusu değildir. Bundan da şu sonuç çıkar: Fertlerin bu sözleşmeye dolayısıyla yöneticinin egemenliğine mutlak sadakati, egemen güç onların emniyet ve asayişini koruyacağı yerde onlara zarar verse bile çözülmaz bir bağ olarak kalır<sup>23</sup>. Üçüncü olarak yöneten ve yönetilenler arasındaki ilişkiyi açıklamada sosyal sözleşme kavramına

---

<sup>19</sup> Sabine, George; a.g.e, s: 102

<sup>20</sup> Şenel, Alâeddin; a.g.e, s: 411

<sup>21</sup> Sabine, George; a.g.e, s: 146

<sup>22</sup> Şenel, Alâeddin; a.g.e, s: 412

<sup>23</sup> Del Vecchio, Giorgio; a.g.e, s: 60

başvuranlar, genelde demokratik eğilime sahip olup, fert hürriyetini öne çıkararak düşünürlerdir. Hobbes'un ise, sosyal sözleşmeden yola çıkarak mutlak monarşiye varmasının, fertleri egemen otorite karşısında adeta köleleştirmesinin sebebini ise, yaşadığı dönemdeki İngiltere'nin iç siyasî gelişmelerde aramak gerekir.

İngiltere biri 1592-1601 yılları arasında meydana gelen, diğeri 1640'larda başlayıp on yıl sürecek olan iki iç savaş yaşadı. Bunlardan, 'Dokuz Yıl Savaşları' olarak anılan birincisi, Tyrone Kontu Hugh O'Neill'in çıkardığı bir isyanla başlamıştı. Kraliçe Elizabeth'in komutanı Lord Mountjoy'un yıkıcı misillemeleriyle son buldu. Hobbes'un olgunluk dönemine rastlayan ikincisi, İrlandalılar'ın çıkardığı bir isyan hareketi ile başladı ve İrlanda'nın 1651'de ele geçirilmesiyle son buldu<sup>24</sup>.

Hobbes, İngiltere'nin içinde bulunduğu bu kaotik durumu, egemenliğin kral ve parlamento arasında bölünmesinin bir sonucu gibi görmüş<sup>25</sup> ve mutlak monarşiyi ülkedeki iç savaş ve huzursuzluğu sona erdirecek en iyi çare olarak düşünmüştü.

Hobbes'un tabii hukuk konusundaki görüşlerine İngiltere'de yaşanan kaos halinin yaptığı etkiye, daha doğrusu belirleyiciliğe Leo Straus da dikkat çeker ve 'Hobbes'un doğa durumu öğreticisi iç savaş deneyimi üzerine kurulmuştur'<sup>26</sup> der. Dolayısıyla bireyin kendini koruma endişesi ve bu endişeye yol açan 'ölüm korkusu', Hobbes'un sistemini haklı göstermek için bulduğu temeldir. Straus'un da haklı olarak ifade ettiği gibi, eğer 'şiddete maruz bırakılarak öldürülme korkusu gerçekten en etkin güçse, gerçekleşmesi böylesine arzulan toplumsal düzenin aslında ta baştan, ya da neredeyse ta baştan beri varolması gerekirdi. Çünkü bu toplumsal düzen doğal zorunluluğun, doğal düzenin bir ürünü olacaktır'<sup>27</sup>. Straus, Hobbes'un, bu güçlüğü, insanların aptallıkları

<sup>24</sup>Davies, Norman (2011); Avrupa Tarihi, Çev: Burcu Çığman-Elif Topçugil-Kudret Miroğlu-Suat Kaya, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, s: 593

<sup>25</sup>Şenel, Alâeddin; a.g.e, s: 404

<sup>26</sup>Strauss, Leo (2011); Doğal Hak ve Tarih, Çev: Murat Erşen-Petek Onur, İstanbul: Say Yayınları, s: 229

<sup>27</sup>Aynı eser, s: 234

yüzünden doğal düzenin işleyişini bozduklarını varsayarak aştığını belirtir<sup>28</sup>.

### 1.2.2 John Locke

John Locke (1632-1704)'un tabii hukuk konusundaki görüşleri, felsefi görüşlerinin etkisi altındadır. Kendisi tam bir deneycidir. İnsan zihninin doğuştan boş bir levha (tabular rasa) olduğunu, dolayısıyla doğuştan hiçbir bilgi getirmeyip, bütün bildiklerini sonradan, yaşayarak, deney yaparak öğrendiğini ileri sürer. Dış dünyayı, tabiatı bilimiz açısından bu derece önemli bir gerçeklik alanı olarak görmesi, onu tabiat hali ve tabiata uygunluk konularında da düşünmeye yöneltmiştir.

Hobbes tabiat halini herkesin herkese karşı savaştığı bir ortam olarak tasvir etmişti. Tabii olarak buradan da, bu düzensizlik ve savaş halini bitirecek güçlü bir otoriteye ihtiyaç olacaktı. Locke ise, tabiat halinin insanların, hareketlerini düzenleme, şahısları ve mülkleri üzerinde tasarruf bakımından gerçek bir hürriyet durumunu ifade ettiğini ve tabiat halini idare eden ve herkese ödev yükleyen kanunun akıl olduğunu söyler<sup>29</sup>. Buradaki tabiat hali tasvirleri, hem Hobbes hem de Locke'un siyasî rejim anlayışlarından kaynaklanmış ve her iki filozof da arzuladıkları ve taraftarı oldukları rejimi haklı gösterecek bir tabiat hali tasvir etmişlerdir. Böylece Hobbes'un, mutlak monarşiye gerekçe olabilecek, düzensizlik ve savaş halinin yaşandığı bir tabiat durumu tasvir etmesine karşılık, Locke, arzuladığı liberal düzene tarihî bir temel olmak üzere tabiat halini tam bir özgürlük ortamı olarak tasvir etmişti. Ancak Locke bu tabiat halinde tabii yasaya uyulmama ihtimalini de göz önünde bulundurur ve bu durumda herkesin tabii yasayı çiğneyenleri cezalandırmak hakkı olduğunu belirtir. Ancak bu durumda da bir problem vardır. Burada yasayı çiğneyen kişiye verilecek cezayı kim belirleyip uygulayacaktır? Bunun bireylerin takdirine bırakılması cezada keyfiliğe, aşırılığa ve ölçsüzlüğe yol açmayacak mıdır? İşte bu olumsuzlukların önüne geçmek için, insanlar kendi rızaları ile tabii yaşama dönemine son

---

<sup>28</sup> Aynı eser, s: 234

<sup>29</sup> Güriz, Adnan (1987); Hukuk Felsefesi, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s: 202

vererek, aralarında yapacakları bir anlaşma ile anlaşmazlıklarını çözümlenecek suçluları cezalandıracak bir otoritenin, iktidarın kurulacağı siyasî toplum haline geçerler ve cezalandırma haklarını da siyasî iktidara devrederler<sup>30</sup>.

Locke da Grotius gibi ‘tabiî’ olanla ‘aklı’ olan arasında bir özdeşlik kurar. Ona göre insanın akla dayanmak suretiyle hareketlerini, idaresinde yaşadığı kurumları tabiî düzenle ahenkli duruma getirmesi mümkündür. Tabiî düzen insan için en iyi yol gösterici olduğundan en iyi ahlâk tabiî ahlâk, en iyi din tabiî din ve en iyi hukuk tabiî hukuk olarak kabul edilmek lazımdır<sup>31</sup>. Demek ki, akıl ve tabiat arasında kurulan özdeşlik sonucunda varılan nokta, bütün bu kurumların- ahlâk, din ve hukuk- aynı zamanda akıldan çıkmalarıdır. Locke, nasıl bilgi anlayışıyla pozitif bilimlerin gelişmesine katkıda bulunduysa, hukuk (tabiî hukuk) anlayışıyla da cumhuriyetin ortaya çıkmasına katkıda bulunmuştur.

Buraya kadar verdiğimiz bilgilerden şöyle bir netice çıkarılabilir. Tabiî hukuk, mutlak monarşiden cumhuriyete kadar her türlü rejimi savunmaya elverişli bir anlayıştır. Objektif kriterlerinin bulunmaması, soyut bir temel kabulden hareket etmesi, onu, isteyeninin istediği gibi yorumlayıp, istediği siyasî ve sosyal sistemin emrine vermesini kolaylaştıran bir unsur haline getirmiştir. Dolayısıyla tabiî hukuka dayanarak diktatörlüğü de demokrasiyi de; monarşiyi de cumhuriyeti de savunmak mümkündür.

## **2. Hukukî Pozitivizm**

### **2.1 Genel Olarak**

Hukukî pozitivizm, felsefî pozitivizmin hukuk alanında büründüğü biçimdir. Fransız düşünür Auguste Comte (1798-1857) tarafından kurulan pozitivizm, bir 18. yüzyıl felsefesidir. Yani 18.yüzyılda ortaya çıkan ekonomik, ticarî, sınaî ve özellikle de teknik gelişmelerin bir sonucu olan ve bu gelişmelerin kaynağını açıklayan bir felsefedir. Felsefî ekollerden her birinin başlangıcı neredeyse Antik Yunan’a kadar geri gittiği halde,

<sup>30</sup>Göze, Ayferi (1986); Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım Anonim Şirketi Yayını, s: 156

<sup>31</sup>Güriz, Adnan; a.g.e, s: 201

pozitivizmin neden bu kadar geç bir dönemde ortaya çıktığının cevabı, işte bu içinde doğduğu ortamda aranmalıdır.

14.yüzyılın sonlarında İtalya'da Hümanizm akımı olarak başlayan Rönesans, daha sonra bilim ve kültür alanında yol açtığı gelişmelerle Avrupa insanının ufkunu genişletmişti. İlerleyerek devam eden bilimsel keşiflerin 18.yüzyılda yol açtığı bir dizi teknolojik gelişme, insanlık tarihinde yeni bir dönemin başlangıcı işaretliyordu. 1764 yılında dokuma tezgahı, 1776 yılında denizaltı, 1807'de buharlı gemi, 1814'te buharlı lokomotif icat edilmiş, bütün bu icatlar Batı Avrupa toplumlarında tarihin hiçbir döneminde görülmemiş ölçüde bir değişme meydana getirmişti. Hayat oldukça kolaylaşmış ve hızlanmış, bütün alanlarda (tarım, sanayi, hizmetler) aşırı bir üretim artışı meydana gelmişti. Tıpta meydana gelen gelişmeler sonucunda birçok hastalığın ilacı keşfedilmiş, çocuk ölümleri azalmış ve insan ömrü uzamıştı.

Batı Avrupa'da meydana gelen teknolojik yenilikler ve bunların kıta insanının ekonomik, tarımsal, sınaî ve ticarî hayatında ortaya çıkardığı verimlilik ve zenginleşme, Batı insanının hayata ve dünyaya bakışını da değiştirmiş, bilim ve onun metodu olan gözlem ve deney, maddî ve manevî her alana uygulanabilecek, dış dünyayı olduğu kadar sosyal hayatı da düzenleyebilecek ve bütün problemleri çözebilecek bir çare gibi görünmüştü.

Batı Avrupa düşünürleri, teknolojik yeniliklerin sadece olumlu sonuçlarının görüldüğü bu dönemde, ister istemez insanlığın yeni bir çağa girdiğini ve artık hep gelişme yönünde yol alacağını düşünmeye başladılar. Dolayısıyla pozitivizm insanlığın ulaştığı bu yeni çağın felsefesi oluyordu.

Pozitivizmi felsefî alanda ilk olarak telâffuz eden Auguste Comte da bu iyimser düşüncenin gelişiminde başlıca üç aşama ayırt ediyor ve bunları teolojik ya da kurgusal hal, metafizik ya da soyut hal, bilimsel ya da pozitif hal olarak sıralıyordu. Ona göre teolojik halde insan zihni, fenomenleri, keyfî müdahalesi evrenin tüm görünür anormalliklerini açıklayan doğrudan ve sürekli doğaüstü etmenler (az ya da çok sayıda) tutumunun ürünü olarak gözünde canlandırır. Metafizik halde doğaüstü



etkenlerin yeri soyut güçlerle, dünyanın çeşitli varlıklarının içinde olan gerçek kendiliklerle (cisimleştirilmiş soyutlamalar) doldurulmuş ve bu etkenler fenomenlere bizzat kendi başlarına neden olmaya elverişli olarak tasarlanmışlardır. Pozitif halde mutlak kavramları elde etmenin imkânsızlığını kabul eden insan zihni, kendini yalnızca, iyi düzenlenmiş akıl yürütmenin ve gözlemin kullanımıyla, fenomenlerin gerçek yasalarını yani onların değişmez ard arda geliş ve benzeşim ilişkilerini keşfetmeye adanmış için, evrenin başlangıcını ve yöneldiği yeri aramaktan ve fenomenlerin asıl nedenlerini öğrenmeye çalışmaktan vazgeçer<sup>32</sup>.

Sosyolojinin kurucuları arasında sayılmakla beraber, Auguste Comte, toplumların gelişimini izah eden bu anlayışı ile kendi savunduğu pozitivist metoda ve sosyolojik bakışa ters düşmektedir. Çünkü toplumlarda meydana gelen her türlü değişme ve gelişmeyi gene sosyal faktörlerle açıklayan sosyolojik yaklaşıma karşılık, Comte bu değişme ve gelişmeyi toplumdan bağımsız olarak insan zihnindeki gelişmeyle ifade izah etmekte ve bunu herhangi bir sosyal faktörle ilişkilendirmemektedir. Yine bilgi elde etmenin biricik yolu olarak iyi düzenlenmiş akıl yürütmeyi ve gözlemi kabul etmesine rağmen, insan zihninin gelişim kanunu olarak kabul ettiği teolojik, metafizik ve pozitif hal biçimindeki sınıflandırma hiçbir gözlem tarafından doğrulanmamıştır. Yani sosyolojiye tarihî temel bulmaya ve onu felsefeden koparmaya çalışırken, düpedüz felsefe yapmıştır.

Comte'un son aşama olan pozitif hale gelene kadar kullandığı felsefi metod, bu aşamada bilimsel metotla yer değiştirir. Antik toplumları inceleyip anlamada referans kaynağı gözlem olacaktır. Nitekim onun sisteminde pozitivism, fizikî fenomenlerin incelenmesiyle gerçekleştirilmiş ilerlemeleri, sosyal olguların incelenmesine yaymak için bir girişim olarak kabul eder<sup>33</sup>. İşte Comte'un sosyolojide kullanılmasını arzuladığı bilimsel metodun hukukta da kullanılmak istenmesi 'hukukî pozitivism'i ortaya çıkarmıştır. Bu metodu kullanırken de felsefi

<sup>32</sup> Comte, Auguste (2001); Pozitif Felsefe Kursları, Çev: Erkan Ataçay, İstanbul: Sosyal Yayınlar, s: 33

<sup>33</sup> Aynı eser, s: 109

pozitivizmden ‘gözlem’ ve ‘somut olgu’ kavramlarını ödünç alarak hukuk alanına uyarlamıştır<sup>34</sup>.

Gözlem ve somut olgu kavramlarının hukuku oluşturmada temel alınması, hukukun her türlü metafizik ve a priori hüküm ve değerlendirmeden arındırılması demektir. Bu sebeple, genel olarak hukuk ahlâktan, pozitif hukuk doğal hukuktan, uygulanan hukuk ise, ideal hukuk ve politikadan kesin biçimde ayrılmalıdır<sup>35</sup>.

Hukukî pozitivizm, hukuku tamamen biçimsel olarak kabul eder ve ona herhangi bir kutsallık izafe etmez. Ona göre hukuk, üstün bir otorite tarafından konulan ve yürürlükte olan müspet hukuktur. Her türlü değer kavramını araştırma alanının dışında bırakan pozitivistler, hukuk biliminin görevini, yürürlükteki hukukun tahlil ve açıklanması ile sınırlandırmışlardır<sup>36</sup>.

## **2.2 Hukukî Pozitivizmde Çeşitli Yaklaşımlar**

### **2.2.1. Analitik Pozitivizm: John Austin**

Analitik pozitivizmin en ünlü temsilcisi olan Austin, genel pozitivist anlayışa uygun olarak pozitif hukuku ‘varolan, gerçekleştirilen hukuk’ olarak tanımlar ve hukuku devletin yani hukukun organlarının yarattığını ifade eder<sup>37</sup>. Austin bu anlayışıyla sosyolojik açıdan hukukun tam tersi olan bir yaklaşımı benimser ve hukuk normunun meşru olarak kabul edilebilmesinin tek şartı olarak, onun yetkili bir organca konulmuş olmasını gerekli ve yeterli görür. Yani burada hukuku hukuk yapan şeyin, yetkili organın iradesi olduğunu belirtir. Ancak, buradan, hukukun etkin olmasına önem vermediği sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim ona göre, istenilen ama gerçekleştirilemeyen davranış durumunun (ihlâl) alternatifleri olarak onların mekanizmaları bulunmalıdır. Bunlar zararın

---

<sup>34</sup>Can, Cahit (1989); Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi, Ankara: S Yayınları, s: 26

<sup>35</sup>Aynı eser, s: 26

<sup>36</sup>Keyman, Selâhattin (1981); Hukuka Giriş ve Metodoloji, Ankara: Doruk Yayınları, s: 18

<sup>37</sup>Furtun, Ayşen (1997); İngiliz Analitik Pozitivizmi-John Austin’in Hukuk ve Devlet Teorisi, Ankara: Seçkin Yayınevi, s: 29

tazmini, hapis vb. gibi toplumun tüm üyelerini bağlayan düzeltici önlemlerdir<sup>38</sup>.

Modern hukuk açısından bakıldığında Austin'in hukuk anlayışı eksik ve kusurludur. Çünkü bu anlayışta hukuk etik değerden ve sosyal şartlardan soyutlanmış durumdadır<sup>39</sup>. Modern hukuktaki 'adalet', 'hakkaniyet', 'iyiniyet' gibi ilkelere yer olmadığı gibi, değişen şartlar dolayısıyla hukukun da o şartlar çerçevesinde yorumlanması endişesi yoktur.

Nitekim Austin, hukukun adaleti gerçekleştirmek gibi bir amaç gütmemesinin gerekli olmadığı kanısındadır<sup>40</sup>. Hukukî pozitivizmin bu iradeci anlayışının tersine, modern hukuk; ceza hukuku düzeninin bir 'değer hükümleri bütünü' ve bu hükümlerin de olanın değil olması gerekenin bir ifadesi olduğunu kabul eder<sup>41</sup>. Bu hukuk düzeni, toplumu gerçekleştirmek istenen amaçlar doğrultusunda düzenleme çabasıdır. Bunun içindir ki, modern hukuk cezayı 'suçluluk tehlikesine karşı bir toplumsal savunma' olarak görür ve cezanın amacını da 'hukuken organize toplumun yani devletin varlığını gelecekte suç işlemeleri mümkün tüm suçlulardan gelen suç tehlikesine karşı savunmadan başka bir şey olmadığı' biçimine belirler<sup>42</sup>. Hâlbuki Austin'in anladığı biçimiyle, hukukun böyle sosyal bir amacı, yani bir temiz toplum yaratma amacı bulunmamaktadır.

İradeci pozitivizm biçiminde ortaya çıkan hukukî pozitivizm, aslında devleti putlaştıran, onu bütün değerlerin somutlaşmış ifadesi haline getiren, bireyi kayıtsız şartsız devletin içinde eriten Hegel felsefesinin hukukta aldığı biçimdir. Nitekim Hegel, 'devlet objektif espri(\*) olduğuna göre, bireyin kendisi ancak onun bir üyesi olduğu

<sup>38</sup> Aynı eser, s: 29

<sup>39</sup> Gürbüz, Ahmet (2004); Hukuk ve Meşruluk-Evrensel Erdem Üzerine Bir İnceleme, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım Anonim Şirketi, s: 33

<sup>40</sup> Güriz, Adnan; a.g.e, s: 315

<sup>41</sup> Hafizoğulları, Zeki (1987); Ceza Normu-Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara: Seçkin Kitabevi Yayını, s: 27

<sup>42</sup> Aynı eser, s: 207

\* Objektif Ruh

takdirde objektifliğe, hakiki bireyliğe ve ahlâklılığa sahip olabilir<sup>43</sup> demek suretiyle, bireyin devlet karşısında 'hiç'liğini ifade etmektedir.

### **2.2.2 Sosyolojik Pozitivizm: Leon Duguit (1859-1928)**

Duguit'nin sosyolojik pozitivizm anlayışında hem Auguste Comte'un hem de Durkheim'in etkisini bulmak mümkündür. Meselâ sosyal yapının kendine has özellik ve düzenlilikleri olan bağımsız bir varlığı olduğu anlayışında Durkheim'i örnek alır. Nitekim Durkheim her bir sosyal nizam, içinde yaşayan fertlerin karşısına, onların dışında tamamıyla müstakil bir mevcudiyet olarak bulunan bir objektif varlık halinde çıkar. Bu durum, her sosyal nizamın, içinde fertlerin değişmesine bakmadan bu değişme sürelerini aşarak devam etmesiyle kendisini belirtmiş ve göstermiş oluyor<sup>44</sup> demek suretiyle sosyal yapıyı bağımsız bir gerçeklik alanı olarak vurgular. Duguit hukuku değerlendirirken de her türlü a priori yargıdan kaçınmak ve fizikötesi inançları hukuk dünyasından uzaklaştırmak gerektiği<sup>45</sup> anlayışıyla Auguste Comte'un pozitivizmini örnek alır.

Sosyolojik pozitivizmin bir hukuk ekolü olarak ortaya çıkmasında esas olarak, Durkheim'in sosyal yapıyı, bütün kurumların kendisinden çıktığı ana kaynak ve kendisine ait kanuniyetleri olan bağımsız bir gerçeklik alanı gibi görmesinin etkisi vardır. Bu etki altındadır ki, diğer sosyolojik pozitivistler gibi Duguit de, analitik pozitivistlerin yasa koyucunun iradesine, normativist pozitivistlerin de norma verdikleri önem ve belirleyiciliği sosyal yapıya vermektedir. Sosyal yapı adeta varlık nedenini ve değişme kanunlarını kendinden alan bir gerçekliktir. Bundan dolayı Duguit hukuku da sosyolojik bir olgu olarak inceler.

Sosyolojik hukuk anlayışını savunanların ortak özelliği, analitik ve normativist pozitivistlerin tersine, devletin yarattığı hukukla içtihatlarla oluşan hukukun gerçek anlamda hukuk olmadığını ve hukukun sosyal bir

---

<sup>43</sup>Hegel, G. W. F (1991); Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Çev: Cenap Karakaya, İstanbul: Sosyal Yayınları, s: 200

<sup>44</sup>Freyer, Hans (1977); İçtimai Nazariyeler Tarihi, Ankara: Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Yayınları, s: 136-137

<sup>45</sup>Güriz, Adnan; a.g.e, s: 321

gerçeklik ve kökleri toplumsal grupların zorunlu olarak benimsedikleri yaşama biçiminin ve toplumsal faaliyetlerin derinlikleri içinde olduğu<sup>46</sup> anlayışıdır. Bu anlayışta hukuk normu geçerliliğini tamamen sosyal yapıya uygunluğundan alır. ‘Kanun üstünlüğü’ veya ‘kanun hâkimiyeti’ gibi kavramlar, gerçekten siyasî iktidarın iradesi olan yasaları hukukun üstüne çıkarmaktadır<sup>47</sup>. Dolayısıyla sosyolojik hukuk anlayışı, hukukun bağımsız varlığı olduğunu kabul etmez ve onu sosyal yapının bir yansıması olarak görür.

Duguit, sosyal yapıya verdiği bu belirleyicilik rolünün bir sonucu olarak, devlet ve hükûmete de inisiyatif tanımamaktadır. Devlet ve hükûmet egemenliğe ilişkin statülerinden yoksun bırakılmakta ve sosyal organizasyonun, bazı özel görevleri bulunan birer parçası durumuna düşmüş olmaktadır<sup>48</sup>.

Hukukun meşruluğunun kaynağını sosyal yapıda bulan Duguit, sosyal normun mutlak bir varlığı olduğunu kabul etmez. Ona göre sosyal norm, kendiliğinden iyi veya kötü olanın, kendiliğinden emredilenin veya yasaklananın kriteri olabilecek a priori bir ilkeyi göstermez<sup>49</sup>. Aksine sosyal norm, içinde doğduğu toplumun sosyal ilişkilerinin bir ifadesi olmak durumundadır. Bu ilişkilerde amaçlanan şey, sosyal normun da onayladığı bir sonuçtur. Dolayısıyla normun anlamını belirleyen unsur, normun işlevsel içeriğidir<sup>50</sup>. Normun içeriği toplumdaki dayanışmaya hizmet ettiği oranda geçerlidir. İşte Duguit’in Durkheim’den ödünç aldığı bu dayanışma kavramı, onun sisteminin yani sosyolojik pozitivizmin temel taşıdır<sup>51</sup>. Onun içindir ki, a priori bir kavram olarak düşündüğü adalet ilkesini sisteminin dışında bırakır. Ancak Duguit, hukuk anlayışının insandan fazla soyutlanmış bulunduğunu düşünmüş olmalı ki, hayatının son yıllarında hukuka ilişkin yaptığı son tanımında, hukukun

<sup>46</sup> Keyman, Selâhattin; a.g.e, s: 214

<sup>47</sup> Göger, Erdoğan (1979); Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ankara: Yetkin Yayınları, s: 185

<sup>48</sup> Can, Cahit; a.g.e, s: 72

<sup>49</sup> Güriz, Adnan; a.g.e, s: 325

<sup>50</sup> Keyman, Selâhattin; a.g.e, s: 143

<sup>51</sup> Can, Cahit; a.g.e, s: 70

toplumsal çevrede geçerli olan adalet duygusu doğrultusunda belirlendiğini vurgulamıştır<sup>52</sup>.

### 2.2.3 Normativist Pozitivizm: Hans Kelsen (1881-1973)

Analitik pozitivizm, hukuku hakim otoritenin iradesinden ibaret sayan anlayışına karşılık, normativist pozitivizm, hukuku insanlar tarafından konan normların bütünü olarak anlamakta, hukukî olanla hukukî olmayanı birbirinden ayırmak için ölçü olarak norma başvurmaktadır<sup>53</sup>. Yani normativist pozitivizm, hukuku biçimsel olarak ele almakta ve değerlendirmektedir. Dolayısıyla biçimi korumak da burada önemli bir unsurdur. Yani kanun hükmünün yorumlanması ya da hakim tarafından hukuk yaratılması mümkün değildir. Hukuk normunun içeriği ile meşgul olunmamakta, onun biçimsel olarak norm niteliğini taşıması yeterli görünmektedir.

Austin'in hukuk kuralının öncelikle bir emir ve irade olarak kabul eden anlayışına karşılık, Kelsen, hukuk kuralının esas olarak normatif olma özelliğine dikkat çeker. Ancak buradaki normatiflik bir değer yargısı ifade etme anlamında değildir, belirli bir davranışı emretme veya yasaklama anlamındadır<sup>54</sup>. Kelsen hukukun bir legal normlar sistemi olduğunu söylerken, legal normların içerikleriyle meşruiyet kazanmadıklarını, bir normun yalnızca belli usûlde ve belli bir kuraldan neşet etmekle özel bir biçimde legal norm niteliğine kavuştuğunu belirtir<sup>55</sup>. Dolayısıyla hukuk normunun meşruluk kazanmasının ilk şartının belli bir davranış hakkında bir emir veya yasak içermesi olduğunu, bu normun da 'temel norm'a uygun olması gerektiğini söylemektedir. Yani bir hukuk normunun yürürlüğü, kendisinin daha üstün bir norma biçimsel yönden uygun olarak çıkarılmış olmasından doğar<sup>56</sup>. İşte kademeli bir biçimde geriye doğru gidilerek ulaşılan en üstün norm temel normdur.

---

<sup>52</sup> Gürbüz, Ahmet; a.g.e, s: 55

<sup>53</sup> Keyman, Selâhattin; a.g.e, s: 38

<sup>54</sup> Güriz, Adnan; a.g.e, s: 338

<sup>55</sup> Yücel, Mustafa Tören (2003); Hukuk Felsefesi, Ankara: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s: 72

<sup>56</sup> Aynı eser, s: 72

Austin'in olduğu gibi Kelsen'in hukuk sisteminde de hukuku insanileştirmek veya toplum yaşayışı ile uyumlu duruma getirmek gibi bir endişe söz konusu değildir. Hukuk ile devletin özdeşliğini savunan Kelsen'e göre hukuk, devletin çıkardığı yasalar veya diğer hukuk metinlerinden oluşur. Hukuku bilimsel yönteminde bütün toplumsal, politik ve ideolojik unsurlardan soyutlamaya çalışır<sup>57</sup>. Dolayısıyla Kelsen'in anlayışında adalet, özgürlük, eşitlik gibi kavramlara yer yoktur. Nitekim onun anlayışına göre, hukuk normu hiçbir ahlâki değer taşımayan bir baskı normudur<sup>58</sup>.

Kelsen temel normun herhangi bir organ tarafından çıkarılmadığı, bunun hukuk düşüncesine ait bir varsayım olduğu kanısındadır<sup>59</sup>. Ancak bu keyfî bir varsayım olmayıp, hukukçularca paylaşılan bir kabulden ibarettir. Bunu bir tür, modern hukuktaki 'hukukun genel ilkeleri'ne benzetebiliriz.

## SONUÇ

Hukukun kaynağı ile ilgili temel yaklaşımlardan ikisini ele aldığımız bu çalışmadan ortaya çıkan sonuç şu olmaktadır: Hukukun kaynağı ancak objektif kriterlere dayandırılırsa hak ve hürriyetlerin bir teminatı olabilir. Aksi takdirde tabii hukuk gibi oldukça muğlâk ve soyut bir kavrama yahut da ister yetkili organların iradesine ister sosyal yapıya isterse belirli usul ve esaslara göre çıkarılmış olma kriterlerine dayansın, hukukun gene mevcut siyasî otoritenin yorumuna bağlı olacağı ve keyfiliğe yol açacağı açıktır.

---

<sup>57</sup> Çeçen, Anıl (2003); Adalet Kavramı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s: 157

<sup>58</sup> Aynı eser, s: 158

<sup>59</sup> Güriz, Adnan; a.g.e, s: 340

### KAYNAKÇA

- Arsal, Sadri Maksudî;** Umumî Hukuk Tarihi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul- 1948
- Can, Cahit;** Oluşum Süresi İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi, S Yayınları, Ankara-1989
- Comte, Auguste;** Pozitif Felsefe Kursları, Çev. Erkan Ataçay, Sosyal Yayınlar, İstanbul-2001
- Çeçen, Anıl;** Adalet Kavramı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara-2003
- Davies, Norman;** Avrupa Tarihi, Çev. Burcu Çağman-Elif Topçugil-Kudret Emiroğlu- Suat Kaya, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara-2011
- Del, Vecchio, Giorgio;** Hukuk Felsefesi Dersleri, Çev.Suut Kemal Yetkin, Maarif Vekilliği Yayını, İstanbul-1940
- Freyer, Hans;** İctimai Nazariyeler Tarihi, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Yayını, Ankara-1977
- Furtun, Ayşen;** İngiliz Analitik Pozitivizmi-John Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi, Ankara-1997
- Göger, Erdoğan;** Hukuk Başlangıcı Dersleri, Yetkin Yayınları, Ankara-1979
- Gökberk, Macit;** Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi Yayınları, İstanbul-1980
- Göze, Ayferi;** Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Yayını, İstanbul-1986
- Gürbüz, Ahmet;** Hukuk ve Meşruluk-Evrensel Erdem Üzerine Bir İnceleme, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Yayını, İstanbul-2004
- Güriz, Adnan;** Hukuk Başlangıcı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara-1987



- Hafizoğulları, Zeki;** Ceza Normu-Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Seçkin Kitabevi Yayını, Ankara-1987
- Hegel, G.W. F;** Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Çev. Cenap Karakaya, İstanbul-1991
- İnalçık, Halil;** Rönesans Avrupa'sı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2011
- Keyman, Selahattin;** Hukuka Giriş ve Metodoloji, Doruk Yayınları, Ankara-1981
- Sabine, George;** Siyasal Düşünceler Tarihi-2, Çev. Alp Öktem, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, Ankara-1969
- Straus, Leo;** Doğal Hak ve Tarih, Çev. Murat Erşen-Petek Onur, Say Yayınları, İstanbul-2011
- Şenel, Alâeddin;** Siyasi Düşünceler Tarihi-Tarihöncesinde İlkçağda, Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara-1982
- Vorlander, Karl;** Felsefe Tarihi-Cilt:1-2, Çev. Mehmet İzzet-Orhan Saadettin, Günümüzün Diline Aktaran: Yüksel Kanar, İz Yayıncılık, İstanbul-2004
- Weber, Alfred;** Felsefe Tarihi, Çev.H.Vehbi Eralp, Sosyal Yayınlar, İstanbul-1998
- Yücel, Mustafa Tören;** Hukuk Felsefesi, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını



## HUKUK YARGILAMASINDA DAVA SEBEBİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ\*

### ÖZET

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119/1-e maddesinde dava dilekçesinin unsurları arasında sayılan dava sebebi, çoğunlukla teorik (nazari) olarak ele alınmış, meseleci yöntemle ele alınmadığı için de uygulamada hep soyut bir kavram içine hapsedilmiştir. Oysa her dava bir hayat olayı, yani maddi bir vakıa bağlamında dava sebebidir. Bu durum, dava sebebinin özü itibariyle, somut bir durum olduğu ve meseleci bir yöntemle ele alınması gerektiği, somut ihtilafın anlaşılması ve usul hukukun amacının gerçekleşmesi, eş söyleyişle, hakikatin ortaya çıkması ve hakkı ihmal, ihlal veya inkâr edilenin hukuken himaye edilmesi için elzem bir durumdur. Mahkeme ilamlarının adli bir gerçeği temsil etmesi ve yargılamanın amacı da hakikati bulmak olduğu göz önüne alındığında bu durum kaçınılmazdır. Zira maddi vakıalar ne ölçüde doğru ve eksiksiz mahkemeye sunulursa, mahkemede o ölçüde hakikati tevsik edecek ve yargılama hukukunun amacının gerçekleşmesine hizmet edecektir. Keza dava sebebinin maddi vakıalar olarak algılanması ve usulün tüm müesseselerinde yeknesak uygulanması da, hukuki emniyet, barış ve istikrarın sağlanmasının olmazsa olmaz koşuludur.

**Anahtar Kelimeler:** Dava sebebi, vakıalar, hukuki sebep, yargılamanın amacı, hakikate ulaşmak

---

\* Diyarbakır Adli Yargı Hukuk Hakimi ([aciyilikli@hotmail.com](mailto:aciyilikli@hotmail.com)).

## A STUDY ON CAUSE OF ACTION IN CIVIL PROCEEDING

### ABSTRACT

6100 Code code of Law No. 119/1-e article is the reason for the lawsuit, considered to be among the elements of the lawsuit paragraph is mostly theoretical (take into consideration) does not handle the materialize of issue method has been considered in practice to always was imprisoned into an abstract concept Whereas a material for each case in the context of a life event, that is in fact the case. In this case, the lawsuit is a concrete situation and reason at the essence, consider a method marerialize of issue, understanding of the purpose of the law the procedure of realization of concrete dispute, the emergence of the truth and ignored the right to peer in similar saying, essential to being legally negate or violation of patronage. The Court verdicts review proceedings of the truth and represent a fact find given that this situation is inevitable. Because the material is presented to the Court, the extent to which accurate and complete events in court that the truth will serve the purpose of realization of the law of the jurisdiction that will justify. Likewise, all material litigation as the reason the events Jung institutions detection and uniform implementation, provision of legal safety, peace and stability is a sine qua non.

**Keywords:** Cause of action, events, legal cause, purpose of trial, to get at the truth

### GİRİŞ

Hukuk yargılaması, yani medeni yargılama, adli yargıya tabi, hukuk öznesi kişi ya da kişi grupları arasındaki özel hukuk ihtilaflarının çözümlendiği yargı türüdür. Bu yargılama türünde hakkı ihmal edilen, ihlal ya da inkâra uğrayan kişiler, prosedürel hukuki korunmadan yararlanarak, subjektif haklarının himaye edilmesini talep ettikleri vakit gündeme gelecek ilk mevzu, hukuk yargılamasının temelini, dava ikamesi esasına dayandığı vakıasıdır. Dava ikamesi ile hukuki himaye talep edenlerin sıfat veya hak ile irtibatı bulunsun bulunmasın taraflar ve mahkeme arasında bir hukuk yargılaması ilişkisi (tesisi) başlar. Bir diğer

ifadeyle, bu hukuki ilişkinin tesisi, dava ikamesine bağlıdır. Kısaca hukuk yargılamasında; gerçek ya da tüzel kişiler, şahıs veya malvarlığı haklarına ilişkin ihtilafların çözümlenmesini adli yargıya tabi mahkemelerden talep ederler. Böylelikle kişilerin adli yargıya taşıdığı şahıs ya da malvarlığı haklarına ilişkin taleplerinin çekirdeğini oluşturan içtimai hayattaki beşeri münasebet ve ilişkiler yumağı, hukuk yargılamasında dava sebebini oluşturur. Kişiler, yani hak ehliyetini haiz gerçek ve tüzel kişiler, şahıs ya da malvarlığına ilişkin haklarını, ancak vakıalara, yani hayat olaylarına dayandırarak mahkemeden hukuki himaye talep edebilirler. Kumaştan hali elbise elde edilemeyeceği gibi, söz konusu hakların da vakılardan bağımsız olarak ileri sürülmesi mümkün değildir ki, dava sebebi olan vakıa, dava hakkının temelini, çekirdeğini oluşturur.

Teoride, mülga 1086 sayılı HUMK döneminde; hukuk yargılaması için sıklıkla medeni yargılama hukuku, medeni usul hukuku isimleri kullanılırken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğü ile birlikte medeni muhakeme hukuku, ya da hukuk muhakemeleri hukuku ibaresi tercih edilmektedir. Çalışma konumuz bizatihi içtimai hayattaki insan ilişkileri üzerine kurulu olduğundan, bu dış âlemdeki maddi vakıalar, ilişkiler dava sebebini oluşturmaktadır. Ancak, hukuki sebepler, mantık ve tecrübe kuralları ile hukuki problemler teknik özellikleri sebebiyle vakıa kavramına dâhil değildirler. Keza bu maddi vakıalar ve ilişkilerin, dinamik, güncel ve grift niteliklerinden dolayı meseleci bir yöntemle ele alınması gerektiği saikiyle, bu somut ihtilaflara denk düşeceğini düşündüğümüz teoride kullanılan isimden ziyade, uygulamada bilinen ismiyle, yani hukuk yargılaması ismini tercih ettik. Zira özel hukuk meseleleri, güncel, dinamik ve mufassal nitelikleri gereği, sosyal hayattaki insanların vücut verdiği münasebetler örgüsüdür, işte dava sebebi, yani maddi vakıalar, bu ilişkiler yumağıdır. Haksız fiil teşkil eden bir darp ya da hakaret vakıası; komşuluk ya da mülkiyet hukukuna dayalı; ev ve bahçesine ulaşan yegâne yolun kapatılarak, geçişin engellendiği vakıası yahut borca aykırılık hukuki zemininde, sözleşme gereği borçlandığı edime uygun ve süresinde ifada bulunulmadığı, yani kusurlu ifa vakıası, bu hayat olaylarına örnek kabilinden gösterilebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 119 ve mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 179'da açıkça düzenlenen ve dava dilekçesinin unsurları arasında sayılan dava sebebi, çoğunlukla teorik (nazari) olarak ele alınmış, meseleci yöntemle ele alınmadığı için de uygulamada hep soyut bir kavram içine hapsedilmiştir. Oysa her dava bir hayat olayı, yani maddi bir vakıa bağlamında dava sebebidir. Bu durum, dava sebebinin özü itibarıyla, somut bir durum olduğu ve meseleci bir yöntemle ele alınması gerektiği, somut ihtilafın anlaşılması ve usul hukukun amacının gerçekleşmesi, eş söyleyişle, hakikatin ortaya çıkması ve hakkı ihmal, ihlal veya inkâr edilenin hukuken himaye edilmesi için elzem bir durumdur. Mahkeme ilamlarının adli bir gerçeği temsil etmesi ve yargılamanın amacı da hakikati bulmak olduğu göz önüne alındığında bu durum kaçınılmazdır. Zira maddi vakıalar ne ölçüde doğru ve eksiksiz mahkemeye sunulursa, mahkeme de o ölçüde hakikati tevsik edecek ve yargılama hukukunun amacının gerçekleşmesine hizmet edecektir. Keza dava sebebinin maddi vakıalar olarak algılanması ve usulün tüm müesseselerinde yeknesak uygulanması da, hukuki emniyet, barış ve istikrarın sağlanmasına katkı sağlayacaktır. Zira yargılamanın nihai amacı, gerçeği bulmak, hak sahibine hakkını teslim ederek hukuki himaye sağlamaktır. Bu amaç, hem hukuk, hem ceza, hem de idari yargılamanın ortak amacı olmalıdır. Şekli-maddi gerçek mülâhazası artık güncelliğini ve işlerliğini yitirmiştir. Yegâne amaç, hakkı ihmal ya da inkâra uğradığı için adaletten hukuki korunma isteyen hakkını iade etmektir. Bu sebeple yargılamanın amacının gerçekleşmesi ancak hakikate ulaşmakla mümkündür. Bu ise ancak taraflarca davaya getirilen malzemenin, yani hayat olaylarının gerçekliğine bağlıdır. Keza hâkim somut ihtilafa yabancıdır. Yargılamanın amacı olan gerçeğe ulaşırsa; hukuk düzeninin korunması, hukuksal barışın sağlanması, maddi hukuktan kaynaklanan hakların yerine getirilmesi ve tespit edilmesiyle hukuki güvenlik zaten temin edilmiş olacaktır. Bir diğer ifadeyle, diğer amaçların gerçekleşmesi, medeni yargılamada hakikatin bulunması amacına bağlıdır. Aksi halde, yargılama; hakkı teslim suretiyle içtimai düzen ve barışın zemini olmaktan ziyade, hayat olayını (ilişkiler yumağını) hasıraltı etme

kolaycılığı anlamında, içtimai meselelerin ne pahasına olursa olsun def'i hacetinin, kanalizasyon şebekesi olarak salt bir tasfiye mekanizmasına dönüşmesine sebebiyet verir. Bundan dolayı, dava sebebi kavramı, hukuk yargılaması açısından hayati ve fonksiyonel bir görevi haizdir.

İş bu girizgâhtan hareketle, birinci bölümde dava sebebi kavramını, hukuki sebeple olan ilişki, irtibat ve farkını; dava sebebi kavramını iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile bunun istinası ıslah müessesesiyle mukayesesini inceleyip, ikinci bölümde dava sebebi kavramını, medeni muhakeme hukukuna egemen olan ilgili ilkeler altında tetkikini yapacağız. Dava sebebi kavramının, dava şartları başlığı altında ele alınacağı üçüncü bölümde ise; kesin hüküm, derdestlik ve hukuki menfaat kavramlarının, dava sebebi ile olan ilişkisini ortaya koyacağız. Dördüncü bölümde de dava sebebi kavramının, delillerin değerlendirilmesi ve yargılamanın yenilenmesi ile hakların yarışması kurumları arasındaki rabıtayı ve dava sebebi kavramının, bu kurumlar üzerindeki rolünü, teori ve Yargıtay'ın\*\* yerleşik içtihatları çerçevesinde ele alacağız. Sonuç bölümünde ise, dava sebebinin yargılamadaki önemi, taraflara ve mahkemeye düşen görev ile hukuk yargılamasının amacının gerçekleşmesi bakımından önemini vurgulayacağız.

## Birinci Bölüm

### I. DAVA SEBEBİ KAVRAMI VE İRDELENMESİ

#### A. Dava Sebebi Kavramı

Dava sebebi, dava konusunun temelini oluşturan hayat olayıdır<sup>1</sup>. Hukuk her hayat olayına değer atfetmez. Meğerki hayat olayı hukukça değeri haiz olsun. Sosyal hayatta doğum ve ölüm vakıası doğal yaşamın bir gereğidir. Kişinin tam ve sağ olarak doğması kişiler hukukunun, vefatı

\*\* Yargıtay kararları doğrudan kaynağından ve Uyap üzerinden temin edilmiştir.

<sup>1</sup> Yavuz Alangoya, Dava Temeli, Hakimın Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Kazancı Hakemli Dergi, İstanbul 2005/Mayıs, s. 83. "Dava temeli, uygulanacak hukuk normunun soyut nitelikteki kurucu unsurlarını eksiksiz olarak karşılayan vakıaların (olguların) oluşturduğu olaydır."; Saim Üstündağ, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 4. "Dava dilekçesinde beyan edilmesi gereken davanın sebebini maddi vakıalar teşkil eder."

ise, miras hukukunun iştiğal sahasına ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, hukuk her iki hayat olayına hukuki değer atfetmiş ve birtakım sonuçlar bağlamıştır. Ancak hukukun fonksiyonu bu iki olayla sınırlı değildir. Hakikatte hukuk, insanın doğumundan ölümüne kadarki yaşamını düzenleyen, kuşatan normatif bir sosyal müessesedir. Ancak toplumda çoğu kişi bunun bilincinde değildir yahut dikkat celbetmemektedir. Zira hukuk, ancak kaybettiğimizde idrak ettiğimiz sıhhat<sup>2</sup>; gerektiğinde hatırlanan bir ilaç, sık başvurulduğunda bağımlılık (müptela) yapan afyon; suiistimali, meyvesiz (semeresiz) bir ağaç; kabul gördüğünde (mesmu) ise, himaye sağlayan dokunulmazlık gibi bir zırhtır. Mesela her gün büfe yahut şarküteriden ekmek ve gazete alan birisi, aslında yaptığı işlemin alım-satım akdine vücut verdiğini hiç düşünmemektedir. Fakat aynı yerden alınan sütün bozuk olmasından dolayı kişinin zehirlenmesi ihtimalindeki hayat olayına, yani zehirlenme vakasına hukuk değer atfetmekte ve bu olay sebebiyle maddi, manevi zarar görmesinin mahkemeye taşınmasını müteakip bozuk ya da bayat süttten maddi-manevi zarar görme vakası dava sebebini oluşturmaktadır. İşte bu örnekten yola çıktığımız ve mahkemeye taşınan hayat olayı bizatihi dava sebebidir. Dava sebebi kavramının, maddi vakaları işaret ve kastettiği<sup>3</sup> konusunda doktrin<sup>4</sup> ve Yargıtay söz birliği içindedir<sup>5</sup>. Hukuk

---

<sup>2</sup> Tıpkı seçkin bir hukukçunun dediği gibi; “Hiç kimse onu bulandırmadığı ve ihlal etmediği müddetçe hukuk, teneffüs ettiğimiz hava gibi, görünmez ve tutulmaz bir şekilde etrafımızı kaplar; o ancak kaybettiğimizi müşahede eylediğimiz zaman farkına vardığımız sıhhat gibi sezilmez bir şeydir.” (Bkz. Hıfzı Veldet, Medeni Hukukun Umumi Esasları, İstanbul 1948, Üçüncü Basım, s. 4.)

<sup>3</sup> “Dava sebebinden maksadın, davacının dayandığı maddi vakıalar olduğu yolunda bilimsel görüşler ve yargısal kararlar söz birliği içindedir.” (HGK, 12.04.2006, 21-104/174); “Dava sebebinden maksadın, davacının dayandığı maddi vakıalar olduğu yolunda bilimsel görüşler ve yargısal kararlar söz birliği içindedir.” (1.HD 30.04.2007, 2006/16588, 2007/7268).

<sup>4</sup> Üstündağ, s. 32 vd. 50 vd. 81vd.; Baki Kuru, Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi, (AD 1967/4, s.239-268), s.240.; Yavuz Alangoya, Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 95 vd.; Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2011, s.158.; Muhammet Özkes, Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009, (745-781), s. 753 vd.



Muhakemeleri Kanunu 119. maddesinin dava dilekçesinin içeriği başlıklı bölümünün (e) fıkrasında açıkça “davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerinden” bahsetmektedir. Bir sonraki fıkrada ise, iddia edilen her bir vakıa hangi delille ispat edileceği de belirtilmiştir. Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 179. maddenin 3. fıkrasında “davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri ve delillerin nelerden ibaret olduğu” şeklinde kaleme alınmıştır.

Dava sebebi kavramı, dava konusu ve netice-i talep kavramlarından farklı olmasına karşın<sup>6</sup>, aralarında fonksiyonel bir bağlantı vardır. Zira dava konusu, dava edilmiş hayat olayına istinaden elde edilmek istenen hukuki talep<sup>7</sup>, netice-i talep<sup>8</sup> ise, mahkemeden istenilen hukuki koruma talebi, yani dava konusunun, mevzuunun tanıtılmasından ibarettir. Bu sebeple, bu hakkın varlığı, sonuç doğurmaya elverişli maddi vakıaların tahakkukuna bağlıdır<sup>9</sup>. İşte davacı, bu maddi vakıalarla netice-i talebinde

<sup>5</sup> “Dava konusu uyumsuzluğun daha önce bir kesin hükümle çözümlenmiş olması olumsuz dava koşuludur. Maddi anlamda kesin hükümden söz edebilmek için, birinci dava ile ikinci davanın konusunun dava sebebinin (vakıalar) ve tarafların aynı olması gerekir. Balıkesir İş Mahkemesinin yukarıda özetlenen dosya kapsamında; davalı SSK tarafından davacı aleyhine aynı maddi vakıalara dayanarak açılmış ve yargılama sonunda davalının borçlu olduğuna ilişkin karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Eldeki davanın tarafları, konusu ve maddi vakıaları önceki dava ile aynı olup, kesin hükmün olduğu açıkça ortadır. Davacı kurum alacağı Balıkesir İş Mahkemesinin 18.09.2003 tarih, 2003/190 E, 2003/239 K sayılı kararı ile saptanmıştır. Bu aşamadan sonra davacının borçlu olmadığına tespitine ilişkin dava açılması mümkün değildir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara aykırı biçimde yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” (21.HD 26.06.2006, 6052/6987). Aynı yönde bkz. (HGK, 05.07.2006, 19-505/504); (HGK, 28.03.2012, 2-890/239).

<sup>6</sup> M. Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri, MÜHF Araştırma Dergisi, 1991,C.6, s. 28. “Doktrinde umumiyetle, dava konusu, dava sebebi ile özdeşleştirilmekte ve dava konusunun tek başına incelenmesinden herhangi bir gerekçe de gösterilmeksizin sarfinazar edilmektedir.

<sup>7</sup> Yıldırım, Dava Teorileri, s. 40. “Dava konusu, davacının belirli bir hayat olayına dayanarak hukuki talepte bulunmasıdır.”

<sup>8</sup> Alangoya, İlkeler, s.101. “Gerçekten netice-i talep, davanın ikamesinden evvel cereyan etmiş bir vakıalar bütününe dayanmaktadır.”

<sup>9</sup> Erdal Tercan, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001, s.114. “Dava konusu, mutlaka bir takım vakıalara dayalı olarak ileri sürülebilir. Dava konusu hakkın, doğumuna temel teşkil eden herhangi bir vakıayı belirtmeden, o hakkı ileri sürmek

haklı olduğunu ispat ederek subjektif hakkının himaye edilmesini sağlayabilecektir. Ancak, bu noktada, vakıaların ileri sürülmesi hayati ehemmiyet taşır<sup>10</sup>. Zira kimi müellifler, vakıaların bir bütün olarak, önemli/önemsiz ayrımına girmeden bir bütün olarak getirilmesi gerektiğini savunurken<sup>11</sup>, vakıaların özetinin dilekçede belirtilmesini yeterli olduğu da ileri sürülmüştür<sup>12</sup>. Kanaatimizce, hayat vakıalarındaki ufak bir ayrıntı dahi somut olaya uygulanacak hukuku farklılaştırabilecektir<sup>13</sup>. Keza, dava malzemesinin, yani dar anlamda vakıaların yargılamaya taşınması taraflara ait olacağından, hâkimin bu konuda, ima, telkin ve hatırlatma görev ve yetkisinin bulunmaması göze alındığında; davacının talebinin hukuki himaye görmesi cihetinde,

---

mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle, dava konusu hak, mutlaka kendisinin doğumuna temel teşkil oluşturan bir vakıa ile ilişkili olmak zorundadır.”

<sup>10</sup>Üstündağ, s.175. “Davacı dava dilekçesinde sadece subjektif hak veya hukuki münasebeti beyan etmekle yetinemez. Ayrıca bu münasebetin doğum vakıalarını da beyan etmek zorundadır.”

<sup>11</sup> Alangoya, İlkeler, s. 106. “Davanın temeli, “79/b.1 hükmüne göre bizim kanaatimizce, de talebin dayandığı hayat olayıdır. Hayat olayı birden fazla, birbiri ile irtibatlı vakıanın meydana getirdiği bir komplekstir ve talep bu bütüne dayanmaktadır. Bu bütünü meydana getiren vakıalar arasında önemli-önemsiz ayrımı da yapılamaz. Zira kompleksi oluşturan her vakıa bu bakımından önem taşır ve onsuz bütün eksik kalır.”; Alangoya, Dava Temeli, s.84. “Dava temelini oluşturan vakıaların dava dilekçesine ne ölçüde aksetmesi gerektiği ise ayrı bir meseledir. Benim buradaki görüşüm, hayat olayını (dava temelini) oluşturan vakıaların, bu hayat olayını diğerlerinden ayıracak ölçüde dava dilekçesine aksetmiş olmasının yeterli olduğu, yani bu durumda da usulüne uygun bir dava dilekçesi mevcut olacağı şeklindedir. Dava temelini oluşturan bütün vakıaların eksiksiz olarak dava dilekçesinde yer almasını aramak tarafları kendilerinden beklenemeyecek bir yükün altına sokmak olurdu.”; Saim Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s.39 vd. “Kanunumuzda, dava dilekçesinde davanın mufassal olacak şekilde inşa edilmesi zarureti mevcut bulunmaktadır. Dava dilekçesinde dava vakıalarının mufassal olarak beyanı zaruretinin aranması, usulün devamı esnasında yeni vakıaların dermeyanı imkânını sert bir şekilde tahdide münker olacaktır.”; Kuru, Dava Sebebi, s.26; Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.110. “Davacı dava dilekçesini sadece dilekçesini haklı gösterecek şekilde değil, olayı açıklayacak kadar detaylı bir biçimde vakıalandırılmalıdır.”

<sup>12</sup> Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.793. “Burada bütün vakıaların tüm ayrıntısının açıklanmasına gerek yoktur. Vakıaların özet olarak verilmesi yeterlidir.”

<sup>13</sup> Ahmet Cahit İyilikli, İİK 120/2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Bir Karar Gerekçesi Üzerine Tahlillere ve Düşünceler, (Legal Mihder, 2012/1, C.8.S.21, s.87.

vakıalara hayati bir önem atfetmektedir. Bu minvalde, taraflar hangi vakıaların hukuki anlamda himaye göreceğini kestiremeyeceğinden, bilcümle vakıaları<sup>14</sup> genel vakıa zinciri içinde mahkemeye sunulmalıdır<sup>15</sup>. Örneğin, bir aracın sahte vekâletname ile üçüncü kişiye noterden satılması uyuşmazlığında; aracın araç malikinin bilgi ve rızası dışında ev ya da işyeri önünde park halinde iken çalınması ile aracın, malikin bilgi ve rızası dâhilinde bir başkasına kira, ödünç ya da hatır kullanımı için verilmesi vakıaları, somut ihtilafa uygulanacak hukuk kuralını farklılaştıracak ve bu husus da sübjektif hakkın himaye edilip edilmeyeceğine de etki edecektir. İşte bu noktada davacının iddia ettiği hayat olayı, yani maddi vakıalar belirli bir hukuk kategorizesine dâhil edilmiştir ki, bu vakıaların dâhil olduğu hukuki kategori de hukuki sebebi oluşturup, hâkim tarafından re'sen uygulanacaktır.

Dava sebebini açıklayan teoriler<sup>16</sup> kanaatimizce, uygulamada esasa müessir olmadığından dolayı güncelliğini ve etkinliğini yitirmiştir. Tüm bu tartışma ve mülahazalardan arınırsak, dava sebebinden maksat, bir davanın açılmasına neden olan<sup>17</sup>, bir diğer ifadeyle, talep sonucunu haklı göstermeye yarayan maddi vakılardır<sup>18</sup>. Bu maddi vakıalar, talep

<sup>14</sup> Üstündağ, s. 39. “Dava dilekçesinde davanın sebebini teşkil eden bilcümle vakıaların beyan edilmesi gerekecektir.”

<sup>15</sup> Alangoya, Dava Temeli, s.85. “Bir kere ben, dava temelini, hayat olayı olduğunu kabul ediyorum. Bu olay soyut hukuk normunu karşılayacak, vakıaların bütününden oluşur. Soyut hukuk normunun unsurlarını karşılayacak vakıalar vuku bulmamışsa veya vuku bulmakla beraber en sonunda yargılamaya getirilmemişse, getirilen vakıalar bütünü soyut hukuk normunun şartlarını karşılamamıştır ve dava reddedilir.”

<sup>16</sup> Doktrinde, dava sebebini açıklayan iki teori mevcuttur. Bunlar ilki, dava sebebi kavramını, talebin inşa edilmesine yarayan bilcümle vakıaların dava dilekçesinde belirtilmesini öngören vakıalara dayandırma teorisi; ikincisi ise; dava dilekçesinde, davayı inşa eden bilcümle vakıaların değil, sadece somut hukuki münasebetin yeterli derecede beyan edilmesini şart koşan ferdileştirme teorisi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Saim Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967.

<sup>17</sup> Yılmaz, Şerh, s.793. “Davacının iddiasının dayanağı olan vakıaları tam olarak bildirmesi, kendi menfaati gereği olduğu gibi, bu vakıaların bilinmesi karşı taraf bakımından da önem arz eder. Çünkü davalı, dava dilekçesinde belirtilen ve açıklanan vakıalara göre savunmasını yapmak durumundadır.”; Kuru, s.226. “Davacı dava dilekçesinde iddiasının müstenidi olan bütün vakıaları göstermekle mükelleftir.”

<sup>18</sup> Kuru, s. 224. “Vakıalar davanın temeli ve gerçek sebebidir. Çünkü, sadece bu vakıalar davanın sınırını çizmekte olup, hakim ancak o vakıalara münhasıran inceleme

neticesini haklı göstermeğe elverişli maddi bir fiil ya da hukuki bir muamele olabilir<sup>19</sup>. Somut olaya uygulanacak hukuk kuralları<sup>20</sup>, dava sebebi olarak kabul edilemez<sup>21</sup>. Keza, Hukuk Muhakemeleri Kanunu da, dava sebebine yüklenen anlamın, hukuki sebep olmadığını, vakıalar olduğunu açıkça belirtmiştir<sup>22</sup>.

### **B. Dava Sebebi ile Hukuki Sebep Kavramlarının Karşılaştırılması**

Hukuki sebep, çıplak manada, hukuki muameleye esas teşkil eden gaye ve maksada denir<sup>23</sup> ve saik ile karıştırmamak gerekir. Zira saik hukuki muamelenin yapılmasına sebep olan enfüsi ve şahsi amillerdir, kaldı ki, hukuk, saikten ziyade, hukuki sebep ile meşgul olur<sup>24</sup>. Medeni yargılama hukuku cihetinden hukuki sebep ise; tarafların iddia ettiği hayat olayının dâhil olduğu hukuki ilişki, bir diğer ifadeyle, vakıaların ilintili olduğu hukuk normudur<sup>25</sup>. Kısaca somut ihtilafa uygulanacak hukuk kuralları ya da kanun hükmü olarak da tanımlanabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesinde; kanunda öngörülen istisnalar

---

uygulanabilir.”; Yıldırım, Dava Teorileri, s.41. “Dikkat edilmelidir ki, bir hayat olayında yer alan vakıalar, ilgili, ilgisiz bir sürü vakıalar değil, bir vakıalar kompleksini oluşturmak için gerekli ve yeterli olan vakıalardır.”; Yılmaz, Islah, s.158. “Bu vakıalar, dava açılmasına neden olan tüm vakıalar değil, davanın o kişi lehine bağlanması için doğrudan doğruya önemli olan vakıalardır.”

<sup>19</sup> Burhan Gürdoğan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 79.

<sup>20</sup> Üstündağ, s.37.

<sup>21</sup> Kuru, s. 224. “Hakim tarafından re’sen nazara alınma bakımından dava sebebinden maksat, hukuki sebepler olmayıp, davacının davasını dayandırmış olduğu vakıalardır.” Aksi düşünce için bkz. Postacıoğlu, Davanın ve Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep, s.501. “Davanın sebebi olaylarla netice-i talep arasında bağlantı kurmak imkânını veren olayların hukuki mahiyeti ve dâhil oldukları hukuki kategoridir.”

<sup>22</sup> Üstündağ, s.84. “Usul Kanunumuz muvacehesinde, davacı dava dilekçesinde dava talebini inşa eden bilcümle maddi vakıaları beyan etmek zorundadır.”

<sup>23</sup> Hıfzı Veldet, Medeni Hukukun Umumi Esasları, İstanbul 1948, s.330.

<sup>24</sup> Veldet, s.332. “Sebep, objektif ve hukukidir. Saik ise, tamamen sübjektif ve şahsidir ve bu itibarla bunun hukuk bakımından ehemmiyeti çok daha azdır.”

<sup>25</sup> Dava sebebinden kastın, hukuki sebep olduğunu savunan görüşler için bkz. Postacıoğlu, Davanın Unsuru Olarak Hukuki Sebep Ve Kesin Hüküm, Recai Seçkin’e Armağan, s.503; Berkin, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s.175 vd; Domaniç, Hukukta Kaziyei Muhkeme Nispi Kuvveti, İstanbul 1964,s.50; Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1940, s.56.

dışında, hakim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz hükmünü düzenlemiştir. Keza maddenin ikinci fıkrasında, kanunla belirtilen durumlar dışında, hakim, kendiliğinden delil toplayamaz hükmü amirdir. Bu maddede sözü edilen maddi vakıalardır. Zira hakim önüne gelen hayat olayının dışında ve ona yabancısıdır. O ancak, somut dava, yani maddi vakıa önüne geldiğinde haberdardır ve bu vukufiyet tarafların sunumuyla sınırlıdır. Keza hakim tesadüfen resmi sıfatı dışında somut olaya vakıf olsa bile, bu özel bilgisini muhakemede kullanması mümkün değildir, taraflara özel bilgisine istinaden hatırlatma ve telkinde dahi bulunamaz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. maddesinde ise, açıkça hakim, Türk Hukukunu resen uygular amir hükmü mevcuttur. Bu hükmün anlatmak istediği şudur ki; olaya, yani maddi vakıaya uygulanacak olan hukuk kurallarının hukuki niteliğini tayin etme, hukuk kurallarını araştırıp bulma hakimnin ödevidir<sup>26</sup>. Bir nevi hâkim burada terzi gibi, kendisine takdim edilen maddi vakıa, yani hayat olayına uygun hukuki elbiseyi dikip, giydirmekle görevlidir. Bundan dolayı hakim, tarafların getirmiş olduğu maddi vakıalarla bağlıdır<sup>27</sup>. Hakim davacının bildirmedeği vakıaları kendiliğinden inceleyemez<sup>28</sup> ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz. Yargılamaya getirilen vakıaların dâhil olduğu hukuki ilişkiye uygulanması gereken hukuki norm ise, görevinden ötürü hakim tarafından re'sen uygulanacaktır. Örneğin, davacı belirli bir vasiyetnameye dayanarak terekenin tamamı ya da kesirli bir oranında atanmış mirasçı olduğu vakıasına dayanarak mirasçı ve miras hakkının tespiti ile terekeye dâhil malların iadesini talep etmesini müteakip, mahkeme yargılama sonucunda vasiyetin içeriğinin yorumlanmasında; murisin iradesinin atanmış (mirasçı nasbı) mirasçı

<sup>26</sup> Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007, s.94.

<sup>27</sup> Alangoya, İlkeler, s.9.

<sup>28</sup>“HUMK'nun 74-76. maddeleri hükümlerine göre, açıkça dava konusu edildiği anlaşılabilen bir husus hakkında mahkemece karar verilmesine olanak bulunmadığı açıktır. Eldeki davada yukarıda sözü edilen bağımsız bölümler dışındaki tüm istekler bakımından açıklık bulunmadığı görülmektedir. Öyle ise açıkça dava konusu yönünden davanın varlığı kabul edilip, ileri sürülen hukuki sebep açısından hüküm kurulmasının gerekeceği tartışmasızdır.” (1.HD 05.12.2006, 11130/12156).

değil, muayyen mal vasiyetinde (musaleh) bulunduğu gerekçesiyle davayı alacak davası hukuki zemininde tetkik edip çözümlemesine engel değildir. Kaldı ki, taleple bağlılık ilkesi gereği, davanın reddedilmesi, davacının müteakiben muayyen mal vasiyeti vakıasına dayanarak vasiyetnamedeki malın aynen, mümkün olmaması ihtimalinde bedelinin kendisine verilmesini talep etmesine de engel oluşturmayacaktır. Zira ilk davadaki mirasçı nasbı vakıasına dair verilen red kararı, muayyen mal vasiyeti vakıasına ilişkin talebin tetkikine engel oluşturmayacaktır<sup>29</sup>. Keza tarafların vakıaya ilişkin yanlış ya da eksik hukuki tavsifleri, hâkimin HMK 33. maddesi gereği doğru hukuku uygulamasını sınırlandırmayacaktır. Zira somut olaya denk düşen hukuk kuralı hâkim tarafından resen uygulanacaktır. Bu hâkim için bir görevdir. Bu örnek, yani vasiyetname vakıası ile ilintili hukuk normu, eş söyleyişle, vasiyetname hayat olayına uygulanacak kanun hükmü, dava sebebi ile hukuki sebep arasındaki ince noktayı belirlemektedir. Zira kimi zaman hukuki ilişki ile hukuki sebep kavramları hatalı olarak birbirini yerine kullanılabilir. Ancak, hukuki ilişki ile hukuki sebep farklı kavramlardır. Bu noktada, vakıa ile hukuki ilişki kavramları farklı terimleri temsil etmekle beraber yakın ilişki içindedir. Bu yakın ilişki, dava sebebi olan vakıaların dâhil ve irtibatlı olduğu ya da onu niteleyen, tavsif eden genel hukuk kategorisi, hukuki ilişkinin vücuduna sebebiyet verecektir. Bu ilişkiye uygulanması gereken spesifik (özel) norm ise hukuki sebebi oluşturur. Bir diğer ifadeyle, somut ihtilafın sebebiyet

---

<sup>29</sup> “Kesin hükümden söz edebilmek için, tarafların ve müddeabihin aynı olmasının yanı sıra dava sebeplerinin de aynı olması gerekir, dava sebebinden maksadın ise, hukuki sebepler değil, bilakis davanın dayanağı olan vakıalar olduğu yerleşmiş yargı kararları ve ağırlıklı doktrin görüşleriyle ortaya konulmuştur. Bu durumda kesin hüküm bakımından davanın gerçek sebebi vakıalardır. Çünkü hakim, bu vakıalarla bağlı olduğu ve bunlar dışındaki vakıaları resen nazara alamadığı için (HUMK'nun 75,1) birinci davada yalnız o vakıalar için inceleme yapmış ve yalnız o vakıalara dayanarak kararını vermiştir, şu halde kesin hüküm yalnızca o vakıalar bakımından oluşmuştur. Buna karşılık aynı taraflar arasında, aynı konuda açılan ikinci davanın dayanağı vakıalar, birinci davada ileri sürülen vakıalardan farklı ise, birinci dava sonunda alınan hüküm ikinci davada kesin hüküm teşkil etmez ve ikinci dava mesmudur; çünkü iki dava arasında sebep birliği mevcut değildir.” (11.HD 20.01.2009, 2007/5750, 2009/473); (11.HD 20.01.2011, 2009/2270, 2011/406).

verdiği tavsif, hukuki ilişkiye; somut ihtilafa uygulanacak kanun hükmü ise hukuki sebebe vücut verecektir. Yani hukuki ilişki genel, hukuki sebep ise özel normdur. Bu sebeple, bazen dava sebebi ile hukuki sebep arasında kesin bir çizgi çizmek güçleşmekle beraber, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 25 ve 33. maddeleri iki müessesenin, sınır ve fonksiyonlarını belirlemiştir, buna göre; dava sebebi, davanın temelini oluşturan, ilgisi ve tasarruf hakkı taraflar olan vakıalar; hukuki sebep ise; bu vakıaların dâhil olduğu, vasfını tayin eden ve hâkim tarafından uygulanan hukuk kurallarıdır. Dava sebebine ilişkin belirleme, sadece iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı bakımından değil, derdestlik, kesin hüküm, usul ilkeleri, ıslah, delillerin değerlendirilmesi ve kanun yolları bakımından da önem taşır. Zira bu hukuk güvenliği ve istikrarının ya da hukukunun yeknesak olarak uygulanmasının zaruri sonucudur<sup>30</sup>. Bu hususları aşağıda sırasıyla ele alacağız.

### **1. İddia ve Savunmanın Tebdili ve Tevsiinde Dava Sebebinin Rolü Genel Olarak**

Dava açılmasının, maddi ve usul hukuku cihetinden bir takım sonuçları vardır<sup>31</sup>. Maddi hukuk bakımından; zamanaşımı kesilmesi, hak düşürücü sürelerin korunması, bazı şahıs varlığı haklarının mal varlığı hakkına dönüşmesi, iyi niyetin kötü niyete tahvili, temerrüt, usul hukuku yönünden ise; davanın halli zorunluluğu, dava şartlarının tespiti (derdestlik, kesin hüküm, hukuki menfaat vb), davanın açıldığı tarihin esas alınması, örnek kabilinden sayılabileceği gibi, üst başlığımız açısından önem ve dikkat celbeden husus, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağıdır. Zira hukuk yargılamasında teksif ilkesi kabul edilmiştir<sup>32</sup>. Bundan dolayı taraflar, dilekçelerin teatisi aşamasının tamamlanmasıyla birlikte iddia ve savunmalarıyla<sup>33</sup> bağlı olup, kural olarak bunu değiştirip, genişletemezler. Bu bağlamda dava sebebinin

<sup>30</sup> Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.33.

<sup>31</sup> Üstündağ, s.10.

<sup>32</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s.75. ; Alangoya, Dava Temeli, s.109. ; Alangoya, İlkeler, s. 4; Üstündağ, s.8.

<sup>33</sup> Üstündağ, s.15. “Davalı da cevap layihasında, müdafaa sebeplerini teşkil eden hususları yeter derecede tanınabilir olacak şekilde inşa etmek zorundadır.”

değiştirilmesi ya da genişletilmesi de yasak kapsamına dâhildir. Burada amaç, belirli bir zaman dilimine kadar tarafların tüm vakıaları mahkeme önüne getirerek, davanın uzamasına engel olmak ve usul ekonomisi ilkesi gereği bir an evvel mahkemenin hakikate ulaşmasının sağlanmasıdır. Yani yargılamanın sürüncemede kalmasını önleme amacı güttüğünden, yargılama konsantrasyonunda yoğunluğun sağlanmasına hizmet eder. İddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı, tarafların, dava konusunun (netice-i talep) ve dava sebebinin genişletilememesi ve değiştirilememesini içerir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 141. maddesinde; taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia ve savunmasını genişletilebilecek ya da değiştirebilecektir.

Mülga 1086 sayılı HUMK döneminde, davacı dava ikame ettiği, yani esas defterine kayıt tarihten<sup>34</sup>; davalı ise, cevap dilekçesini davacıya tebliğinden itibaren iddia ve savunmalarını değiştirip, genişletilmesi yasaklanmıştı<sup>35</sup>. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise, bu yasağın başlama kesiti bakımından farklı bir düzenleme getirmiş, bir başka ifadeyle, mülga kanundan ayrık olarak, ön inceleme kurumu ihdas edildiği için, taraflar ön incelemeye kadar verdikleri dilekçeleri serbestçe değiştirip genişletebilecek, ancak taraflar iki ayrı dilekçe verdikten sonra iddia ve savunma genişletilip, değiştirilemeyecektir<sup>36</sup>. Meğerki taraflardan

---

<sup>34</sup> “1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)’ nun 178. maddesinde, harca tabi olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaksızın “Dava, dava dilekçesinin mahkeme kalemine kaydı tarihinde açılmış sayılır” denilmektedir. Bu hükümdeki “dilekçenin mahkeme kalemine kaydı” sözü dava dilekçesinin mahkeme kalemindeki ilgili deftere (esas, muhabere veya tevzi defteri) kaydı anlamındadır. Ne var ki, bir dava açılırken yapılması gerekli işlem, sadece dava dilekçesinin mahkeme kalemindeki deftere kaydı işleminden ibaret değildir. Kayıttan önce yapılması gereken işlemler de vardır. Gerçekten, dava dilekçesi önce hakime verilir. Hakim, dilekçeyi, üzerine verildiği tarihi yazıp imzalamak suretiyle, mahkeme kalemine havale eder. Şayet dava harca tabi ise, davacı 492 sayılı Harçlar Kanunu hükümleri uyarınca gerekli harçları da ödedikten sonra dava dilekçesi mahkeme kalemindeki ilgili deftere kaydedilir; dava harca tabi değilse hakim in havalesi üzerine deftere derhal kaydı gerekmektedir. Nitekim 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girdiği günden bu yana yerleşmiş uygulama bu yoldadır.” (HGK, 28.09.2011, 2-451/558).

<sup>35</sup> Üstündağ, s.9.

<sup>36</sup> Yılmaz, Şerh, s. 865.



biri mazeretsiz ön inceleme duruşmasına gelmesin. Görüleceği üzere, ön inceleme aşaması, yani cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerine kadar serbestçe iddia ve savunmalar değiştirilip, genişletilmesine karşın, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise serbestçe dava sebepleri değiştirilip, genişletilemeyecektir. İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnası ıslah ve karşı tarafın açık muvafakatidir. Kanun koyucu, mazeretsiz ön inceleme duruşmasına gelmemeyi bir nevi usul ekonomisi yaptırımı<sup>37</sup> olarak öngörmüş ve iddia ve savunmanın değiştirilmesinin istisnası olarak kabul etmiştir. Hukukumuzda göre taraflar belli bir usul kesitine kadar, dava malzemesini hâkim önüne getirmek zorundadır. Bu aşamadan sonra davacı ve davalı iddia ve savunmasının dayanağı olan hayat olaylarını değiştiremez ve genişletemez<sup>38</sup>. Konumuz açısından ehemmiyet arz eden iddia ve savunmanın dayanağından kasıt ise, dava sebebi olan vakialardır. Genişletme ve değiştirmeden anlaşılması gereken kısaca, yeni sebepler, yani önceden mevcut olup, ileri sürülmeyen vakiaları yeniden ileri sürme ya da eskisinin yerine, yeninin ikame olunmasıdır. Bu yasak, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı dava ve işlerde uygulanacaktır<sup>39</sup>. Dava

<sup>37</sup> Davayı ve savunmayı değiştirme ve genişletme yasağı, davanın taraflarını korumaya yönelik kurumlardır. Korunmak istenen hakkın sahibi bu hakkını, korumanın dışında bırakıyorsa, diğer taraf için yasaklanacak bir durum oluşmaz. Yani savunmayı değiştirme yahut genişletme durumunda davacının muvafakati söz konusu olur ise, savunmayı değiştirme ve genişletme yasağı ortaya çıkmaz. Savunma değiştirilmiş yahut genişletilmiş ve fakat davacı buna muvafakat etmemiş ise, hâkim, davayı, savunmanın değiştirilmesinden önceki haline göre irdeler. Muvafakatin açık olarak verilmesine hacet yoktur. Muvafakat zımni olarak da verilebilir. Savunmayı değiştirme ve genişletme durumunda, karşı taraf sükût etmiş ise, savunmayı değiştirme ve genişletmeye, zımnen muvafakat verilmiş sayılır. Kanaatimizce, mazeretsiz ön inceleme duruşmasına gelmeyen taraf da, duruşmaya gelip, karşı tarafın vakiaları değiştirme ve genişletmesine ses çıkarmayan, sükût eden taraf konumunda düşünülerek usul ekonomisi tedbiri olarak zımnen buna muvafakat ettiği ön görülmüştür.

<sup>38</sup> Kuru, s.226.

<sup>39</sup> İddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu dava ve işlerde uygulanır, ancak, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu dava ve işlerde uygulanmaz. Örneğin babalık ya da nesep davasında re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, yargılamanın ilerleyen safhalarında ilk defa getirilecek bir vakıa da bu yasak kapsamında değerlendirilemez. Zira kamu düzenin hakim olduğu bu tür davalarda, hakim, re'sen de bazı vakiaları her zaman yargılamaya

sebeplerinin değiştirilmesi ve genişletilmesi, yasağın başlangıcı olan ön inceleme ikinci cevap ve cevaba cevabın verildiği anda mevcut olup, bu aşamada ön görülebilir bir nitelik taşıyıp ancak sonraki aşamada ortaya çıkan maddi vakıalar bakımından geçerlidir. Şayet bu aşamanın bitiminden sonra ortaya çıkan yani öngörülemeyen maddi vakıaların eklenmesi söz konusu ise, davayı değiştirme ve genişletme yasağı doğmaz. Keza, ikinci dilekçe ya da cevaba cevap dilekçelerinin verildiği safhada mevcut ve ön görülebilir olup da dava dilekçesinde dile getirilmemiş olan vakıa, vakıalar kompleksine (zincirine) zımnen dâhil ise yani dilekçelerde bildirilmiş olan ana vakıalar grubunu açıklıyor, tamamlıyor yahut gerekçelendiriyor<sup>40</sup> ise bu yeni vakıanın sonradan yargılamaya sokulması da yasak kapsamında mütalaa edilemeyecektir<sup>41</sup>. Ancak, bu açıklamalar ve ilavelerin ana vakıa ile çelişik olmaması gerekir<sup>42</sup>. Buna karşın, yeni vakıa, müstakil bir zincir niteliği taşıyor, yani dava dilekçelerinde bildirilen vakıalara zımnen dahil değilse, onları açıklayan, tamamlayan yahut gerekçelendiren nitelikten yoksun ise, bu yeni vakıanın sonradan yargılamaya sokulması davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamında kalacaktır<sup>43</sup>. Bu yasağın istisnaları ise tarafın açık muvafakati ve bir kereye mahsus olmak üzere ıslahıdır. HMK 141/2. maddesinde ise, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağında, ıslahın istisna olduğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere bu yasağın istisnası açık muvafakat ve ıslah müessesidir<sup>44</sup>. Tarafın muvafakati olmaması halinde başvurulacak yegâne usuli yol ıslah olduğundan, aşağıda bu istisna düzenlemenin dava sebebi ile olan ilişkisine değineceğiz.

---

dahil edebilir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, boşanma davalarında, dava malzemesinin hazırlanması, yani vakıalar açısından taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir. Bu sebeple, boşanma davalarında, iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile istisnaları uygulanacaktır.

<sup>40</sup> Kuru, s.229.

<sup>41</sup> Alangoya, Dava Temeli, s. 84.

<sup>42</sup> Kuru, s. 230.

<sup>43</sup> Üstündağ, s. 27.

<sup>44</sup> Alangoya İlkeler, s. 109.

Hukuki sebeplerin değiştirilmesi ve genişletilmesi ise yasak kapsamına dâhil değildir<sup>45</sup>. Zira, hukuki sebepler hakim tarafından re'sen dikkate alınacağı için, yapılan ilave ve değişiklikler iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi cihetinden önemi haiz olmayacaktır<sup>46</sup>. Davacı gibi, davalı için de, cevap ve ikinci cevap dilekçesinde bildirmiş olduğu vakıaları genişletmesi ve değiştirmesi yasak kapsamındadır<sup>47</sup>. Bir diğer ifadeyle, dava sebebi olan vakıalarının değiştirilmesi ve genişletilmesi davanın her iki tarafı için de geçerlidir.

### A. Dava Sebebi Kavramının İslahla İlişkisi

İddia ve savunmanı değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile bunun istisnası olan ıslah müessesesinde dava sebebinden kasıt vakıalardır<sup>48</sup>. Taraf usul işlemlerinden olan dava sebebinin ıslah edilebilmesine (HMK m.176) hem doktrin<sup>49</sup> hem de Yargıtay cevaz vermiştir<sup>50</sup>. Bu durum tüm vakıaların ıslah edilmesini de kapsamaktadır<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> Kuru, s. 224.

<sup>46</sup> Üstündağ, s.26.

<sup>47</sup> Yılmaz, Islah, s.39.

<sup>48</sup> Yılmaz, Islah, s.157.

<sup>49</sup> Yılmaz, Islah, s.159. ; Üstündağ, s.94.

<sup>50</sup> “Dava dilekçesinde alacağın kaynağı tarihsiz asıl sözleşme olarak gösterilmiş iken daha sonra davacı vekilince verilen 13.12. 2006 tarihli dilekçede davacı alacağının tarihsiz ek sözleşmeden kaynaklandığı açıklanmıştır. Bu suretle davacı davasında dayandığı maddi vakıaları ve dava sebebini değiştirmiştir. Bilindiği gibi HUMK'nın 83. maddesi uyarınca davalının karşı çıkması halinde dayanılan maddi vakıaların ve dava sebebinin ıslah yoluyla değiştirilmesi mümkündür (Yargıtay 13.HD'nin 02.03.1976 gün 4961/1626 sayılı kararı). Bu nedenle mahkemece durumun HUMK 83 ve devamı maddeleri uyarınca irdelenerek gerekli işlemlerin yapılması, yine davalı tarafından davacının yaptığı imalatın eksik ve ayıplı olması iddiasıyla aynı mahkemede açılan 2007/20 esas sayılı davanın HUMK'nun 45. maddesi uyarınca eldeki dava ile birleştirilmesi, eğer sonuçlanmış ise sonucunun gözetilerek istemin karara bağlanması gerekir. Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan davanın usulden reddedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” (15.HD 10.11.2008, 2007/5965, 2008/6657).

<sup>51</sup> “Mahkemece toplanan deliller ve alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, HUMK.nun 84. maddesi hükmünce davanın sonuçlanmasına kadar davanın sebebinde ıslahın mümkün ve davacının ıslahla dava sebebini değiştirmesinin yasal bir hak olduğu, dava ve takibe konu bono altındaki imzanın davacının eli mahsulü olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne icra takibi nedeniyle davacının borçlu olmadığına tespitine, koşulları bulunmayan kötü niyet tazminatının reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Kaldı ki taraflar davasını tamamen ıslah edebileceğine göre evleviyet yani çoğun içinde azı da vardır kuralı gereği dava sebebinin<sup>52</sup> tamamen değiştirebilecektir<sup>53</sup>. Ancak ilk dava dilekçesi ile ıslah dilekçesindeki hayat olayları<sup>54</sup>, yani dava sebepleri, taban tabana zıt, yani bir tenakuzluk var ise, bu ihtimalde de, ıslah geçerli olacak mıdır? Somut bir davada, davacı vekili, yerel mahkemeye<sup>55</sup> müracaatla dava dilekçesinde;

---

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına” (19.HD 05.10.2011, 1300/11956).

<sup>52</sup> Üstündağ, s. 152.

<sup>53</sup> Üstündağ, s. 45.

<sup>54</sup>“Davacı dava dilekçesinde kiralananın tahliyesi isteminde bulunmuş, yargılama sırasında ise verdiği 16.9.2010 tarihli ıslah dilekçesi ile bu talebine itirazın kaldırılması isteğini de eklemiştir. ıslah ile dava sebebinin değiştirilmesi mümkün ise de mevcut davaya ilaveten ikinci bir dava açmak olanaksızdır. Bu bakımdan ikinci talebin incelenmemesi gerekir.” (6.HD 08.03.2011, 2010/12537, 2011/2644).

<sup>55</sup> “Dava, alacak talebine ilişkindir. Davacı taraf başlangıçta davaya konu halıların piyasa değerinin 10 katına kendisine satıldığını belirterek bir nevi halıların hile ile satıldığını ileri sürmüş ve halıların bedeli için ödediği 18.228 Euro’nun iadesini talep etmiş, daha sonra ıslah ile halıların kendisine teslim edilmediğini ve böylece davacının Borçlar Kanunu 106. maddesi uyarınca satıcının temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshiyle ödenen bedelin davacıya iadesini talep ve dava etmiştir. Dava ıslah edildiği için ıslah talebinde belirtilen hususlar üzerinde durulması gerekir. ıslah talebinde davacı taraf satıcının temerrüdüne yani dava konusu halıların davacıya teslim edilmediği şeklindeki olguya dayanmıştır. Oysaki ilk dava dilekçesinde Kanada’da halıları davacıdan gelip alan olmadığını belirtmiş, aynı şekilde halıların değerini araştırdığında değerinin 10 katına kendisine satıldığını öğrendiğini ve böylece kandırıldığını anladığını belirtmiştir. Bir kişinin kendisine teslim edilmeyen bir halının bizzat inceleme ve test ile saptanacak değerini saptayabilmesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Bundan başka davacı vekilince dosyaya sunulan 11.07.2007 tarihli e-mailde davacının telefonda sizinle 7.280 Euroyu nakit olarak malların tesliminde ödeyeceğimiz hususunda anlaşmıştık şeklindeki beyanı ve davada tüm bedeli talep ettiği nazara alındığında davacının halıları teslim aldığı kabulü gerekir. Bir an için bunun böyle olmadığı düşünülse bile davacı tarafın ıslah dilekçesinde ileri sürdüğü Borçlar Kanunu’nun 106/1. maddesinde karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin veya münasip bir mehilin tayinini hakimden isteyebilir, hükmü yer almaktadır. Buna göre temerrüde düştüğü ileri sürülen tarafa mehil verilmesi hakimden istenebilecek bir durumdur. Bu husus üçüncü kişiye gönderilen e-maile kanıtlanamaz. Davacı tarafın hem bu yasa maddesinde belirtilen usulde, hem de doğrudan davalıya yönelik herhangi bir ihtarin varlığı kanıtlanamamıştır. Bu nedenle davanın reddine karar vermek gerekmiştir.” (Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, 31.01.2012, 2009/79, 2012/18).

müvekkilinin tatil için geldiği Manavgat'ta, davalının işyerinden halı beğenip satın aldığını, halının değerinin 18.228 Euro olduğunu, davalının, Kanada'da başka bir müşterilerinin satıma konu halıyı teslim alacağını ve bedeli olan 18.228 Euro ödeyeceğini taahhüt ederek, müvekkilinin ödeme yapmasını müteakip halıların Kanada'ya gönderileceğini teklif etmesi üzerine halının bedelinin davalılara ödendiğini, ancak Kanada'da kimsenin gelip halıları alamadığını, müvekkili davacının halıların gerçek değerini araştırması neticesinde ödenen paraya göre çok düşük olduğunu ve müvekkilinin yabancı olmasından dolayı kandırılarak on katı fazlaya satıldığını ve zarara uğratıldığını ileri sürerek, 18.228 Euro'nun faiziyle birlikte tahsilini talep etmiş; müteakiben verdiği 11.10.2011 tarihli ıslah dilekçesinde ise, dava dilekçesinin hazırlama aşamasında yeminli tercüman temin edilemediğinden kaynaklı yanlış anlaşılma nedeni ile dava dilekçesindeki vakıaların yanlış serdedildiği, ıslah dilekçesinde maddi vakıaları düzelttiklerini, davalı tarafın halıları teslim etmediğini, davacının elektronik yazışma ile halıları 8 gün içinde teslimini, aksi takdirde sözleşmeyi feshir iradesini belirttiğini, satıcı şirketin buna rağmen halıları teslim etmediğini, davalı şirket temsilcisinin cevap dilekçesinde alım-satım akdini ve satış bedelinin ödenmiş bulunduğunu kabul ettiğini, akdin feshi ile satış bedeli olarak ödenmiş bulunan 18.228. Euro'nun faizi ile birlikte tahsilini talep etmiş ve elektronik yazışmaların tercüme edilmiş örneğinin de dosyada mübrez olduğunu, davalının ıslahının geçerli olmadığı ve halıların teslim edildiğine ilişkin iddiasını da ispat etmesi gerektiğini ileri sürerek, aralarındaki ihtilafın BK 106 çerçevesinde çözülmesi gerektiğini iddia etmiştir. Yerel mahkeme ilk dilekçe ile halının tesliminin ikrar edildiği, ıslahın geçerli olmadığı ve temerrüt için belge de sunulmadığından bahisle davanın reddine karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine yüksek mahkeme delillerin takdirinde bir isabetsizlik görmeyerek yerel mahkeme kararını onamıştır<sup>56</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 179. maddesinde, ikrar, tanık ifadeleri, bilirkişi rapor ve beyanları, keşif ve

<sup>56</sup> “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlerle ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde olmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına.” (13.HD 11.05.2012, 9571/12142).

isticvap tutanaklarının ıslah ile hükümden düşürülemeyeceği belirtilmiştir. İslah tarafların usule ilişkin yaptıkları işlemleri telafi etmeye yarayan istisnai bir kurumdur<sup>57</sup>. Somut olayda da bir tercüme hatasına dayanarak ıslaha başvurulmuştur. Kanun tamamen ıslaha cevaza vermişken<sup>58</sup>, dava sebebinin tamamının ıslahına<sup>59</sup>, imkân tanımamak kanuna açıkça aykırı davranmaktır. Keza burada ıslaha engel olan bir ikrar da yoktur. Kaldı ki, bir kimsenin kendi iddiasındaki beyanları, kendi aleyhine sonuç doğurur mahiyette uyuşmazlık konusunu çekişmesiz kılma anlamında bir ikrar teşkil etmez, belki takdiri delil sayılabilir.

<sup>57</sup> “Davacı, dava dilekçesinde şifahi anlaşma ve protokolde tapuda adına kayıtlı taşınmaz üzerine 4 kat 9 daireli bina inşa edilerek her katta birerden dört dairenin kendisine verileceğinin kararlaştırıldığını, ancak vekili ile davalı arasında noterde yapılan ve rızası dışında düzenlenen sözleşmenin 12 daire yapılacak ve sözlü anlaşmaya aykırı olarak bodrum ve zemin kattan arsa sahibine 4 daire verilecek şekilde düzenlenerek mağdur edildiğini, aldatıldığını ileri sürerek sözleşmenin feshi ile devredilen tapu kaydının iptâl ve tescilini talep etmiştir. Bilahare yapılan keşif üzerine bilirkişi raporunun verilmesinden sonra davacı vekili mahkemeye verdiği 16.01.2009 tarihli dilekçe ile ıslah yolu ile dava sebebinin değiştirilerek, sözleşmenin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle fesih istemiştir. İslah, bir tarafın tek taraflı açık bir irade beyanı ile yapılır. İslahın tamamlanması karşı tarafın ve mahkemenin kabulüne bağlı değildir.” (15.HD 29.03.2011, 2010/2044, 2011/1915).

<sup>58</sup> “Uyuşmazlık, dava sebebinin bu yolla değiştirilip değiştirilemeyeceği noktasındadır. Kural olarak iddia ve savunma, karşı tarafın onayı olmadan değiştirilemez ise de, bu kuralın istisnalarından biri ıslah kurumudur. HUMK'nun 83 ve devamı maddeleri uyarınca ıslah, tamamen veya kısmen olabileceği gibi tahkikata tabi davalarda tahkikat sona erinceye kadar, tahkikata tabi olmayan davalarda ise yargılamanın sonuna kadar yapılabilir. Dava dilekçesinde hukuki neden farklı yazılmış olup davacı vekili verdiği dilekçe ile hukuki nedeni değiştirmek istemiştir. O halde, bu beyanın ıslah olarak değerlendirilmesi ve ıslaha ilişkin usul işlemleri tamamlanarak yargılama yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Mahkemece vekâletnamede ıslaha ilişkin özel yetki olmadığı ve talep sonucunun değiştirilemeyeceği şeklindeki hatalı değerlendirmeler ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (17.HD 22.09.2011, 1355/8096).

<sup>59</sup> “Davacı-davalı koca dava sebebinin ıslah ederek eşinin akıl hastası olması nedeniyle evliliğin mutlak butlan sebebiyle iptali davasına dönüştürmüştür (1086 s.HUMK.'nun 83 vd., 6100 s.HMK.'nun 176. vd.md.). Mahkemece davacı-davalı kocanın delillerinin Türk Medeni Kanununun 145. maddesine uygun değerlendirilmesi ve sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi bozmayı gerektirmiştir.” (2.HD 15.12.2011, 2010/19886, 2011/22204); Üstündağ, s. 95. “İslah yolu ile davanın sebebi kısmen olduğu kadar tamamen dahi değiştirilebilecektir.”

## İkinci Bölüm

### II. Dava Sebebi Kavramının Medeni Yargılama Hukukuna Egemen Olan İlkeler Işığında Tetkiki

#### A. Aydınlatma Ödevi İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki

Hukuk yargılamasında, hâkim, pasif konumundadır. Zira vakıalara yabancı olup, tarafların getirdiklerini değerlendirecektir. Kaldı ki, bu değerlendirme, yargılamaya taşınan vakıalarla sınırlı olacağından, tarafların ileri sürmediği maddi vakıalar dikkate alınamayacaktır<sup>60</sup>. Bununla beraber, bu katı kuralın esnediği noktalar da vardır. Bunlardan birisi de hâkimin davayı aydınlatma ödevi olup, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 31’de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasında zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir<sup>61</sup>, delil gösterilmesini isteyebilir<sup>62</sup>. Bu maddenin düzenlenme sebebi, dava konusu ile ilgili, sağlıklı bilgiler verilebilmesi için davanın temelini oluşturan maddi vakıalar ile belirsiz ya

<sup>60</sup> M. Reşit Belgesay, Dava Teorisi, İstanbul 1943, s. 108.

<sup>61</sup> “Somut olayda, borçlu hakkında başlatılan takibin, taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip olduğu, icra emrinin 26.06.2011 tarihinde borçlunun eşine tebliğ edildiği, takibin bu şekilde kesinleştirildiği anlaşılmıştır. Muhtara yapılan tebligatın icra emri değil kıymet takdir raporuna ilişkin tebligatlar olduğu, ayrıca 13.08.2011 tarihinde borçlunun takip dosya fotokopisini aldığı görülmüştür. HMK. nun 31. (HUMK.nun 75/2-3) maddesi gereğince, hakim, aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil isteyebilir. O halde, mahkemece, davacı-borçlu vekilinden, hangi tebligata yönelik gecikmiş itiraz talebinde bulunduğu açıklattırılarak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve hatalı gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir” (12.HD 11.09.2012, 8111/25868).

<sup>62</sup> “Davacı vekiline dava dilekçesi açıklattırılarak bu kapsamda dava sebebi, dayanılan maddi vakıalar ve istem sonucu ortaya konulmalı, davacı hakkında varlığı ileri sürülen borcun kaynak ve dayanağı açıklığa kavuşturularak dava konusu yapılan alacak saptanıp bunun kamu alacağı niteliğinde olup olmadığı irdelenmeli, dava dışı Oryas ürünleri A. Ş.’nin sigorta prim ve ferilerine ilişkin borcunun bulunup bulunmadığı ve varsa görülmekte olan iş bu dava ile bunun bağlantısı saptanmalı, söz konusu yasal düzenlemeler kapsamında yöntemince inceleme ve araştırma yapılmalı, alacağın şirketin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilip edilemediği, tahsil edilemeyeceğinin anlaşılıp anlaşılmadığı açıklıkla belirlendikten sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır.” (10.HD 14.04.2011, 2009/5244, 2011/5350).

da çelişkili görülen hukuki sebeplere<sup>63</sup> ya da talep sonucuna ilişkindir<sup>64</sup>. Zira dava temelini oluşturan maddi vakalar konusunda herhangi bir tereddüt olmamalıdır ki<sup>65</sup>, hâkim hakikate ulaşsın<sup>66</sup>. Bu sebeple, belirsizliğin giderilmesi, çelişkinin ortadan kaldırılması kaydıyla davayı aydınlatma kurumuna başvurulur<sup>67</sup>. Ancak bu ödevin kapsamı taraflarca getirilen vakalarla sınırlı olmalıdır<sup>68</sup>. Meğerki aydınlatılmaya konu husus, önceki dava malzemesi zincirine dâhil olsun<sup>69</sup>. Dava sebepleri ile talep sonucuna yönelik hukuki sebep davayı aydınlatma kurumunun konusudur<sup>70</sup>. Yani dava sebepleriyle<sup>71</sup> talep sonucundaki belirsizlik ve çelişkinin giderilmesi amacıyla bu kuruma başvurulur<sup>72</sup>. Talep sonucundaki tereddüt, talebin belirsizliği<sup>73</sup> ya da vakti ile talebin örtüşmemesinden kaynaklanabileceği gibi<sup>74</sup> hukuki sebeple de ilgili olabilir. Örneğin dava dilekçesinde iştirak halinde mülkiyet hükümlerinden bahsedilir. Diğer hissedarlarla taşınmazın kullanımında anlaşmazlık çıktığını ve bu sebeple ortaklığın izalesini dilekçede belirtilmesine karşın, sonuç bölümünde iştirak halindeki mülkiyette, iştirakin çözülerek paylı mülkiyete geçilmesini talep eden bir kişiye, hâkim dava sebepleriyle talep sonucundaki çelişkiden ötürü, davanın

---

<sup>63</sup> Tercan, Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, (Legal, Mihder, 2011, S.18, C.7, s.1-56), s. 31.

<sup>64</sup> Nedim Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, İzmir 2010), s.391 vd.

<sup>65</sup> Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 24.

<sup>66</sup> Alangoya, İlkeler, s.135.

<sup>67</sup> Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s.12.

<sup>68</sup> Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s.49.

<sup>69</sup> Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s.50.

<sup>70</sup> Alangoya, İlkeler, s.145.

<sup>71</sup> Tercan, Aydınlatma, s.28.

<sup>72</sup> Alangoya, İlkeler, s.143 vd.

<sup>73</sup> Meriç, (Davayı Aydınlatma), s. 391.

<sup>74</sup> Meriç, (Davayı Aydınlatma), s. 393. "Tarafların talep sonucunun getirilen hayat olayı ve unsurları ile örtüşmediği durumlarda ise uygun olmayan bir talep kavramından bahsetmek doğru olmayacaktır. Bu halde uygun olmayan talep kavramından değil, dava konusuna ilişkin bir belirsizlikten bahsetmek gerekecektir. Esasen burada belirsizlik, talep sonucunun yüzeysel olması ya da belirsiz ifadelerle açıklanmak istemesi şeklinde gerçek haliyle değil, yargılamaya getirilen hayat olayından doğabilecek bir talep sonucu olmamasını ifade etmektedir."



hukuki sebebine gayrı muvafık dile getirilen talebin, gerçekte neyi murat ettiği konusunda ortaklığın giderilmesi mi? yoksa iştirakin çözülmesi mi? olduğunu bu madde mucibince sorabilmelidir. Bu varsayımda, yani talep sonucunun, hayat olayına uygun olmadığı durumda, uyumsuzluğun, hâkim hukuk re'sen uygular ilkesi ile aşılabileceği de savunulmuştur<sup>75</sup>. Ancak, talebin uygun ya da yerinde olmadığı hallerde davayı aydınlatma kurumu kapsamında kalmayacaktır<sup>76</sup>. Kanaatimizce, buradaki ihtimal, talebin hukuken mesmu olmaması ile ilgilidir. Yoksa talep sonucunun, muhakemeye getirilen vakıa ile örtüşmemesi durumunda talebin uygun olmadığından bahsetmek doğru olmayacaktır<sup>77</sup>. Yukarıda ifade ettiğimiz gerek vakıaların belirsiz ve çelişik olması; gerekse talep sonucunun belirsiz olması ile talep sonucunun hayat olayları ile örtüşmemesi yahut vakıaların hukuki sebep ile çelişik olması ihtimallerinde, davayı aydınlatmanın sınırını, dava sebebi, yani hayat olayları belirleyecektir. Davacının ileri sürdüğü maddi vakıanın dışına çıkılamayacaktır<sup>78</sup>. Talebin ferdileştirilmesine yarayan vakılarda belirsizlik ya da çelişki varsa bu belirsizlik ve çelişiklik giderilmelidir. Ancak bu noktada da, mahkeme vakıaların dışına asla çıkmamalıdır<sup>79</sup>. Aksi halde bu husus, aydınlatma ödevi değil, bilakis, taraflarca getirilme (HMK m.25) ilkesine aykırılık oluşturur. Örneğin davacı satış vaadine dayalı olarak bir taşınmazın kendi namına tescilli tazammun eden bir dava açsa, davalı da akdin geçersizliği ya da feshi savunmasını ispat etse, bu kerre, mahkeme, davacı alıcı, dava konusu taşınmazda bir muhdesat vücuda getirmiş, bunan dolayı arzı

<sup>75</sup> Meriç, (Davayı Aydınlatma), s.394. “Talep sonucunun hayat olayına uygun olmadığı hallerde, bu uyumsuzluğun hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması yoluyla aşılmasının mümkün olup olmadığı olacaktır. Bu hususta hâkimin talep sonucunu hayat olayına uydurması için tarafın dikkatini çekerek aydınlatma ödevini yerine getirmesi gerekecektir. Hâkimin hukuku uygulamak adına davayı aydınlatma yükümlülüğüne başvurmadan hayat olayından çıkarılan talep sonucuna hüküm vermesi, davacının sübjektif iradesinin hayat olayına ilişkin talep sonucuna yöneldiğinin açıkça anlaşılması halinde ancak söz konusu olacaktır.”

<sup>76</sup> Meriç, (Davayı Aydınlatma), s. 392. “Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, talebin uygun olmaması halinde bulunmamaktadır.”

<sup>77</sup> Meriç, (Davayı Aydınlatma), s.393.

<sup>78</sup> Meriç, (Davayı Aydınlatma), s. 390.

<sup>79</sup> Alangoya, İlkeler, s.130.

iktisap şartları oluşmuştur, diye resen bir tahkikata girişemeyecektir. Zira böyle bir vakıa, ancak taraflar tarafından ileri sürülebilecektir. Talep sonucunda yukarıda bahsettiğimiz gibi bir belirsizlik ya da çelişiklik varsa, bu belirsizlik ve çelişikliğin giderilmesi için de davayı aydınlatma kurumuna başvurulmalıdır<sup>80</sup>. Hâkimin soru sorma ödevi de aydınlatma ödevi içinde sayılmalıdır. Bu ilkeye dayanılarak, açıklama ve aydınlatma kapsamında iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına rağmen, vakıalara yeni ilaveler ve genişletmeler yapılamayacaktır<sup>81</sup>. Bu ödevin amacı, hakikate ulaşarak<sup>82</sup>, yargılamanın amacının gerçekleştirilmesidir<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> “Mahkemenin 24.06.2008 tarihli tarafların boşanmalarına, davalı kocadan 500.00 TL yoksulluk nafakası, 30.000 TL maddi.10.000 TL manevî tazminatın alınıp, davacı kadına verilmesine ilişkin ilk hükmünün davalı koca tarafından kusur, tazminatlar ve nafaka yönlerinden temyizi üzerine Dairemizin 20.01.2010 tarihli bozma ilamıyla diğer temyiz itirazları reddedilerek, hüküm sadece maddi tazminat yönünden bozulmuştur. Maddi tazminata ilişkin bozmada ise, davacının talep ettiği maddi tazminatın Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi kapsamında olmadığı, ayrı harca tabi bağımsız bir talep olduğu belirtilerek, öncelikle bu talebe ilişkin ayrıca harç yatırılmadığından peşin nispi harcın tamamlanması, tamamlandığı takdirde esasının değerlendirilmesi gerektiğine değinilmiştir. Mahkemece bozma ilamına uyulmakla birlikte bozma ilamının gereği yerine getirilmemiştir. Harç tamamlanmış, ancak maddi tazminat talebinin niteliği üzerinde durulmayarak, hiçbir inceleme ve araştırma yapılmadan maddi tazminatın bir bölümünün Aile Mahkemesinin görevine girmeyen genel hükümlere dayalı talep olduğundan görev hususu düşünülmeden; 30.000 TL maddi tazminata hükmedilmiştir. Mahkemece yapılacak iş; 6100 Sayılı HMK. 31. maddesi uyarınca “hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğü” çerçevesinde, davacıdan istediği maddi tazminatın çeyiz ve ziynet eşyasıyla ilgili bölümü hakkında bu eşyaların cins, nitelik, sayı olarak hangi eşyalardan oluştuğunun bu eşyaların talep edilen bedeli hakkında açıklama istenilmesi; dava dilekçesinde belirtilen 30.000 TL maddi tazminatla açıklanacak ziynet ve çeyiz eşyası bedelinin düşülmesi suretiyle kalan miktarın davacının evlilik gideri ve işten ayrılmaya dayalı kazanç kaybı nedeniyle istenilen tazminat olduğu gözetilerek, bu istemlerin genel hükümlere tabi olarak istenebileceği ve bu nedenle Aile Mahkemesi görevli olmadığından görevsizlik kararı verilmesi gerekmektedir. Çeyiz ve ziynet eşyalarına yönelik talepte de Aile Mahkemesinin görevli olduğu gözetilerek tarafların bu konuda gösterdikleri deliller usulünce toplanarak gerçekleştirilecek sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Mahkemece anlatılan gerekliliklere uyulmadan yazılı şekilde maddi tazminata karar verilmesi; usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (2.HD 01.11.2011, 17745/17814).

<sup>81</sup> Karslı, s.247; Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s.29.

<sup>82</sup> Yılmaz, Islah, s.67; Alangoya, İlkeler, s.141.

<sup>83</sup> Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s.4 vd; Alangoya, İlkeler, s.146.

## B. Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki

Davanın ikamesi ile taraflar ve taraflar ile mahkeme arasında bir dava ilişkisi tesis olur<sup>84</sup>. Bu usul hukuku münasebetinin tesisine müessir olan davanın vücut sebebi, vakıalardır. Soyut hakkın, ancak inkâr edildiği, ihmal ya da ihlale uğradığı vakit dava edilebilecek olması, bir diğer ifadeyle, ancak hayat vakıalarına istinaden ileri sürülebilmesi gerekliliği, hem dava hem de hakkın, yani dava hakkının temelini<sup>85</sup> oluşturan vakıalara (dava sebebi) çekirdek<sup>86</sup> ve fonksiyonel bir görev yüklemektedir. İşte, bu dava ilişkisi, davanın derdestliği süresince devam edecektir. Bundan dolayı, süreç boyunca, gerek taraflar usuli hak ve yetkilerini kullanırken, gerekse vakia ve delilleri mahkemeye taşıırken, birbirlerine ve mahkemeye karşı dürüst, iyi niyetli ve samimi olmaları gerekir<sup>87</sup>. Gerçekte bu durum, maddi hukuktaki dürüstlük kuralının yargılama hukukundaki tezahürü<sup>88</sup> olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da yasal kimliğe kavuşmuştur (HMK m.29). Dürüstlük kuralı, sadece hukuki işlemde doğan hakların kullanılması ve borçların ifasında başvurulmuş bir maddi hukuk normu değil, kanundan doğan hakların kullanılması ve borçların ifasını da kuşatan<sup>89</sup> resen dikkate alınması gerekli medeni usul hukuku da dâhil<sup>90</sup> her hukuk alanında geçerli<sup>91</sup> merkezi bir normdur. Dürüstlük kuralı merkezinde gerçeği söyleme yükümlülüğü sadece davacı için değil, taraflar bakımından da caridir<sup>92</sup>. Zira taraflarca getirme ilkesinin geçerli olduğu ihtilaflarda

<sup>84</sup> Belgesay, s.106. ; Üstündağ, s.10.

<sup>85</sup> Alangoya, İlkeler, s.106.

<sup>86</sup> Alangoya, İlkeler, s.102. “Bu vakıalar bütünü her hukuki sonucun vazgeçilmez şartıdır. Zira hukuk, sonuçları bunlara bağlar.”

<sup>87</sup> Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 48.

<sup>88</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.53.

<sup>89</sup> Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s.6;

<sup>90</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 58.

<sup>91</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 55.

<sup>92</sup> Yılmaz, Şerh, s. 313. “Dürüstlük kuralı, yalnızca davacı bakımından değil, davalının savunması bakımından da dikkate alınır.”; Erdal Tercan, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, (SÜHFD, M. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s.181- 212), s. 186.

gerçeğin taraflarca getirilmesi amaçlanmıştır<sup>93</sup>. Yargılama sonunda hakikate ulaşmak ise, ancak tarafların vakıaları getirirken, dürüst davranmaları ve hayat olaylarının gerçekliğine bağlıdır<sup>94</sup>. Bu sebeple, dava sebebi vakıa ile doğruyu söyleme yükümlülüğü arasındaki ilişki doğrudan ve ilk eldendir<sup>95</sup>. Kaldı ki, doğruyu söyleme yükümlülüğünün vücut sebebi vakıalar, yani hayat olaylarıdır<sup>96</sup>. Gerçeği söyleme yükümlülüğün<sup>97</sup> konusu vakıa ve deliller<sup>98</sup>, amacı ise, yargılama sonunda hükme esas teşkil edecek vakıalarda doğruluğun ve gerçekliğin sağlanmasıdır<sup>99</sup>. Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olması, yargılamanın yanlış ve gerçek dışı vakıalar üzerine kurulmasını tazammun etmez<sup>100</sup>, tarafların serbest iradesi, devletin yargılama yetkisini abesle iştigale sevk etmemelidir<sup>101</sup>. Aksi halde hukuki güven ve barış sağlanamaz<sup>102</sup>. Devletin yargılama yetkisi hakları teminat altına almaktan

<sup>93</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 182.

<sup>94</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.182 vd.

<sup>95</sup> “Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, tarafların güvenin meydana gelmesini sağlayacak koşullar sunması önem taşır. Kanunun getirdiği güvenin korunmasına ilişkin hükümler yanında, tarafların sözlü veya yazılı davranışları bu güven ortamını sağlayabilir. Sağlanan güvenin, güven sorumluluğu kapsamında hukuken korunması gerekir. Medeni Kanunda yer alan dürüstlük ilkesi (TMK m.2) genel bir hukuk ilkesi olup, usul hukukunda da geçerlidir. Devletin bir kurumu olan mahkemenin haksız, hileli ve kanuna aykırı şekilde bir yargılama ile uyuşmazlığı çözülmesi düşünülemez. Ayrıca dürüstlük kuralı, kamu yararı açısından da dikkate alınmayı gerektirir. Çünkü davanın usul ekonomisine uygun şekilde sonuçlanması, ancak dürüstlük kuralının medeni usul hukukunda da geçerli olması ve hakim tarafından kendiliğinden nazara alınmasıyla mümkün olur. Dürüstlük kuralı, işlemlerin yorumlanması, tamamlanması, yeniden gözden geçirilmesi ve değiştirilmesinde göz önünde tutulur. Dürüstlük kuralına uymak taraflar açısından bir yükümlülüktür. Usulü yetkiler kullanılırken de, bu dürüstlük kuralına uygun olmalıdır.” (9.HD 13.07.2009, 2008/42617, 2009/20631).

<sup>96</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.116 vd.

<sup>97</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.119.

<sup>98</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.189.

<sup>99</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.184.

<sup>100</sup> Alangoya, İlkeler, s.41.

<sup>101</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.122. “Hukuk davasını yalnızca tarafları ilgilendiren özel bir hadise olarak kabul etmek isabetli olmaz. Dava, aynı zamanda devletin yargı organını ve bir anlamda toplumun da konusudur.”

<sup>102</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.195. “Hukuk yargılamasının amacı doğru ve adil karar vermektir. Verilen kararın adil olması, davanın tarafları arasındaki uyuşmazlığı, onların arasındaki maddi hukuk ilişkisine uygun olarak, tarafları tatmin edici bir çözüme kavuşturmasının yanı sıra, belki ondan daha önemli olarak, kamuoyunu da tatmin etmeye, toplumsal ve hukuki barışı sağlamaya yönelik olmasını da gerektirir.”

uzak salt bir şekilde ibaret olur. Taraflar dava sebebi teşkil eden hayat olaylarını eksiksiz, doğru ve sadece kendi lehine olanları değil, tümünü bildirmelidir<sup>103</sup>. Zira hâkim hayat olayına uzak ve yabancıdır, bildiği oranda hakikate ulaşacaktır<sup>104</sup>, bu nedenle yanıltılmaktan ya da eksik vakıadan korunma ihtiyacı içinde olmalıdır<sup>105</sup>. Tarafların vakıaları dayandırdığı hukuki sebeplerin yanlış, eksik ve yanıltıcı olması bu yasak kapsamında sayılmayacaktır<sup>106</sup>. Zira somut olaya denk düşen hukuk kuralı hâkim tarafından resen uygulanacaktır<sup>107</sup>. Tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesi gereğince tarafların gerek tek taraflı, gerekse anlaşarak mahkemeye doğru olmayan vakıaları getirmeleri, gerçeği söyleme yükümlülüğü ilkesini bertaraf için ikrar, kabul ya da isticvap müessesesinin amacına aykırı, yani kötü niyetli kullanılması ihtimali de, gerçeği söyleme yükümlülüğü karşındaki durumu da ilgili başlık altında ayrıca değerlendirilecektir. Doğruyu söyleme yükümlülüğü Hukuk Muhakemeleri Kanunu 29. maddesinde düzenlenmiş ancak müeyyidesi konulmamıştır. Hukuk yargılamasında gerek vakıaların, gerekse delillerin ikamesinde bu ilkeye aykırı davranıldığı hâkim tarafından anlaşılması halinde bu hususlar delillerin takdirinde dikkate alınmadığı gibi, hükme de esas alınmayacaktır. Vakıaların gerçekliği ise, dış dünyada fiilen gerçekleşen olgular ile kişinin sübjektif algı ve izlenimlerine<sup>108</sup> göre belirlenecektir.

### C. Tasarruf İlkesi İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki

Yargılamada, prosedürün başlatılmasında, konunun belirlenmesinde, sona erdirilmesinde, taraf iradesinin egemen olmasını öngören yargılama hukuku ilkesine tasarruf ilkesi<sup>109</sup> denir. Hâkim resen

<sup>103</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 184 vd; Alangoya, İlkeler, s. 120.

<sup>104</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 185.

<sup>105</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.114.

<sup>106</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 190.

<sup>107</sup> Alangoya, İlkeler, s.159.

<sup>108</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 191.

<sup>109</sup> Nedim Meriç, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 73 vd; Karşlı, s.235. ; Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s.67; Alangoya, İlkeler, s.2.

bir davayı kural olarak başlatamaz<sup>110</sup>. Zira hâkim önüne getirilecek somut ihtilafa yabancıdır. Harici ve özel bilgisi bulunamaz. Tesadüfen böyle bir bilgisi bulunsa da muhakemede kullanamaz, taraflara ima, telkin ve telmih te bulunamaz. Hâkim, tarafların talebi olmaksızın, bir uyuşmazlığa el koyup onu çözüme kavuşturamaz. Kanunla belirtilen ayrık durumlar dışında hiç kimse, lehine olan bir davayı açmaya zorlanamaz. Tasarruf ilkesinin, dava sebebi ile olan ilgisi ise maddi vakialarda kendini gösterir. Zira hakkın, ancak bu hayat olayına istinaden dava marifetiyle ikame edilebilecek olması, tasarruf ilkesine farklı bir önem atfetmektedir. Keza bir davaya vücut veren hayat olayını, ancak bunun tarafları mahkemeye taşıyabilir. Bu hayat olayının ilgilisi taraftır ve yargılamaya taşıyıp, taşımamak onun iradesine tabiidir<sup>111</sup>. Bu hususta hakimin inisiyatif ve yetkisi yoktur<sup>112</sup>. Taraflar, feragat, kabul ve sulh yolu ile dava konusu üzerinde tasarruf yapabilirler. Yapılan bu tasarruflardan sonra ayrıca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sonuç doğar. Bu nedenle, bu ilke tarafların yargılamadan tam bilgi sahibi olmasını da tazammun eder<sup>113</sup>. Kanunla belirtilen ayrık durumlar dışında, hakim tarafların talepleriyle bağlıdır<sup>114</sup>. Talepten fazlaya<sup>115</sup> ya da talepten başka bir şeye

---

<sup>110</sup> Metin Tuluay, Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi, DÜHFD, 1983, S.3. s.101. “Kural olarak hiçbir hakim kendiliğinden harekete geçerek bir uyuşmazlığı çözümleyemez. Hakimi harekete geçirecek bir davaya ve bu davayı açacak bir davacıya ihtiyaç vardır. Başka kelimelerle, davasız yargılama ve davacısız hakim olmaz.”

<sup>111</sup> Yılmaz, Şerh, s. 257.

<sup>112</sup> Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 10.

<sup>113</sup> Özeker, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 69.

<sup>114</sup> “1086 Sayılı HUMK. nun 74. maddesi uyarınca hakim, tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı olup, talepten fazlaya veya başka bir şeye hüküm veremez. Eş söyleyişle hakim, davacının talep sonucu ile bağlı olduğundan, bu talepten fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (Karş HMK 26). Somut olayda alacaklı tarafından borçlu hakkında bonoya dayalı olarak kambyo takibi yapıldığı, borçlunun icra mahkemesine başvurarak, takipte yetkili icra dairesinin Eskişehir İcra Dairesi olduğunu belirterek yetki itirazında bulunduğu, mahkemece, yetki itirazının kabulü ile Aşkale İcra Hukuk Mahkemesi'nin yetkisizliğine, süresinde başvurulduğu takdirde dosyanın yetkili Eskişehir Nöbetçi İcra Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Borçlunun mahkemeye yaptığı başvuru, Aşkale İcra Müdürlüğü'nün yetkisiz olduğuna ilişkindir. Bu durumda mahkemece yetki itirazının yerinde görülmesi halinde kabulü ile hüküm kesinleştiğinde dosyanın yetkili Eskişehir İcra Müdürlüğü'ne gönderilmesine karar

hükmedemez<sup>116</sup>. Taraflar dava sonunda verilen hükme razı olmuşlarsa, kanun yoluna başvurmak zorunda değildirler. Kanun yoluna başvurmak tarafların iradesindedir. Tasarruf ilkesinin karşısı re'sen harekete geçme ilkesidir. Resen harekete geçme ilkesi, resen araştırma ilkesiyle özdeş değildir<sup>117</sup>.

verilmesi gerekirken talepten başka bir şeye karar verilmesi isabetsizdir” (12.HD 27.02.2012, 3219/5442).

<sup>115</sup> “6100 Sayılı HMK 26. maddesine göre; “Hakim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir.” Borçlular vekilinin talebi hacizlerin kaldırılması olmayıp muhafaza tedbirlerinin kaldırılmasına yöneliktir. Bu durumda mahkemece muhafaza tedbirlerinin uygulanması ile ilgili bir karar vermek gerekirken talep aşılarak hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi doğru değildir.” (12.HD 15.10.2012, 12346/29421).

<sup>116</sup> “HUMK'nun 74.(HMK 26) maddesine göre; "Kanunu medeni ile muayyen hükümler mahfuz olmak üzere hakim iki tarafın iddia ve müdafaalarıyla mukayyet olup, ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez". Anılan yasa maddesinden de anlaşılacağı üzere mahkeme tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olup, talepten fazlasına veya talebin dışında bir şeye hükmedemez. O halde mahkemece taleple bağlı kalınarak tazminattan doğan alacak yönünden emekli maaşına konulan haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken talep aşılarak birikmiş nafaka yönünden de haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir.” (12.HD 19.04.2012, 2011/28178, 2012/13185).

<sup>117</sup> “Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki en belirgin farkı belirten ölçü “ihtilaf” çekişme yolu kıstasıdır. Çekişmeli yargıda, taraflarca hazırlama prensibi geçerli olduğu halde çekişmesiz yargıda resen araştırma prensibi egemendir. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde bu prensibin geçerli olması bu gibi işlerde kural olarak mukabil (zıt) alakalı bir kimsenin olmaması düşüncesine dayanır. Çekişmesiz yargıda da, çekişmeli yargıda olduğu gibi taraflarca hazırlama prensibi geçerli olsa idi o zaman hakim; talepte bulunan tarafların iddia ettiği vakıalar ve ileri sürdüğü delillerle yetinmek zorunda kalırdı ve bu durum gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesiyle bağdaşmazdı. Öte yandan, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hakim, belli vakıaları kendiliğinden araştırma yetkisine ve yükümlülüğüne sahip olduğundan davayı değiştirme yasağı bu uyumsuzluklarda uygulanmaz. Hasımsız olarak açılan ve çekişmesiz yargıya tabi davalarda verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. O nedenle bu kararlar, aleyhine kanun yollarına başvuruyla kesin hüküm oluşturmadıklarından açılacak bir iptal davası ile değiştirilebilir ve ortadan kaldırılabirler (Bkz.Prof.Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ank.1961 sh.155 vd, Medeni Yargılama Hukuku Prof. Saim Üstündağ S.Bası İst.1992 sh.32 vd). Çekişmesiz yargılamada, yargılama konusu ile talepte bulunan tarafların tarafından tayin edilen subjektif hakkın içeriğinden hakim ayrılamaz. Ne var ki, kararın içeriğini saptamada hakim geniş bir takdir hakkı vardır. Örneğin şartları mevcutsa, vesayet mahkemesi bir vasi tayin etmek zorunluluğunda olup, seçiminde kural olarak geniş bir takdir hakkına sahiptir. Bu örnekler daha da çoğaltılabilir. Açıklanan ilkeler altında çekişmesiz yargıda hakim, tarafların talepleri ile bağlı olmadığından resen araştırma ilkesi uyarınca davacının bozma kararına uyulması talebi ile de bağlı değildir. Aksinin kabulü, hakim

## D. Taraflarca Getirilme İlkesi İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki

Dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi, davanın tarafları, yani iddia ve savunmaya ilişkindir<sup>118</sup>. Dava sebebi noktasında burada önem arz eden asıl husus, dava malzemesinin toplanmasında, tarafların aktif bir rol üstlenmesini<sup>119</sup>, hâkime bu konuda herhangi bir etkinlik tanınmamasını öngören ve tasarruf ilkesi<sup>120</sup> ile ilintili bir yargılama hukuku ilkesidir<sup>121</sup>. İddia ve savunmanın dayanağını oluşturan maddi vakıalarla, ispat araçlarının taraflarca yargılamaya getirilmesine denir<sup>122</sup>. Hâkim bu ilkeye göre pasif konumundadır<sup>123</sup>. Dava malzemesinin toplanmasında aktif rol üstlenmez. Hukuk yargılamasında kural olarak taraflarca hazırlama ilkesinin (m.25) kabul edilmesinin nedeni; bir dava ile ilgili maddi vakıalarla ispat araçlarını en sağlıklı biçimde toplayıp, mahkeme önüne getirecek olanın, davanın tarafları olacağı düşüncesidir<sup>124</sup>. Hâkim, taraflarca ileri sürülmemiş, olan maddi vakıaları

---

yasadan doğan direnme hakkının davacının isteğine bağlı olması sonucunu doğurur ve hakim direnme hakkının elinden alınması gibi yasanın öngörmediği bir durum yaratılmış olur(H.G.K.25.6.1997 gün, 97/11,313 E. 569 K.). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 01.02.1995 gün ve 1994/18-789 E. 1995/37 K. sayılı kararında “çekişmesiz yargıda, davanın hasımsız açılması nedeniyle davacının Özel dairenin bozma kararına uyulmasını istemesinin davacı yararına usuli kazanılmış hak doğurmayacağını, hakim direnme kararı verebileceğini” belirtmiştir. Çekişmeli yargıda ise, taraflarca hazırlama (ihzar) prensibi geçerli olup, hakim tarafların talepleri ile bağlıdır. Hakim, talepte bulunan tarafların iddia ettiği olaylar ve ileri sürdüğü delillerle yetirmek zorundadır. Kendiliğinden araştırma yetkisine ve yükümlülüğüne sahip değildir. Somut olayda, itirazın iptali istemi söz konusu olup, bu niteliğinden dolayı dava, çekişmeli yargı alanına girmektedir ve tarafları ile konusu itibarıyla de kamu düzeni ile ilgisi bulunmamaktadır.” (HGK, 12.10.2011, 3-578/629).

<sup>118</sup> Üstündağ, s. 179.

<sup>119</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 194.

<sup>120</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 67.

<sup>121</sup> Karşlı, s. 239. ; Alangoya, İlkeler, s. 3.

<sup>122</sup> Yılmaz, Şerh, s.261. ; Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.193; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.105.

<sup>123</sup> Üstündağ, s. 50. “Hakim taraflardan sadece vakıaları alır, bunların takdiri mahkemeye aittir.”

<sup>124</sup> Alangoya, Dava Temeli, s.93. “Dava malzemesinin toplanmasında ağırlığın taraflara verilmesinin gerçek hayat olayının tespit edilmesinin bir vasıta olarak kabul edildiği, zira gerek vakıaların, gerek bunların delillerinin teminini davada menfaat sahibi olan



resen gözetemez, onları hatırlatacak davranışlarda dahi bulunamaz. Bu konuda kimin menfaati varsa, o menfaatin gereklerini en iyi şekilde yerine getirecektir<sup>125</sup>. Zira somut ihtilafa vücut veren hayat olayının kahramanları da davanın taraflarıdır<sup>126</sup>. Dava malzemesinin toplanması bağlamında hukuk ile ceza yargılamasında farklı ilkelerin egemen olması<sup>127</sup>, yani ceza yargılamasında; resen araştırma ve serbest delil ilkesinin geçerli olması, yargılamanın amacı olan gerçeğe ulaşma noktasında farklılık doğurmaz<sup>128</sup>. Birden fazla yargılama usulünün varlığı, birden fazla gerçeğe ulaşılmasına yol açmamalıdır<sup>129</sup>. Zira bu farklılıklar çözmeye çalıştıkları uyuşmazlığın özünden, niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Ancak bu ilkedan dolayı hâkimin hakikate ulaşması da sınırlanmıştır<sup>130</sup>. Bundan dolayıdır ki, taraflar dava temelini oluşturan vakıaları<sup>131</sup> eksiksiz ve gerçeğe uygun olarak yargılamaya taşınmalıdır. Bu ilke kapsamında, hâkim, müphem ve çelişik gördüğü vakıalar hakkında izahat isteyebilir. Ancak bu durum

---

taraflarca kendi lehlerine olanları eksiksiz getirmelerinin beklendiği yeniden vurgulanmıştır.”

<sup>125</sup>Alangoya, İlkeler, s. 87 vd. “Medeni usulde eşitler arasındaki özel hukuk çekişmeleri söz konusudur. Yani eşit sujerler bir menfaatler çatışması içindedir ve yargılamaya getirilecek olayın tarihsel gelişimini en iyi bilebilecek durumdadırlar. Şimdi böyle bir durumda en uygun düzenlemenin dava malzemesinin getirilmesinde taraflara ağırlık verilmesi olacağı kendiliğinden ortaya çıkıyor. Çıkar çatışmasının tarafları karşı taraf aleyhine olabilecek bütün vakıaları getirme çabasında olacaklardır ve olayı en iyi bilenler olarak onların gerekli vakıaların tümünü getirmesi beklenir.”

<sup>126</sup>Belgesay, Dava Teorisi, s.106.

<sup>127</sup>Yani ceza yargılamasında; vakıaların ve delillerin toplanmasında resen araştırma ve serbest delil ilkesinin geçerlidir, keza, ceza yargısında ön planda olan kamu yararı iken, hukuk yargısında kişisel yarar ön plandadır. İşte bu özelliklerinden dolayı bu iki yargı farklılaşır, ancak tekrar etmek de fayda vardır ki, bu farklılıklar, hakikate ulaşmada da farklılık olduğu sonucuna götürmez. Zira bir başka usulün varlığı, yargılamada amaç olan gerçeğin birden fazla olması anlamına gelmemelidir.

<sup>128</sup>Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 181. “Her iki hukuk dalı da (medeni usul ve ceza hukuku) kanunları uygulayarak maddi gerçeği bulup ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır.”

<sup>129</sup>Alangoya, Dava Temeli, s.91. “Usulün amacı gerçeğe ulaşma olduğuna göre farklı usullerde (hukuk, ceza, idare) farklı yargılama usullerinin bulunmasının nedeni, farklı gerçeklerin bulunması değil, bu gerçeğe varmak için her usulde ona uygun bir metodun varlığı gereğidir.

<sup>130</sup>Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 49. “Vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesinin cari olduğu davalarda hakikatin araştırılması sınırlıdır.”

<sup>131</sup>Alangoya, İlkeler, s. 103.

davaya taşınan hayat olayları ile sınırlıdır. Hâkim, tarafların söylemediği ya da dilekçede belirtmediği bir hususu resen sormayacağı gibi, bu konularda hatırlatma ya da telkinde dahi bulunamaz. Kanundaki “birinin söylemediği veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz” ifadesinden kastın, davada ileri sürülen hayat olaylarını işaret ettiği, hukuksal sebeplerin bunun kapsamına dâhil olmadığını<sup>132</sup> söyleyebiliriz.

### **E. Hukuki Dinlenme Hakkı İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki**

Bu hakkın kaynağını Anayasa 36. maddesindeki herkes yargı mercileri önünde meşru vasıtaları kullanmak suretiyle iddia ve savunma hakkına sahiptir, hükmü oluşturmaktadır<sup>133</sup>. Bu hak, taraflarca;

---

<sup>132</sup> Yılmaz, Islah, s. 156.

<sup>133</sup>“6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde "Hukuki dinlenme hakkı" düzenlenmiştir. Buna göre davanın taraflarının yargılama ile ilgili bilgi sahibi olma, açıklama ve ispat hakkı bulunmaktadır. Maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere bu hak Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. İddia ve savunma hakkı olarak da bilinen bu hak, tarafların yargılama konusunda tam bilgi sahibi olmalarını, açıklama ve ispat hakkını tam ve eşit olarak kullanabilmelerini, yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapip karar vermelerini zorunlu kılmaktadır. Taraflar "silahların eşitliği ilkesi" gereği iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat hakkına sahiptirler. Hakim tarafları dinlemeden veya açıklama ve ispat hakkını kullanmaları için kanuna uygun biçimde davet etmeden hükmünü veremez. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2009/52 Esas, 2009/105 Karar sayılı kararında da vurgulandığı üzere; taraflar duruşmaya çağırılmadan, bir başka deyişle taraf teşkili sağlanmadan hüküm verilememesi, Anayasa'nın 36. maddesi ile düzenlenen "iddia ve savunma hakkının kullanılmasına imkan tanınması ilkesi"nin doğal bir sonucudur. Gerçekten de savunma hakkını güvence altına alan T.C. Anayasası'nın 36. maddesi ile HMK'nun 27. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, mahkemece, davalı taraf, dinlenmek ve savunması alınmak üzere kanuni şekillere uygun olarak davet edilmedikçe hüküm verilmesi mümkün bulunmamaktadır. Aksi halde savunma hakkının kısıtlanmış sayılacağı, gerek öğreti gerekse yargısal kararlarda tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Taraf teşkili dava şartı olup, davanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. Mahkemenin, dava dilekçesini ve duruşma gününü taraflara kendiliğinden tebliğ edip taraf teşkilini sağlaması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun amir hükmü gereğidir. Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi, itirazların yapılabilmesi, davanın süratle sonuçlandırılabilmesi, öncelikle tarafların duruşma gününden haberdar edilmesi ile mümkün olur. Kişinin hangi yargı merciinde duruşması bulunduğunu, hakkındaki iddia ve isnatların nelerden ibaret olduğunu bilmesi, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğünde açıklanan usule uygun tebligat

yargılamaya ve yargılamanın sonunda alınacak karara etki edebilecek şekilde görüş bildirme olanağı verdiği<sup>134</sup> için hukuk devleti ve insan onuruna saygı ilkesinin bir sonucudur<sup>135</sup>. Bu sebeple, hukuki dinlenilme hakkı, kişiyi yargılamanın objesi değil, süjesi haline getirmektedir. Hukuki dinlenilme hakkı, her iki tarafa da eşit<sup>136</sup> olarak tanınan bir haktır<sup>137</sup>. İlk tarafların yargılamanın varlığından haberdar<sup>138</sup>

---

yapılması ile sağlanabilir. O halde mahkemece duruşma açılıp alacaklıya duruşma gününü bildirir usulüne uygun davetiye tebliğ edilmeden, taraf teşkili sağlanmadan, varsa tarafların gösterecekleri deliller toplanmadan savunma hakkını kısıtlar biçimde dosya üzerinde inceleme yapılarak, alacaklının yokluğunda aleyhine hüküm kurulması isabetsizdir.” (12.HD 24.09.2012, 16182/27590).

<sup>134</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 31.

<sup>135</sup>“6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde "Hukuki dinlenilme hakkı" düzenlenmiştir. Buna göre davanın taraflarının, yargılama ile ilgili bilgi sahibi olma, açıklama ve ispat hakkı bulunmaktadır. Maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere bu hak, Anayasanın 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddelerinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.04.2010 gün ve 2010/11-195E. - 238K. sayılı usulden bozmayı kapsayan ilamının gerekçesinde aynen; "Yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kararların hüküm fıkralarının, açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir" ifadelerine yer verilmiştir. Nitekim, 07.06.1976 gün ve 3/4-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde yer alan "Gerekçenin, ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde geçerli ve yasal olması aranmalıdır. Gerekçenin bu niteliği, yasa koyucunun amacına uygun olduğu gibi, kararı aydınlatmak, keyifliği önlemek ve tarafları tatmin etmek niteliği de tartışma götürmez bir gerçektir" şeklindeki açıklama ile de aynı ilkeye vurgu yapılmıştır. Anılan husus kamu düzeni ile ilgili olup, gözetilmesi yasa ile hâkime yükletilmiş bir ödevdir. Aksine düşünce ve uygulama, gerek yargı erki ile yargıcın, gerek mahkeme kararlarının her türlü düşünceden uzak, saygın ve güvenilir olması ilkesi ile bağdaşmaz. Belirtilen anayasal ve yasal düzenlemeler doğrultusunda, borçlu tarafından ileri sürülen itiraz sebeplerinin gerekçesiyle birlikte tek tek tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, takibe (zorunlu takip arkadaşlığı), faize itiraz konularında gerekçe gösterilmeksizin itirazın reddine karar verilmesi isabetsizdir.” (12.HD 31.05.2012, 812/18790).

<sup>136</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s.68.

<sup>137</sup> Yılmaz, Şerh, s.278.

<sup>138</sup>“Dava, menfi tespit istemine ilişkindir. Yerel mahkemece esas hakkında hüküm verilmesine yer olmadığına karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davacı, icra dosyası üzerinden gönderilen üçüncü haciz ihbarnamesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu beyanla, borçlu bulunmadığının tespiti ile davalının %40

edilmesidir<sup>139</sup>. Müteakiben yargılamaya konu dava dosyası ile ilgili bilgi ve belgelere ulaşılıp, bunları inceleyebilme hakkı da hukuki dinlenilme hakkının kapsamı içerisinde. Dava sebebi, yani vakıalar açısından ise, dava temelini oluşturan hayat olaylarını açıklamaya yarayan ispat araçlarının tartışılabilmesi ve karşı tez geliştirilmesi için önem arz eder<sup>140</sup>. Kısaca, hukuki dinlenilme hakkı, vakıalar noktasında, üç temel esasa dayanmaktadır. Bunlar konumuz açısından, vakıaların açıklanması, dikkate alınması ve yargılama sırasında mahkemece bilgilendirilme hakkıdır.<sup>141</sup> İddia ve savunmanın<sup>142</sup> genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı sebebiyle bir takım sınırlamalar getirilmişse, bu hukuki dinlenilme hakkına aykırılık oluşturmaz. Hukuki dinlenilme hakkı, dava sebebi ile doğrudan ilgilidir. Zira davanın temelini oluşturan ve taraflarca getirilen vakıaların açıklanması<sup>143</sup> ve ispatı için mahkemece, taraflara uygun ve

---

tazminatla sorumlu tutulmasına karar verilmesini talep etmiştir. Davalı, icra dosyasında yapılan işlemlerde herhangi bir kusuru olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, aynı taleple icra hâkimliğine de başvurulduğu ve karar verildiği gerekçesiyle esas hakkında hüküm verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Dosya kapsamından; davacı vekiline yapılan duruşma gün ve saatini bildirir davetiye tebliğinin hatalı olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; dava tensip zaptında duruşma günü 23.12.2010, saati 10.00 olarak belirlenmiş, dosyadaki tebligat parçasında da duruşma saati, 10.00 yazarken, davacı vekiline çıkartılan tebligata tensip zaptı sureti eklenmemiş ve tebligatın davacı vekilinde kalan parçasında duruşma günü aynı iken saati 12.00 olarak belirtilmiştir. Dosyada ilk celse davacı asıl ya da vekili katılmaksızın karar verilmiştir. Bu durum, davacı tarafın yargılamaya katılma ve temsil hakkını dolayısıyla iddia ve savunma hakkını kısıtlar mahiyette olduğundan usul ve yasaya aykırı kararın bozulması gerekmiştir.” (4.HD 14.06.2012, 8048/10470).

<sup>139</sup>Tarafın yargılamadan haberdar edilmesi, davetiye çıkartma veya ilan suretiyle yapılabilir. Yazılı tebligat yapılması olanağı varken, ilan yoluyla tebligat yapılması, bilgilenme hakkının dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelir. Keza usulsüz tebligat da, hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılır.

<sup>140</sup>“Davacı vekili müvekkilinin yeşil ışıkta geçtiğine dair tanık deliline dayanmış, tanık isimlerini bildirmiştir. Mahkemece davalı tanıkları dinlenmiş davacı tanıkları dinlenmemiştir. Maddi vakıanın belirlenmesi için davacı tanık listesindeki tanıkların usulüne uygun çağrılarak dinlenmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru değildir.” (17.HD 13.02.2007, 318/407).

<sup>141</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 331.

<sup>142</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s.35.

<sup>143</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s.33.

makul süre verilerek, hayat olayları müzakere edilmeli ki<sup>144</sup>, hakikate ulaşılsın ve sübjektif hak korunsun<sup>145</sup>, ancak bu halde toplumun hukuka itimadı ve hukuk güvenliği<sup>146</sup> sağlanabilir. Keza hukuki dinlenme hakkına riayet edilmesi yargılama hukukunun amacının sağlanması ile de doğrudan ilgilidir<sup>147</sup>. Zira hukuki dinlenme hakkına uyulmadan yapılan yargılamada, dava sebebi olan vakıaların doğru şekilde tartışılması ve mahkeme tarafından anlaşılması mümkün olmayacağı gibi, somut olaya uygulanacak hukuki tavsif de eksik kalacaktır<sup>148</sup>. Kaldı ki bu husus gerçeği söyleme yükümlülüğü ile de ilgilidir<sup>149</sup>. Bu çerçevede, vakıaların ileri sürülmesi ve açıklığa kavuşturulması sınırlanmamalıdır<sup>150</sup>. Vakıalar dışında, taraflarca dayanılmayan hukuki sebebin de tarafların müzakeresine açılması hukuki dinlenme hakkı kapsamında kalacaktır. Aksinin kabulü, iddia ve savunma hakkına kısıtlama getirecektir<sup>151</sup>.

## **F. Hukukun Uygulanması İlkesi İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki**

Bu ilke, aslında hâkim hukuku resen uygular hükmüdür (HMK. m.33)<sup>152</sup>. Davanın temelini oluşturan maddi vakıalar<sup>153</sup> bakımından somut

<sup>144</sup> Özkes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s.33.

<sup>145</sup> Tuluay, s. 121.

<sup>146</sup> Özkes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 41.

<sup>147</sup> Özkes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 65.

<sup>148</sup> Özkes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 66.

<sup>149</sup> Özkes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 80.

<sup>150</sup> Özkes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 122.

<sup>151</sup> Alangoya, İlkeler, s. 152.

<sup>152</sup> İİK'nun 65. maddesine dayanan gecikmiş itirazda, tebligatın usulüne uygun olarak yapılmış olması, ancak, muhatabın bir engel nedeniyle süresinde itiraz edememesi halinde gecikmiş itirazda bulunacak kişinin mazeretini gösterir delillerle birlikte, esasla ilgili itirazlarını ve dayanaklarını, engelin kalktığı günden itibaren üç gün içinde icra mahkemesine bildirmesi gerekir. Maddeden de anlaşılacağı üzere, gecikmiş itirazın ön koşulu, usulüne uygun bir tebligatın yapılmış olmasıdır. Usulsüz tebligatta ise, İİK. nun 65. maddesine göre yapılacak incelemeden farklı olarak, tebligat usulüne uygun olarak yapılmamıştır. Bu durumda, mahkeme, tebliğ işleminin 7201 Sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak yapıp yapılmadığını inceleyecek ve aynı kanununun 32. maddesi gereğince öğrenme tarihine göre tebliğ tarihini düzeltecektir. Borçlunun dilekçesinde, gecikmiş itirazdan söz etmesi sonuca etkili değildir. Zira HMK. nun 33. maddesi gereğince, hukuki sebebin ve uygulanacak yasa maddesinin tespiti hakim görevine giren bir konudur (HGK.5.6.1991-1991/12-258E-344K.). Somut olayda, borçlunun başvuru

olaya uygulanacak hukuk kurallarıdır<sup>154</sup>. Maddi vakıaların hukuki niteliğini, hayat olayına uygulanacak hukuk kuralını araştırıp, bulma ödevi hâkimindir<sup>155</sup>. Hukuki sebepler, dava dilekçesinin unsurları arasında sayılmıştır. Ancak, bu husus doktrinde, dava sebebinden maksat vakıa olduğu ve hukuki nitelermeyi hâkimin görevinden dolayı yapması gerekeceğinden<sup>156</sup> ötürü hukuki sebep belirtmenin dilekçenin zorunlu

---

dilekçesinde, ödeme emri tebligatı usulsüzlüğünü ileri sürmediği, ödeme emri tebliğ tarihinde şehir dışında olduğundan bahisle tebligattan ancak, döndükten sonra haberdar olduğunu belirterek İİK. nun 65.maddesine göre itirazının kabulünü talep ettiği görülmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, mahkemece, tebligat usulsüzlüğüne ilişkin hukuki tavsif yapılması hali, bu hususun iddia edilmesine bağlıdır. O halde, mahkemece, borçlunun tebliğatın usulsüzlüğüne yönelik şikayeti bulunmadığı dikkate alınarak İİK.nun 65.maddesi muvacehesinde işin esası incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.” (12.HD 13.10.2011, 2856/18899).

<sup>153</sup> Meriç, Tasarruf İlkesi, s.129.

<sup>154</sup> Özkes, Hukuki Sebep, s.761. ; “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.12.2010 gün ve 2010/13-618 E, 2010/668 K. Sayılı kararında değinildiği gibi, sözleşmeden doğan bir ilişkinin bulunduğu hallerde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaz. Bu halde Borçlar Yasası’nın 189 ve devamı maddelerinde düzenlenen satıcının zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanmalıdır.” (20.HD 10.04.2012, 2011/10285, 2012/5515).

<sup>155</sup>“Davacının temlike konu edilen payları ölünceye kadar bakılması için bağış yapmak istediği halde tapuda satış gibi göstermek suretiyle intikal ettirdiğini ileri sürerek temlikin muvazaalı olduğu iddiasıyla eldeki davayı açtığı görülmektedir. Hemen belirtilmelidir ki, HUMK’nun 74 ve 76. maddeleri hükümlerine paralel düzenlemeler getiren 6100 sayılı HMK’nun 26 ve 33. maddelerine göre; olayları bildirmek ve ileri sürmek taraflara, bu kapsamda nitelermeyi yapmak ve belirlenecek hukuki tavsifle ilgili olarak tatbik edilecek kanun hükümlerini tespit ve tayin ederek uygulamak hakime aittir. Somut olayda, davacının yapmış olduğu temlikin iradi olduğu bir başka ifadeyle akdin satış gibi gösterilmesinin iradeyi fesada uğratan hukuki sebeplerden hiç biriyle illetli bulunmadığı, temlikin davacının bu konudaki sarih iradesi yönünde yapıldığı dosya kapsamında sabit olduğu gibi esasen bu husus davalıların da kabulündedir. O halde, TMK’nun 2. maddesi hükmündeki düzenleme karşısında; bir kimsenin kendi muvazaalı işlemine dayalı olarak hak elde etmesi ve bu konuda dava açması hukukça korunamayacağı gibi hakkın suiistimali olarak nitelendirilmesi gerekeceği de kuşkusuzdur. Hal böyle olunca; davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi kabule göre de davacı hem kendi payını hem de eşinde intikal eden miras payını davalılara temlik ettiğine göre her iki payın toplamından pay yerine ¼ payın kabul kapsamına alınmış olması da doğru değildir.” (1.HD 30.04.2012, 2248/4855).

<sup>156</sup> Özkes, Hukuki Sebep, s. 747.

unsuru olmadığı<sup>157</sup>, hiç belirtilmese de, hakimin re'sen hukuku uygulayacağı savunulmuştur<sup>158</sup>. Buna karşın hukuki sebebin dava (taraf) dilekçelerinde<sup>159</sup> belirtmenin zorunlu olduğuna ilişkin görüş<sup>160</sup>, hâkim hukuk resen uygular<sup>161</sup> hükmüyle izah edilmeyeceği vurgusu da yapılmıştır<sup>162</sup>. Bu görüşe göre, hukuki sebep, yargılamanın esaslı bir unsurdur<sup>163</sup>. HMK 119. maddesinde; dayanılan hukuki sebep, dava dilekçe içeriğinde sayılmış ve eksikliği herhangi bir müeyyideye tabii tutulmamıştır<sup>164</sup>. Keza mülga 1086 sayılı HUMK döneminde hukuki sebep, dilekçe içeriğinde sayılmış olmasına karşın<sup>165</sup> (HUMK 179/2), dilekçede gösterilmesinin zorunlu olmadığı<sup>166</sup>, hâkimin görevinden ötürü resen bunu uygulayacağı savunulduğu<sup>167</sup> gibi, hukuki sebebin gösterilmesinin zorunlu olduğu da vurgulanmıştır<sup>168</sup>. Hatta hâkim gösterilen hukuki sebep dışında çözüm halline gidecekse<sup>169</sup>, bu hususu bile taraflara bildirmelidir<sup>170</sup>. Kanaatimizce bu durum hukuki dinlenilme hakkı ve sürpriz karar verme yasağı ile de ilgilidir<sup>171</sup>. Doktrinde, hâkimin aydınlatma ödevi kapsamında salt çelişkili ve mütenakız dava sebepleri hakkında hâkimin sorabileceği savunulmasına karşın kanaatimizce, hukuki sebepler noktasında da bir müphemiyet ya da çelişki varsa, hâkim aydınlatma ödevi kapsamında bu hususları da taraflara sorabilmelidir,

<sup>157</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s.114. ; Gökçen Topuz, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012, s.118.

<sup>158</sup> Kuru, s.220 vd; Postacıoğlu, s.506; Alangoya, İlkeler, s.5; Üstündağ, s.59a.

<sup>159</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.756.

<sup>160</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s. 777.

<sup>161</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.757.

<sup>162</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.759.

<sup>163</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.749.

<sup>164</sup> Karşlı, s. 263.

<sup>165</sup> Üstündağ, s. 40.

<sup>166</sup> Postacıoğlu, s. 506.

<sup>167</sup> Kuru, s.220.

<sup>168</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.759. “Taraflar, ileri sürdükleri iddia ve savunmalarını haklı kılan ya da onların dayanağı olan hukuki sebepleri bildirmek zorundadır.” Benze görüş için bkz. Gürdoğan, Kesin Hüküm İtirazı, s.79. “Kanun hukuki sebeplerin hülasasının da arzualde gösterilmesini istemiştir.”

<sup>169</sup> Alangoya, İlkeler, s.159.

<sup>170</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.769. ; Alangoya, İlkeler, s.152 vd.

<sup>171</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.768.

yani hâkim, hukuki sebepler konusunda da taraflara soru sorabilecek ya da müzakere ortamı tesisi edebilmelidir<sup>172</sup>. Davacı dilekçesinde muvazaaya dayalı olarak hem tapu iptal tescil; hem de tenkis talebini terdit olmaksızın birlikte talep etmiş; ya da alacaklı davacı borçluya yaptığı ilamsız takibe davalı borçlu tarafından yapılan haksız itiraz üzerine takibin durduğu vakıasına (dava sebebi) dayalı olarak itirazın kaldırılması, itirazın iptali ve alacağın tahsilini birlikte talep etmişse, hâkim, taraflara hangi hukuki sebebe dayandığını açıklattırmalıdır.

HMK 33. maddesinde bahsedilen Türk Hukuku kavramı ile kastedilen pozitif hukuktur. Yani hâkim, mevzuat, örf ve adet hukukunu bütün halinde uygulamalıdır. Hakimin, hukuku resen araştırıp bulma ödevinin kapsamı yalnızca mevzuatla sınırlı değildir. Keza hakim mahkemeye sunulan hayat olayını, ilişkiler yumağını<sup>173</sup>, görevinden ötürü her hukuki sebep zemininde tetkik etmeye ve ona en uygun hukuki kılıfı giydirmeye görevlidir<sup>174</sup>. Davacının somut davayı hukuki tavsif ya da nitelendirmede hata yapması, davanın reddini tazammun etmemelidir.

### Üçüncü Bölüm

#### III. Dava Sebebi Kavramının Dava Şartları Işığında Tetkiki

##### A. Dava Sebebi Kavramının Derdestlik İle İlişkisi

Bir davanın açılması ve halen görülmekte olmasına derdestlik denir. Bu süreç, davanın açılmasıyla başlayıp, dava sonucunda verilen hüküm, şekli anlamda kesinleşene kadar olan süredeki askı durumudur<sup>175</sup>. Birinci davanın derdest olması demek, ikinci davanın açıldığı tarihte birinci davanın henüz karar bağlanmamış olması veya karara bağlanmış olmakla beraber, verilen kararın henüz kesinleşmemiş olması demektir<sup>176</sup>. Kısaca derdestlik, ikinci davanın açılması ile başlayıp, birinci dava şeklen kesinleşinceye kadar devam eden bir süreçtir<sup>177</sup>. Açılan ve halen

---

<sup>172</sup> Alangoya, İlkeler, s.152.

<sup>173</sup> Alangoya, İlkeler, s. 99.

<sup>174</sup> Tuluay, s. 130.

<sup>175</sup> Tanrıver, s.5.

<sup>176</sup> Tanrıver, s.43.

<sup>177</sup> Tanrıver, s.51.



görülmede olan her iki davanın aynı dava olması, taraf, dava konusu (talep) ve dava sebebinde ayniyet olmasına bağlıdır. Medeni yargılamada, bir davanın ikame edilip, halen görülmekte iken, aynı konu, sebep ve aynı taraflar arasında ikinci bir dava açılması ihtimalinde derdestlik söz konusu olur<sup>178</sup>. Derdestlik, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde açıkça dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu değişiklik, yerinde olmuştur. Zira aynı davanın ikinci kez görülmesi<sup>179</sup> zaman ve ekonomik kayıplara, çelişik kararların verilmesine, kötü niyetli davranışları önleyerek, kamu düzeninin korunmasına katkı sağlayacaktır. Keza dava şartı olarak derdestlik, tek yargılama, tek hüküm ilkesinin gerçekleştirilmesine de hizmet edecektir. Derdestliğin, dava sebebi ile olan ilgisi çok yakın ve günceldir. Zira bir davada derdestliğin oluşabilmesi, her iki davanın tarafları, netice-i talep ve dava sebebinin aynı olmasına bağlıdır<sup>180</sup>. Dava sebebi bakımından ikinci dava ile birinci davadaki yaşam olayları aynı ise dava sebebi<sup>181</sup> bakımından birliktelik söz konusu olacaktır<sup>182</sup>. Buna göre; dava temelini oluşturan, davacının talep sonucunu haklı göstermeye yarayan maddi vakıalar<sup>183</sup>, her iki davada ayniyetlik göstermelidir<sup>184</sup>. Hukuki sebepler değil, maddi vakıalar müttehit ise, sebep aynı sayılıp, derdestlik durumu doğacaktır.

<sup>178</sup> Kuru, s.244.

<sup>179</sup> “Derdestlik itirazının yasaya konuluş nedeni aynı davanın yeniden açılıp görülmesinde davacı veya davalıların hiçbir hukuki yararının bulunmamasıdır. Bu anlamda derdestlik itirazı ile kesin hüküm arasında ayniyet bulunmaktadır.” (21.HD 17.10.2006, 2973/10138).

<sup>180</sup> Tanrıver, s. 60 vd; Yılmaz, Şerh, s.767. ; “Kısmi dava aynı zamanda taraflar arasındaki alacağın tespiti niteliğindedir. Taraflar arasındaki ilk dava kısmi, ikinci dava ise ek dava olup, iki davanın aynı olduğundan söz edilemez.” (9.HD 06.10.2008, 29856/25201).

<sup>181</sup> “İki davanın aynı dava olmasından kastedilen, tarafları, konusu ve dava sebebinin aynı olmasıdır. Dava sebebinin ise, hukuki sebepler değil, davanın dayanağını oluşturan vakıaların aynı olması gerekir.” (3.HD 18.01.2011, 2010/22984, 2011/221).

<sup>182</sup> Tanrıver, s.95.

<sup>183</sup> Tanrıver, s.93 vd.

<sup>184</sup> Tanrıver, s. 96; “Somut olayda, derdest bulunduğu ileri sürülen afyon 1. Asliye Hukuk Mahkemesine ait 2007/ 306 E. Sayılı davada da, eldeki davada olduğu gibi, meydana gelen arızalar nedeniyle aracın ayıpsız olan yenisi ile değiştirilmesi talep edilmiş ise de, eldeki davada, araçta ilk dava tarihi olan 2.8.2007 tarihinden sonra meydana gelen ve ilk davada doğal olarak dava sebebi yapılmamış olan 2.10.2007 ve 16.10.2007 tarihli arızalar da dava sebebi olarak gösterilmiş olup, her iki davanın tarafları ve konusu aynı

## B. Dava Sebebi Kavramının Kesin Hüküm İle İlişkisi

Kesin hüküm dava şartıdır. Kesin hükümle sonuçlanan bir dava, taraflar ve bütün mahkemeler için bağlayıcıdır<sup>185</sup> ve bu bağlılık kamu düzeni<sup>186</sup> ile ilgilidir<sup>187</sup>. Kesin hükmün taraflar bakımından bağlayıcılığının sebeplerinden birisi, dava sebebi, yani vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesine bağlanmıştır<sup>188</sup>. Kesin hükmün bağlayıcılığı, hem kişiler hem de devlet için hukuki durumda istikrar yaratır<sup>189</sup>. Hukuki güvenlik ve yargı erkine güven kesin hüküm müessesesi ile sağlanır<sup>190</sup>. Kesin hükmün bu amacı iki türlü kesin hükümle gerçekleşir. Bir kararın şekli anlamda kesinliği söz konusu karara karşı olağan kanun yollarının tüketilmesidir ki, bir karar şekli anlamda kesinleşince, yani öngörülen tüm kanun yollarının tüketilmesi, görülmekte olan davanın sona erdiği anlamına gelir<sup>191</sup>. Maddi anlamda kesin hüküm ise, kararın yeniden çekişme konusu yapılamamasını tazammun eder<sup>192</sup>. Maddi anlamda kesin hüküm<sup>193</sup>, karara

---

ise de, sebepleri farklı olduğundan dava sebebi itibari ile derdest bir davadan söz etmek mümkün değildir.” (13.HD 23.03.2009, 887/3788).

<sup>185</sup>Meriç, Kesin Hüküm, s.381. “Maddi anlamda kesin hüküm, hükmün olağan kanun yollarına başvurularak değiştirilememesi, daha sonra tekrar dava edilememesi ve daha sonraki davada bağlayıcı olmasıdır. Bu kanuni gerçeklik dolayısıyladır ki, hükümdeki tespitler tarafları ve bütün mahkemeleri bağlar ve aynı konu hakkında aynı taraflar arasında sonraki yargılamada hüküm kurulamaz.”

<sup>186</sup>“Dava sebebi ile kastedilen ise, hukuki sebep olmayıp, davada dayanılan maddi vakıaların aynı olmasıdır.kesin hüküm, kamu düzenine ilişkin olup, taraflarca yargılamanın her aşamasında öne sürülebilen, istek olmasa bile mahkemelerde de resen gözetilmesi gereken olumsuz dava koşuludur ve hükmün taraflarını, tarafların haleflerini bağlar.” (HGK, 30.01.2008, 7-30/43).

<sup>187</sup>Gürdoğan, s.95. “Kararların maddi anlamda kesinliği amme intizamına dahildir. Bu sebeple, kesin hükmü hakim in re’sen nazara alabilmesi ve tarafların kesin hüküm itirazını dermeyandan feragat edememeleri gerekir.”

<sup>188</sup>Nevhis, Deren-Yıldırım, Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s.39.

<sup>189</sup>Meriç, Kesin Hüküm, s.402. “Bu bağlılık etkisi, mahkeme kararının içeriğini geleceğe yönelik olarak korumaktır. Zira sona eren yargılama hukuki barışı yeniden sağlamalı ve hukuki güvenliği garanti etmelidir.”

<sup>190</sup>Gürdoğan, s.29.

<sup>191</sup>Gürdoğan, s.29.

<sup>192</sup>Gürdoğan, s.52. “Kesin hükmün menfi neticesi, kesin hükme iktiran eden mesele hakkında yeni bir dava açılmamasıdır.”

<sup>193</sup>Karşlı, s.475.

tanınan kanuni hakikat vasfıdır<sup>194</sup>. Bu vafsa mazhar olan karar hakkında tekrar dava açılmaz, dava mevzuu yapılamaz<sup>195</sup>. Keza, kesin hüküm ancak konusunu teşkil eden husus hakkında muteberdir. Kesin hükmün mevcudiyeti için üç şeyin mecmuu gerekir<sup>196</sup>. Bunlar taraflar, dava konusu ve dava sebebi, yani vakıaların müttehit olması<sup>197</sup>, birleşmesi yahut aynı

<sup>194</sup> Gürdoğan, s.29.

<sup>195</sup>“Bilindiği üzere, maddi anlamda kesin hüküm, yargısal (kazai) kararlara tanınan yasal gerçeklik (hakikat) vasfıdır. Bu vasıf yargısal (kazai) kararların gerçeğe (hakikate) uygun olarak verildiğinin kabul edilmesini zorunlu kılar. Kesin hüküm kuralı, haklı ve adil kararların korunması yanında, kişiler arasındaki çekişmelerin sonsuza dek devam etmesini önlemek, toplumun istikrar ve düzenini sağlamak, hukukun ve yargının güvenilirliğini korumak amacıyla kabul edilmiştir. Bütün yasal yollar kapandıktan ve verilen hüküm kesinleştikten sonra aynı davanın tekrar yargı önüne getirilmesi toplumda sonu gelmeyen çekişmelere, huzursuzluklara, istikrarsızlıklara, kazanılmış hakların her zaman ortadan kaldırılabilceği endişesine neden olur. Çelişkili kararların çıkmasına sebebiyet verir.bu itibarla, tarafları, mevzuu ve sebebi aynı olan Devletin iştiraki, hakim tarafından araştırılması ve iradesi ile kurulan, tüm yasal yollardan geçmek suretiyle; diğer bir anlatımla şekli yönüyle de kesinleşen önceki hükmün korunmasında kamunun büyük yararı bulunmaktadır.” (3.HD 06.06.2012, 10195/14444).

<sup>196</sup> “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 303. maddesi uyarınca her iki davanın taraflarının, dava sebebinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması halinde kesin hükmün koşullarının oluştuğunun kabulü gerekir.” (10.HD 29.11.2011, 12893/16535).

<sup>197</sup> “Maddi anlamda kesin hükmün koşulları HUMK m. 237’de açıklanmıştır. Bunlar; dava konularının, dava nedenlerinin ve yanlarının aynı olmasıdır. Somut olayda görülmekte olan dava ile daha önce görülen davanın yanlarının aynı olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kesin hükmün ikinci koşulu olan müddeabih, dava konusu yapılmış olan hak, yani dava ile elde edilmek istenen sonuçtur. Önceki dava ile yeni davanın konularının aynı olup olmadığını anlamak için hakim tarafından verilen kararın hükmü fıkrası ile yeni davada ileri sürülen talep sonucunun karşılaştırılması gerekir. Eski ve yeni davanın konusu olan maddi şeyler fiziki bakımdan aynı olsa bile, bu şeyler üzerinde talep olunan haklar değişirse, müddeabihler aynı değil demektir. Kesin hükmün üçüncü koşulu ise davanın sebebinin aynı olmasıdır. Dava sebebi, hukuki sebep olmayıp, davacının davasını dayandırdığı vakıalardır. Öyle ise, her iki davanın da dayandığı maddi vakıalar aynı ise, diğer iki koşulun da bulunması halinde kesin hükmün bulunduğundan söz edilebilir. Somut olayın bu açıdan incelenmesinde, ilk davada davacı, davalı bankaya off-shore talimatı vermediğini, aksine davalı banka ile mevduat sözleşmesi yapmak istediği halde talimatı dışında off-shore hesabı açıldığını belirterek paranın iadesi talebi ile alacak talebinde bulunmuştur. Eldeki davada ise off-shore hesabı nedeniyle zarara uğradığı, bu zararın davalı bankanın taahhüt ve garantileri ile yönlendirilmesi sonucu açılan off-shore hesabından kaynaklandığı olgusuna dayalı olarak tazminat talep edilmiştir. Açıkça görüldüğü üzere iki dava açısından dayanan maddi olgularda farklılık bulunmakta olup iki dava arasında sebep birliği mevcut

olması gerekir<sup>198</sup>. Konumuz bakımından önem arz eden elbette ki, dava sebebi, yani vakıalar olup, kesin hükümde dava sebebinin, talep neticesini haklı kılmaya yönelik vakıalar olduğu belirtilmiştir.<sup>199</sup> Ancak, maddi anlamda kesin hükümde, dava sebebi sadece davaya getirilen bütün vakıalar olarak anlaşılması gerektiği de savunulmuş<sup>200</sup>, gerekçe olarak ise, kesin hükümde dava sebebi olan vakıaların, hâkim tarafından hukuki sebepler içerisinde altlamaya uğrayacağı vurgusu yapılmıştır. Buna karşın, hukuki altlamadan sonra aynı vakıalara dayanılarak, değişik hukuki sebepler tahtında<sup>201</sup>, ikinci bir davaya kesin hükmün engel olacağı da savunulmuş<sup>202</sup>, kesin hüküm için dava konusu ve tarafların aynı olması karşısında, belirleyici unsurun vakıa olduğu vurgulanmıştır<sup>203</sup>. Kanaatimizce, hukuki altlama görüşünü, HMK 33. maddesindeki hâkim hukuku re'sen uygular hükmüyle açıklamak gerekecektir. Zira hâkim önüne getirilen dava sebebini<sup>204</sup>, yani hayat olaylarını tüm hukuki sebepler

---

olmadığından; ilk davanın eldeki dava yönünden kesin hüküm teşkil ettiğinden söz edilemez.” (HGK, 03.03.2010,11- 75/121); (HGK, 05.07.2006, 19-505/504).

<sup>198</sup> Tanrıver, s.38.

<sup>199</sup> Gürdoğan, s. 79.

<sup>200</sup> Meriç, Kesin Hüküm, s.397. “Kesin hükümde dava sebebi (vakıalar), hakim tarafından hukuki sebep içinde altlamaya uğrar. Yargılamadaki altlama faaliyetinden sonra artık dava sebebi, dava açılırken getirilmiş olan dava sebebinin aynısı değildir. Çünkü hakim getirilmiş vakıalar üzerinde altlama faaliyetini yaparken çalışmış ve davacının iddia ettiği hakka sahip olup olmadığını ve eğer davacı getirdiği vakılardan dolayı bir hakka sahipse, hangi hukuki sebepten dolayı bu hakka sahip olduğunu tespit etmiştir.bundan dolayı da hükümde üzerinde çalışılan vakıalar hukuki sebep ile bir bütün oluşturur.

<sup>201</sup>“Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Anılan dava ile eldeki davanın konusu aynıdır. Nevarki, tarafları farklı olduğu gibi, ileri sürülen hukuki sebep yönünden, davanın doğmayan bir hakka dayalı olarak açıldığı anlaşılmaktadır. Öyle ise davalılar arasında sebep birliğinin varlığından söz edilemez. Bu durumda, red ile sonuçlanan önceki davanın elde dava bakımından HUMK'nun 237. maddesi anlamında kesin hüküm oluşturduğu söylenemez.” (1.HD 22.06.2006, 5914/7327).

<sup>202</sup> Gürdoğan, s.80.

<sup>203</sup> Gürdoğan, s.81.

<sup>204</sup> “Dava sebebi, hukuki sebep olmayıp, davacının davasını dayandırdığı vakılardır. Öyle ise, her iki davanın da dayandığı maddi vakıalar (olaylar) aynı ise, diğer iki koşulun da bulunması halinde kesin hükmün bulunduğundan söz edilebilir.” (HGK; 02.11.2011, 2-561/668).

işığında tetkik etmek zorundadır<sup>205</sup>. Bu hâkime verilen bir görevdir<sup>206</sup>. Taraftan hukuki sebebi bilmesi beklenemez. İşte hâkimin davaya getirilen vakıalara binaen yaptığı yargılama sonunda verdiği hüküm, maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğinden<sup>207</sup>, kesin hüküm müessesinde, davanın gerçek sebebi vakılardır<sup>208</sup>. Zira hükmün dayandırıldığı esas, tüm hukuki sebepler süzgecinden geçirilen hayat vakıalardır<sup>209</sup>. Kanaatimizce, kesin hükümde dava sebebinin, salt vakıa olmadığına ilişkin görüş, hukuki altlamadan<sup>210</sup> ziyade, hukuki sebeple birleşen vakıanın<sup>211</sup> ya da salt vakıaların<sup>212</sup> taraflarca açıkça ya da zımnen yargılamaya getirilmemesi ile alakalıdır<sup>213</sup>. Zira hakim getirilmeyen vakıaları re'sen nazara alamayacaktır<sup>214</sup>. Kaldı ki, hukuki altlama

<sup>205</sup> Üstündağ, s.27.

<sup>206</sup> Meriç, Tasarruf İlkesi, s.80 vd.

<sup>207</sup> Bir maddi vakıanın (dava sebebinin) birden fazla hukuksal nedene dayalı olarak ileri sürülmesi hali, doktrin ve uygulamada mütelahik dava olarak adlandırılmaktadır. Bu nitelikteki davalarda mahkemece, davaya uygulanması gereken yasa maddelerinden (hukuksal nedenlerden) sadece birine göre inceleme yapılarak davanın reddi halinde, ilk davada incelenmemiş olan kanun hükümlerine dayanarak yeni bir dava açılması mümkün olmayıp, açılmış ise kesin hüküm nedeniyle reddedilmelidir. Bu durumda davacının iş bu davanın mesnedi olan iki aylık kira bedeline ilişkin keşide edilen çeklerin karşılıksız çıkması olgusunun ilk davada verilen ve kesinleşen red kararının kapsamında kaldığı, mezkur red kararının yukarıda yapılan açıklamalar da gözetildiğinde, aynı maddi vakıaya dayalı olarak açılan iş bu dava bakımından kesin hüküm niteliğinde bulunduğu kabulü zorunludur.” (11.HD 25.12.2008, 12577/14418).

<sup>208</sup> Kuru, s. 235. “Zira, hakim, bu vakıalarla bağlı olduğu, bunlar dışındaki vakıaları kendiliğinden re'sen nazara alamadığı için, birinci davada yalnız o vakıalara inhisar etmek üzere inceleme yapmış ve yalnız o vakıalara dayanarak kararını vermiştir. Şu halde, kesin hüküm de sadece o vakıalar bakımından mevcuttur.”

<sup>209</sup> Üstündağ, s.33.

<sup>210</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.759.

<sup>211</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.759.

<sup>212</sup> Meriç, Tasarruf İlkesi, s.79.

<sup>213</sup> Postacıoğlu, s.514.

<sup>214</sup> Davacı tarafından açılan ilk dava olan Konya 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2000/987-2002/871 sayılı davada dayanılan maddi vakıa, paranın davalı uhdesinde olduğuna yönelik iken, işbu dava davalının çalışanlarının yönlendirmeleri sonucu paranın off-shore hesabına aktarıldığı iddiasına dayalı olarak açılmıştır. Kesin hükümden söz edilebilmesi için, tarafların ve müddeabihin aynı olmasının yanı sıra dava sebeplerinin de aynı olması gerekir, dava sebebinden maksadın ise hukuki sebepler değil, bilakis davanın dayanağı olan vakıalar olduğu yerleşmiş yargı kararları ve ağırlıklı doktrin görüşleriyle ortaya konulmuştur. Bu durumda, kesin hüküm bakımından davanın

görüşüne göre de hâkim, çekişmeyi öncelikle hukuki açıdan çözmek zorundadır<sup>215</sup>. Bu görüşe göre; hâkim önüne getirilen vakıaları, haksız fili, haksız zenginleşme hükümleri çerçevesinde tetkik etmeyip<sup>216</sup>, salt sözleşmeye aykırılık hukuki sebebi zemininde inceleyip karara bağlamış ise, burada kesin hüküm, sadece sözleşmeye aykırılık sorumluluğu ile sınırlıdır. Zira davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış, tetkik edilmiş olanlar hakkında kesin hüküm mevzu bahis olur<sup>217</sup>. Yani kesin hüküm otoritesinin bağlayıcılık güç ve vasfının, ancak ve ancak kesin hüküm mevzusu<sup>218</sup> ile kaim olarak sınırlılığı maddenin içeriğinde mündemiçtir<sup>219</sup>. Bu sebeple, maddi anlamda kesin hükümde, dava sebebi,

---

gerçek sebebi vakıalardır. Çünkü hakim, bu vakıalarla bağlı olduğu ve bunlar dışındaki vakıaları re'sen nazara alamadığı için (HUMK'nun 75,1 md.), birinci davada yalnız o vakıalar için inceleme yapmış ve yalnız o vakıalara dayanarak kararını vermiştir, şu halde kesin hüküm yalnızca o vakıalar bakımından oluşmuştur. Buna karşılık aynı taraflar arasında, aynı konuda açılan ikinci davanın dayandığı vakıalar, birinci davada ileri sürülen vakılardan farklı ise, birinci dava sonucunda alınan hüküm ikinci davada kesin hüküm teşkil etmez ve ikinci dava mesmudur; çünkü iki dava arasında sebep birliği mevcut değildir. (11. HD. 2007/5750-2009/473K. bu doğrultudadır.) Somut olayda, ilk açılan davanın dayandığı maddi vakıa ile işbu temyize konu davanın dayanağı maddi vakia arasında bir ayniyet bulunmadığından, mahkemece, işin esasına girilerek karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.” (11.HD 20.10.2009, 2008/396, 2009/10698).

<sup>215</sup> Meriç, Kesin Hüküm, s. 413.

<sup>216</sup> Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 79.

<sup>217</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.765. “Aynı maddi vakıalar, farklı hukuki sebeplerle olsa da aynı hukuki sonuca götürüyorsa ciddi bir sorun ortaya çıkmaz. Ancak aynı maddi vakılardan hareketle, ancak farklı hukuki sebeplere dayanarak farklı sonuçlara da ulaşılabilir.”

<sup>218</sup> Gürdoğan, s.38. ; Meriç, Kesin Hüküm, s.392.

<sup>219</sup> “Bir mahkeme kararının gerekçesi, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyar; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterir. Tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta bir gerekçe bölümünün bulunması zorunludur. Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması

hükümün dayandırıldığı vakıalardır<sup>220</sup>. Hukuki altlama görüşünden hareket edersek; A, İzmir'deki işletmesinde ürettiği malların Ankara'ya teslimi için B firması ile taşıma sözleşmesi yapmıştır. B, C' ye ait kamyonla malları taşıırken aracın yolda trafik kazasına karışması üzerine A, uğradığı zarar için trafik kazası vakiasını, haksız fiil hukuki sebebine müsteniden B'ye karşı açtığı davada, mahkemece, salt haksız fiil hukuki sebebi çerçevesinde yapılan yargılamada; B'nin sorumlu olmadığına karar verilip, karar şekli anlamda kesinleşse, A'nın aynı vakia<sup>221</sup>, yani trafik kazasına dayanarak bu kez sözleşme hukuki sebebi tahtında zararının giderilmesi talep etmesi halinde, ilk davada verilen karar, bu davada

gerektiğini öngören Anayasa'nın 141/3 . maddesi ve ona koşut bir düzenleme içeren 6100 Sayılı HMK'nun 27 ve 297. maddeleri işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Öte yandan, bazen bir mahkeme kararının, başka bir dava yönünden kesin hüküm veya güçlü delil oluşturup oluşturamayacağı gibi konularda yapılacak hukuksal değerlendirmelerin sağlıklı olabilmesi de, o kararın yukarıda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle mümkündür (Hukuk Genel Kurulu'nun 18.10.2006 tarih ve 2006/11620 E. - 2006/659 K. sayılı kararı)." (12.HD 10.07.2012, 6365/24186).

<sup>220</sup> "Maddi anlamda kesin hüküm unsurları HUMK.'nun 237 nci maddesinde sayılmıştır. Buna göre, tarafları, konusu ve dava sebebi aynı olan bir davada verilen karar kesin hüküm haline geldiğinde artık aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı hukuki nedene dayalı olarak yeni bir dava açıldığında kesin hüküm itirazı ile karşılaşır ve esasa girilmeden dava şartı yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilir. Bir başka deyişle, kesin hükümden söz edilebilmesi için, tarafların ve müddeabihin aynı olmasının yanı sıra dava sebeplerinin de aynı olması gerekir, dava sebebinden maksadın ise hukuki sebepler değil, bilakis davanın dayanağı olan vakıalar olduğu yerleşmiş yargı kararları ve ağırlıklı doktrin görüşleriyle ortaya konulmuştur. Bu durumda, kesin hüküm bakımından davanın gerçek sebebi vakıalardır. Çünkü hakim, bu vakıalarla bağlı olduğu ve bunlar dışındaki vakıaları re'sen nazara alamadığı için (HUMK'nun 75,1 md.), birinci davada yalnız o vakıalar için inceleme yapmış ve yalnız o vakıalara dayanarak kararını vermiştir, şu halde kesin hüküm yalnızca o vakıalar bakımından oluşmuştur. Buna karşılık aynı taraflar arasında, aynı konuda açılan ikinci davanın dayandığı vakıalar, birinci davada ileri sürülen vakılardan farklı ise, birinci dava sonucunda alınan hüküm ikinci davada kesin hüküm teşkil etmez ve ikinci dava mesmudur; çünkü iki dava arasında sebep birliği mevcut değildir." (11.HD 17.11.2009, 2008/2387, 2009/11967); Kuru, s. 237. "İki davanın sebeplerinin aynı olup olmadığını tespit ederken, hukuki sebebin aynı olup olmadığı ile hiç meşgul olmaksızın, doğrudan doğruya iki davanın dayanağı olan vakıaların aynı olup olmadıklarının incelenmesi, bizi daha basit, çabuk ve aynı zamanda emin bir şekilde neticeye götürmektedir."; Gürdoğan, s. 95. "Kesin hüküm itirazı bakımından dava sebebi, talep neticelerinin müstenidi olan vakıalardır. Bu sebeple, vakıalar aynı ise, bunların hukuki tavsiflerinin farklı oluşuna bakılmayarak, dava sebeplerinin de aynı olduğunu kabul etmek lazımdır."

<sup>221</sup> Gürdoğan, s.80 vd.

maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Zira ilk davadaki dava sebebi, yukarıda savunulan hukuki altlama görüşü ekseninde, hukuki altlamadan dolayı haksız fiil sorumluluğu ile sınırlıdır. Hukuk yargılamasında hâkim taraflarca önüne getirilen hayat olaylarını her hukuki sebep tahtında incelemekle ödevlidir<sup>222</sup>. Hukuku uygulamak hâkimin asli işidir. Somut vakıya belirli bir hukuki sebebin uygulanması noktasında taraflar hâkimi sınırlayamaz<sup>223</sup>. Zira tarafların hukuki sebebi yanlış göstermesi yahut hiç belirtmemesi tarafların getirdiği somut vakıya uygun ve doğru hükmü uygulamasından hakimi alıkoyamayacaktır<sup>224</sup>. Kesin hükümde dava sebebi noktasında belirleyici unsur vakıyalardır<sup>225</sup>. Kaldı ki, yukarıdaki örnekte, taraflar sözleşme vakıasını (hukuki muamele) davaya getirmedikleri için<sup>226</sup> hâkim, sözleşme ilişkisine muttali olamadığından<sup>227</sup>, somut uyuşmazlığı re'sen sözleşme, yani borca aykırılık hukuki sebebi tahtında tetkik etmesi de mümkün olmayacaktır<sup>228</sup>. Benzer şekilde, hukuki altlama görüşüne göre, mülkiyetindeki taşınmaz içinde ya da yakınındaki araziden çıkan kaynak suyunu bent yaparak diğer sakinlerin kullanmasına engel olan A'ya karşı ihtiyaç sahipleri tarafından salt haksız fiil ya da mülkiyet hukuki sebepleri bağlamında ikame edilen davanın, hukuki himayeye mazhar görülmemesi, hukuki altlama görüşü zemininde, somut uyuşmazlığın, komşuluk yahut sular rejimi hukuki sebepleri zemininde incelenmesine engel olmayacaktır.

---

<sup>222</sup> Üstündağ, s.56.

<sup>223</sup> Yılmaz, Şerh, s.360.

<sup>224</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s. 759 vd. ; Üstündağ, s. 59a.

<sup>225</sup> Üstündağ, s.176. “Hukukumuz sisteminde durum gayet basittir. Davacı ikinci davasını, önceki davada ileri sürdüğü maddi vakıalara dayanarak aynı netice-i talep ile birlikte olarak, aynı davalıya karşı ileri sürecek olursa, bu davaya karşı davalının kesin hüküm defii mevcut bulunmaktadır. Aynı netice-i talebi, aynı hukuki sebebe dayansa bile, önceki dava vakıalarından farklı olan maddi vakıalara dayanarak inşa eden davacının davasına karşı ise mevzubahis defii kullanılamayacaktır.”

<sup>226</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.762.

<sup>227</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.764.

<sup>228</sup> Özekes, Hukuki Sebep, s.760.



### C. Dava Sebebi Kavramının Hukuki Menfaat İle İlişkisi

Her maddi vakıa hukukça değeri haiz değildir. Zira hukuk, her maddi vakıaya hukuki sonuç bağlamamıştır<sup>229</sup>. Yargılamanın amacı kendisinden hukuki himaye talep eden kişilerin sübjektif haklarına himaye sağlamaktır. İşte burada dava sebebi anlamındaki hayat olayının hukukça değeri haiz, hukuki değerlendirmeye elverişli olması gerekir<sup>230</sup>. Bu sebeple dava şartı olan hukuki menfaat noktasında, hakkın himayeye mazhar görülmesi<sup>231</sup>, söz konusu hakkın hukuki nitelikleri itibariyle hukuki sonuç doğurmaya elverişli maddi vakıaların tahakkukuna bağlıdır<sup>232</sup>. Çünkü iddianın vücut bulmasına sebep evvela maddi olaylardır. Hayat olayı olmadan ne hukuki sebep ne de netice-i talep varit olur<sup>233</sup>. Talebe konu hak, ancak bir vakıaya dayanılarak ileri sürülebilecektir. Hakkın davada ileri sürülebilme şartı, hayat olayına istinaden sübjektif hakkın hukuken himaye edilmesidir<sup>234</sup>. Bundan ötürü, vakıaların bu talebi haklı kılmaya elverişli ve hukukça değeri haiz olması gerekir<sup>235</sup>. Zira hukuki himayeye dair karar, adli hakikati temsil

<sup>229</sup> “Tespit davasının konusunu ancak bir hukuki ilişki oluşturabilir. Tespit hükmü, hak ve alacakların doğduğu hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığını tespit etmekte olup, miktarları hakkında bir şey içermez. Bu nedenle uygulamada, konusu, yalnızca maddi vakıa ya da vakıalar olan tespit davaların dinlenemeyeceği sonucuna varılmıştır. Kural olarak maddi vakıa ya da vakıalar ancak hukuki bir ilişki ile birlikte tespit davasına konu olabilirler.” (7.HD 06.03.2007, 691/761).

<sup>230</sup> Yılmaz, İslah, s.149.

<sup>231</sup> Yılmaz, Şerh, s. 766.

<sup>232</sup> Tuluay, s.115.

<sup>233</sup> Meriç, Tasarruf İlkesi, s.95 vd.

<sup>234</sup> Emel Hanağası, Davada Menfaat, Ankara 2009, s.140.

<sup>235</sup> “Hukuki yararın varlığı, dava koşulu niteliğinde olup; mahkemece, kendiliğinden göz önünde tutulur.

Dava, hakkın ihlali nedeniyle mahkemeden hukuki korunma istemidir. Dava hakkı da, hukuki yarar ile sınırlıdır. Davacı, ihlal edildiğini ileri sürdüğü hakkını elde edebilmek için mahkeme kararına muhtaç bulunmalıdır. Bu bağlamda, hukuki korunmada,(davada) zorunluluk olmalıdır. İdeal veya geleceğe dönük bir yarar yeterli değildir. Kural olarak, eda davalarında hukuki yararın varlığı asıldır ve ayrıca bu yönde bir ispat yükümlülüğü yoktur. Tespit davalarında ise; hukuki ilişkinin varlığının, ‘hemen’ tespit edilmesinde davacının korunmaya değer bir hukuki yararının bulunması gerekir. Bu da, üç şartın birlikte varlığına bağlıdır: 1-Davacının bir hakkı veya hukuki durumu, güncel (hâlihazır) bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; 2-Bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı; 3-

edeceğinden, adli hakikat vasfını haiz kesin hüküm otoritesine mündemiç hükümle birlikte bütünlük arz eden vakılardır<sup>236</sup>. İşte bu vakıaların ileri sürülerek mahkemeden hukuki korunma talep edilebilmesi, hukuki menfaatin varlığına bağlıdır. Keza bu vakıaların da bizzat taraflar tarafından mahkemeye getirilmesi gerekir. Bu tasarruf ve malzemenin

---

Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebri icraya yetki vermeyen (icraya konulamayan) tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır. Somut olayda; davacının hukuki durumunun güncel bir tehlike altında olmadığı, buna bağlı olarak hukuki durumu konusunda bir tereddüt bulunmadığı ve tespitinin de bu tehlikeyi ortadan kaldırmasının söz konusu olmadığı açıktır. Mahkemenin tespite ilişkin hükmünün, bu haliyle hiç bir hukuki değeri de yoktur. Mahkemece, dava koşulu niteliğindeki hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddi yerine; yazılı şekilde karar verilmiş bulunması doğru görülmüştür.” (4.HD 28.12.2007, 14075/16451).

<sup>236</sup> “Dava, davacının rızası hilafına vadeli hesap açmayı, gönderilen paranın davalı banka görevlilerince off-shore hesaba virman edilmesi ve sonrasında banka görevlilerince yapılan yönlendirme ve telkinlerle davacının yapılan işleme karşı koymasının geciktirildiği ve bu suretle doğan davacı alacağının davalının verdiği garantiler ve taahhütler sonucu oluştuğu iddiasına dayalı olarak açılmıştır. Mahkemece, kesin hüküm oluşturduğu kabul edilen Antalya Asliye Ticaret Mahkemesinin 2001/60 E,2001/118 K sayılı ilamı ise davacıya off-shore bankasına ait hesap cüzdanı gönderilmesi üzerine, davacının bu duruma derhal karşı çıkmayarak yapılan uygulamayı benimsediği, bu suretle paranın off-shore bankası nezdinde olduğunun kabulünün gerektiği gerekçesiyle verilmiştir. Yukarıda kısaca açıklanmaya çalışıldığı üzere, asıl davada dayanılan maddi vakia paranın davalı uhdesinde olduğuna yönelik iken işbu davada davalının yönlendirmeleri sonucu paranın off-shore hesabına aktarıldığı iddiasına dayalı olarak açılmıştır. Kesin hükümden söz edilebilmesi için, tarafların ve müddeabihin aynı olmasının yanı sıra dava sebeplerinin de aynı olması gerekir, dava sebebinden maksadın ise hukuki sebepler değil, bilakis davanın dayanağı olan vakıalar olduğu yerleşmiş yargı kararları ve ağırlıklı doktrin görüşleriyle ortaya konulmuştur. Bu durumda, kesin hüküm bakımından davanın gerçek sebebi vakılardır. Çünkü hakim, bu vakıalarla bağlı olduğu ve bunlar dışındaki vakıaları re’sen nazara alamadığı için (HUMK’nun 75,1 md.), birinci davada yalnız o vakıalar için inceleme yapmış ve yalnız o vakıalara dayanarak kararını vermiştir, şu halde kesin hüküm yalnızca o vakıalar bakımından oluşmuştur. Buna karşılık aynı taraflar arasında, aynı konuda açılan ikinci davanın dayandığı vakıalar, birinci davada ileri sürülen vakılardan farklı ise, birinci dava sonucunda alınan hüküm ikinci davada kesin hüküm teşkil etmez ve ikinci dava mesmudur; çünkü iki dava arasında sebep birliği mevcut değildir. Somut olayda, ilk açılan davanın dayandığı maddi vakia ile işbu temyize konu davanın dayanağı maddi vakia arasında bir aynıyet bulunmadığından, mahkemece, işin esasına girilerek hâsıl olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kesin hükmün varlığının kabulü ile davanın reddine karar verilmiş olması hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (11.HD 20.01.2009, 2007/5750, 2009/473).

tarafarla getirilmesi ilkelerinin de bir sonucudur. Bir mahkeme resen bir davayı başlatamaz, vakıaları yargılamaya getiremez. İşte burada, yani olaylar bütünü vakıalar ile hukuki menfaatin ilişkisi gündeme gelecektir. Zira hukuki korunma talebinde bulunan tarafların haklı sayılması, diğer bir ifadeyle, subjektif haklarının himayeye mazhar görülebilmesi, ancak, mahkemeye getirdiği vakıa ve delillerin doğru, eksiksiz, aldatıcı ve usuli hileden vareste olmasına bağlıdır<sup>237</sup>. Bu nedenle, dava sebebi vakıa ile hukuki menfaatin ilişkisi, ayrılmaz bir bütündür. Aslında bu husus, dürüstlük kuralının bir gereğidir<sup>238</sup>. Kaldı ki, hakkın kötüye kullanılması ile hukuki menfaat arasında sıkı bir ilişki vardır<sup>239</sup>. Örneğin aynı vakıaya dayanılarak, alacağın parçalara bölünerek birden fazla dava açılmasında, kötü niyet ve hukuki menfaat telahuk edebilecektir<sup>240</sup>. Benzer şekilde, dava sebebi, yani vakıalar anlamında, hukuki menfaat, belirli bir vakıaya dayanarak mahkemeden subjektif hak himaye gördükten sonra aynı vakıaya dayanarak hakkın ikinci kez mahkemeye tanıtılmak istenmesinde de kendini gösterir. Zira bu durum haksız zenginleşmeye de sebebiyet verecektir<sup>241</sup>. Bir kişinin, haksız fiil teşkil eden bir vakıaya

<sup>237</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.87.

<sup>238</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.62.

<sup>239</sup> Hanağası, s. 59.

<sup>240</sup> Hanağası, s.34.

<sup>241</sup> "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Dürüst Davranma Ve Doğru Söyleme Yükümlülüğü başlıklı 29. maddesinde "Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler." Dürüstlük Kuralına Aykırılık Sebebiyle Yargılama Giderlerinden Sorumluluk başlıklı 327. maddesinin 1. fıkrasında "Gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir." denilmiştir. 4721 Sayılı TMK'nun Hukukun Uygulanması Ve Kaynakları başlıklı 1. maddesinde "Kanun, sözüyle ve özüyle değındiğı bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hakim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.", Dürüst Davranma başlıklı 2. maddesinde "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.", Hakimın Takdir Yetkisi başlıklı 4.maddesinde "Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiğı konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.", Hukukun Uygulanması

başlıklı 33. maddesinde ise; "Hakim, Türk hukukunu resen uygular."denilmiştir. 2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36.maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilmiştir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 61. maddesini sadeleştiren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri başlıklı 77. maddesinde "Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur." denilmiştir. Somut olayda alacaklılar vekili tarafından borçlu İstanbul İl Özel İdaresi aleyhine Kartal 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2008/180 E., 2010/492 K. sayılı ilamına dayanılarak Üsküdar 5. İcra Müdürlüğü'nün 2011/23300 takip numaralı dosyasında vekalet ücreti, 2011/22945 takip numaralı dosyasında yargılama gideri, 2011/22944 takip numaralı dosyasında tazminat ve ecrimisil olmak üzere üç ayrı takip başlatıldığı ve her takip dosyasında yeni takip vekalet ücreti talep edilmiş olduğu görülmüştür. Mahkemece aynı ilamda hüküm altına alınan alacak kalemleri için tek ve aynı dosya ile ilamlı icra takibinde bulunulmasını zorunlu kılan türden yasal düzenlemenin mevcut olmadığı gerekçesine dayanılmıştır. Ancak yasalarda bir ilamla hüküm altına alınan haklarla ilgili olarak ayrı ayrı takip yapılabileceğine ilişkin hiç bir düzenleme de mevcut değildir. Bu durumda Türk Medeni Kanununun 1., 2., 4. ve 33. maddelerinin, Anayasanın 36.maddesinin, Borçlar Kanununun 61 ve yeni Türk Borçlar Kanununun 77. maddesinin, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 29. maddesinin gözönüne alınarak uyumsuzluğun çözüme kavuşturulması gerekir. Genel olarak icra hukukuna ilişkin itiraz ve şikâyetlerde Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin uygulanma kabiliyeti yoktur. Ancak yukarıda belirtilen diğer yasa maddeleri gözönüne alındığında bu tip olaylarla sınırlı kalmak üzere objektif iyi niyet kurallarının gözardı edilmemesi gerekir. Hakkın kötüye kullanılmasını; hukuken var olan bir hakkın sınırlarını aşarak ya da o hakkı gerekçe göstererek hukuka aykırı eylemler yapma durumu olarak veya bir hakkın, yasaların tanıdığı yetkilerin sınırları içinde olmakla birlikte, amacından saptırarak kullanılması olarak da açıklayabiliriz. Türk Medeni Kanununun 2. maddesine göre herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Yani bir hak sahibi hakkını kullanırken ve borçlu borcunu öderken objektif iyi niyet kurallarına uymak, dürüst davranmak, başkalarını zarara uğratmamak zorundadır. Hak sahibi başkasına zarar vermek amacını taşımaya bile hareketi açıkça iyi niyet kurallarına aykırı ise ve başkasını zarara uğratiyorsa veya hak sahibine sağladığı yarar ile başkasına verdiği zarar arasında aşırı dengesizlik varsa bu durumu hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirebiliriz. Anayasa başta olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hak sahibinin hakkını kullanırken objektif iyi niyet kuralları içinde hareket etmesini emretmiş aksi davranışın hukuk düzeni tarafından korunamayacağını belirtmiştir. Kötü niyetli olmasa da alacaklı tarafından yasadaki boşluktan yararlanılarak bir ilamdaki haklar için ayrı ayrı takip başlatılarak sebepsiz zenginleşmeye neden olacak şekilde fazladan avukatlık ücreti talep edilmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır ve hukuk düzeni tarafından korunamaz. Hakim yukarıda belirtilen yasa maddeleri gereğince yasadaki boşluğu objektif iyi niyet kuralları içinde doldurmak zorundadır. İlam bir bütün olmasına rağmen yasal ve geçerli bir neden

dayanarak isteminin haklı görülmesi üzerine, bu kez aynı sebep, yani vakıya dayanarak bu kez sözleşme hukuki sebebi tahtında dava ikame etmesi ihtimalinde, mahkeme menfaat yokluğundan dolayı davayı red edecektir. Yukarıda kesin hüküm başlığındaki örnekte, A'nın, trafik kazası sonrası zararının giderimi için haksız fiil hukuki sebebi altında talebinin mahkemece kabul edilmesi üzerine, bu kere aynı vakıya dayanarak B'ye karşı sözleşmeye, yani borca aykırılık sebebine dayanarak açtığı dava, menfaat yokluğundan red edilecektir. Benzer şekilde, bir davada iddia ve savunma olarak ileri sürülebilecek vakıaların, bağımsız bir davada ileri sürülmesinde de hukuki yarar eksikliği gündeme gelecektir<sup>242</sup>. Son olarak, söylenmesi gereken, tespit davalarında hukuki menfaat kavramıdır. Tespit davalarında menfaat, ulaşılmak ya da elde edilmek istenenden ziyade, dava sebebi, çekişmeli vakıaların bizatihi kendisidir<sup>243</sup>. Örneğin mülkiyetin tespiti davalarında hukuki menfaat, arzın üzerindeki muhdesatın davacının emek ve masrafıyla yapıldığı vakıasıdır.

#### **Dördüncü Bölüm**

#### **IV. Dava Sebebi Kavramının Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi Bağlamında İrdelenmesi**

#### **A. Dava Sebebi Kavramının Delillerin Değerlendirilmesindeki Rolü**

Delillerin değerlendirilmesinde; ispatın konusunu, tarafların ihtilaflı oldukları çekişmeli vakıalar oluşturur<sup>244</sup>. Taraflarca hazırlama ve tasarruf ilkesi gereğince, davanın açılmasında, yürütülmesinde, sonlandırılması, vakıa ve delillerin getirilmesinde, her tarafın kendi menfaati gereği

---

olmaksızın alacaklının üç ayrı takip başlatmak suretiyle yasalarda belirtilen dürüstlük kuralına uymadığı, borçlunun zarara uğramasına neden olduğu anlaşılmıştır. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler karşısında alacaklının bu davranışı hukuk düzeni tarafından korunamayacağı için mahkeme tarafından borçlunun şikâyetinin kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır.” (12.HD 10.09.2012, 18690/25539).

<sup>242</sup> Hanağası, s.275.

<sup>243</sup> Hanağası, s.304.

<sup>244</sup> Topuz, s.32.

davranacağı ve bilgiye yakınlığından<sup>245</sup> hareketle, gerçeğin bulunması<sup>246</sup> adına hâkim, pasif konumuna getirilmiştir. Ancak bu saik, tarafların tek taraflı ya da birlikte, vakia ve delillerin getirilmesinde mahkemeyi yanıltma, gerçeği gizleme<sup>247</sup> ve usuli hileye başvuramayacağı anlamına gelmemelidir. Zira delillerin değerlendirilmesi hakikati bulmaya hizmet edecektir<sup>248</sup>. İşte böylesi bir ihtimalde, hâkim, hukuk yargılamasında her ne kadar kanuni delil sistemi geçerli ise de, taraflarca önüne getirilen hayat olayının gerçekliği noktasında usul hilelerine karşı tamamen kayıtsız olmayıp<sup>249</sup>, mantık ve tecrübe kuralları ile kendisinin algı ve izlenimlerinden istifade ederek her somut durumda hayatın olağan akış kriterine de işlerlik kazandırabilecektir<sup>250</sup>. Zira tasarruf ve malzemenin taraflarca getirilmesi ilkeleri kapsamında dava haklarını kötü niyetli olarak üçüncü bir kişiye zarar verme gayri meşru menfaat temini ya da bir diğer davayı akamete uğratmak için kullanabileceklerdir<sup>251</sup>. Bu bağlamda taraflar yalan ve aldatıcı dava sebeplerini yani hayat olaylarını mahkeme önüne taşıyacaklardır. Bu ihtimalde, hâkim, getirilen gerçeğe aykırı dava sebebi, yani vakia ile bağlı ve kayıtlı olmaması gerekir<sup>252</sup>. Örneğin gerçekte boşanma niyet ve iradesi taşımamasına karşın, gerçek dışı hayat vakıası, mesela geçimsizliğe dayanarak kadın eşin babasından kalan emekli maaşını alabilmek için aldatıcı ve yanıltıcı bir sebeple dava ikame edilebilir yahut şufa davasını akamete uğratmak, yani hükümden düşürmek için davaya konu taşınmazın akitleri işbirliğine girip, aktin muvazaalı icrasından dolayı gerçek bir satış olmadığından bahisle usuli bir hileye başvurabilir. Diğer tarafta böyle bir maddi vakia ikrar ya da

---

<sup>245</sup> Tercan, İsticvap, s.317.

<sup>246</sup> Alangoya, Dava Temeli, s. 91.

<sup>247</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.196.

<sup>248</sup> Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.34. “Delilleri değerlendirmek ile hakikati aramak iç içedir.”

<sup>249</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.57.

<sup>250</sup>“Somut olayda, yaralanmanın niteliği ve buna bağlı sonuçları ile aile ilişkisi göz önünde tutulduğunda, yaralananın kardeşleri olan temyiz eden davacıların kişilik değerlerinde eksilme duygusunu yaşadıkları, tecrübe kuralları ile sabit olup; ayrıca bu bakımdan bir ispat yükümlülüğü altında dahi değillerdir” (4.HD 25.10.2011, 2010/9230, 2011/11071).

<sup>251</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.69.

<sup>252</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.197.

netice-i talebi kabul edebilirler. Bu örneklerde şayet hâkimin hakem konumunda, getirilen vakıalara kayıtsız kalacağı savunulursa, hem hakikate ulaşamayacak<sup>253</sup>, hem de medeni yargılama hukukunun amacının gerçekleşmesi için gerekli olan hukuki güven ve istikrar sağlanamayacaktır<sup>254</sup>. Her iki örnekte de hâkim içtimai hayattaki bir fert gibi kendi algı ve izlenimlerinden, ilk görünüş ispatından<sup>255</sup> faydalanıp hayatın olağan akışı ile mantık ve tecrübe kuralları<sup>256</sup> marifetiyle vakıaların gerçekliğini süzgeçten geçirebilecek<sup>257</sup> ve bu konudaki kanaati güçlü olacaktır<sup>258</sup>. Konuya örnek sadedinde; davalının yemin deliline maruz ve muhatap kalmamak için alacağın muvazaalı şekilde devredildiği itirazın iptali davasında, temellük eden davacının mahkeme huzurunda **“davalı Hasan kaynak’ın temlik eden Efendi Polat’tan aldığı traktörden dolayı 40.098,00 TL borcu kaldığına, hatta bu borcunu ödemeyeceğini bana da söylediğine, bu borcu sonradan benim de davalıdan tahsil etmediğine, Efendi Polat’ın bu alacağımı bana prosedür gereği devrettiğine, benim bu temlik nedeni ile Efendi Polat’tan herhangi bir alacağım olmadığına, Efendi Polat’ın bana temlik ettiği bu miktarı davalının bana ödemediğine Allah’ım ve namusum üzerine yemin ederim”** şeklindeki yeminli beyanına rağmen, gerek yerel mahkeme<sup>259</sup>, gerekse temyiz mahkemesi<sup>260</sup> davacının talebini

<sup>253</sup> Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.141.

<sup>254</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.198. ; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 68.

<sup>255</sup> İlk görünüş ispatı bir durumun kişi üzerinde oluşturduğu izlenimdir. Bireyin algılamasına bağlı sübjektif bir durumdur. Vakıaların ve delillerin takdirinde yararlanılacak bir ipucu verir. Başlı başına bir hususun ispatına kifayet etmez. Ancak, genel hayat tecrübeleri ve mantık kuralları o takdir ya da değerlendirmeyi tasdik ediyorsa, o vakit ilk görünüş ispatı karineye dönüşür. Bkz. Kamil Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.137; Topuz, s.136 vd.

<sup>256</sup> Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.117. ; Topuz, s.124.

<sup>257</sup> Gürdoğan, s.42.

<sup>258</sup> Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.66. ; Topuz, s.158.

<sup>259</sup> “Davalı tarafa borcun ödendiğine ilişkin bilgi ve belgeleri ibraz etmesi hususunda kesin süre verilmiş ise de davalı taraf yemin deliline dayandığını beyan etmiş ve davalı tarafın yemin metni hususunda temlik alan davacı mahkeme huzurunda yemini ifa etmiştir. Şu halde, Yargıtay bozma ilamında da açıklandığı üzere, davalı taraf davaya konu borcu ödediğine ilişkin yazılı belge sunmadığı gibi davalı yanca teklif edilen yemin davacı Mehmet Yılmaz tarafından ifa edilmiş olup, davanın kısmen kabulü ile davalı aleyhine

hukuki himayeye mazhar görmüştür. Kaldı ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 225. maddesine göre, yeminin konusunu ancak davanın çözümü cihetinden önem taşıyan, taraflar arasında çekişmeli olan kişiden sadır vakıalar olacağı göz önüne alındığında; yemin teklif olunan kişiden kaynaklanmayan ya da ondan sadır olmayan bir hususta yemin etmesi de hukuki sonuç doğurmayacaktır<sup>261</sup>. Keza davaya getirilen vakıaların doğru olmadığı aşikâr ise mahkeme bunlarla bağlı olmayacak<sup>262</sup>, ancak, süzgeç yani dakik ve nazikâne değerlendirme görevi, asla hâkimin özel bilgisini kullanma yasağı<sup>263</sup> kapsamında kullanılamayacaktır<sup>264</sup>. Yargıtay hâkime bu ilkeler ışığında maddi gerçeğin doğru olup olmadığını süzgeçten geçirmesine imkân tanımaktadır<sup>265</sup>. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri

---

icra inkâr tazminatına hükmolunarak aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” (K.Maraş 2.Asliye Hukuk Mahkemesi, 27.10.2011, 2010/368, 2011/818).

<sup>260</sup>“Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına.” (13.HD 24.04.2012, 9016/11124).

<sup>261</sup>Yılmaz Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 2012, s. 96. “Bir kimse, ancak kendisine ait bir vakta hakkında kesin bir beyanda bulunabilir ve o konuda yemin edebilir.”

<sup>262</sup>Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.121. ; Alangoya, İlkeler, s.124.

<sup>263</sup>Karlı, s.244. ; Alangoya, İlkeler, s.130. “Hakim resmi bilgisi dışında kalan özel bilgisini değerlendiremez. Hem şahit hem hakim olmak mümkün değildir.” ; aksi düşünce için bkz. Yıldırım, Delillerin değerlendirilmesi, s.250 vd. “Kanaatimizce, özel bilginin kullanılmamasının sebebi sürpriz karar verme yasağı olabilir. Genel olarak, hakimin delil türleri açısından serbest olduğu ve değerlendirmede özel bilgisini kullanabileceği söylenebilir. Özel bilginin kullanılmasından korkulmamalıdır. Hakimin kanaatine, hakikati bulmasına ve taraflar ile hakimin elbirliği ile hareket etmesi ilkesine önem veren diğer görüşü hakime özel bilgisini imkan ölçüsünde kullandırması beklenebilir.”

<sup>264</sup>Ahmet Cahit İyilikli, Delilerin Değerlendirilmesinde Hakimin Özel Bilgisini Kullanması, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2004,(2191-2206),s.2198 vd.

<sup>265</sup>“Mahkemece yapılan yargılama sonunda dava konusu senetteki imzanın davacının eli mahsulü olduğunun anlaşıldığı, davacı yanı senedin hile yolu ile alındığı iddiasında bulunduğu, davacının senedi tanzim tarihi itibarı ile 91 yaşında olup görme ve işitme zorluğu çektiği tüm ihtiyaçlarının çocukları tarafından karşılandığı, davalı Yavuz Çınar’ın davacının kiracısı olup, kira artırımını nedeniyle davacıya kira borcu olduğu, bu konumda olan birinin mal sahibi olan davacıya büyük miktarlarda borç para vermesinin hayatın olağan akışına aykırı bulunduğu, senedin alacaklı kısmına borç veren davalı isminin değil de, onun yakın arkadaşı olan diğer davalı Ali Gündoğan’ın adının yazılmasının kambiyo senetlerinin kullanım amacına uygun düşmediği davacının belli miktarda geliri ve taşınmazlarının bulunduğu davacı ile senet lehtarı davalı arasında



Kanununda taraflarca getirme ilkesi hâkim ise de, doğruyu söyleme (HMK m. 29) ödevi ve dürüstlük kuralı çerçevesinde taraflara gerçeği söyleme mecburiyeti getirmiştir. Hâkim mantık ve tecrübe kuralları ışığında doğruları denetleyebileceği<sup>266</sup> gibi dosyadan anlaşılan gerçeğe aykırı beyanlar ile bağı olmayacaktır<sup>267</sup>. Zira gerçeğe aykırı ya da yanıltıcı vakıaların mahkemeye getirilmesi, dürüstlük kuralının ihlali olacağından hâkim re'sen görevinden ötürü bunları dikkate almayacaktır<sup>268</sup>. Kaldı ki, yargılamanın amacı, hakikate ulaşarak<sup>269</sup>, hukuki güven ve barışı sağlamak olmalıdır<sup>270</sup>. Bu başlık altında, üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise kanuni karinelere. Bir kişi davada kanuni karineye dayanıyorsa, yani değil mi ki kendi lehine hak iddia etmekte o halde (HMK. m.190), karinenin temelini oluşturan vakıaları ispatlamak<sup>271</sup> zorundadır<sup>272</sup>. Karinenin temelini oluşturan vakıadan kasıt, dava sebebi olan hayat olaylarıdır.

## **B. Dava Sebebi Kavramının İkrar ve İsticvap Kurumundaki Rolü**

Dava dilekçesinde davacı, istinat ettiği maddi vakıaları, hasmı ile ihtilaf halinde olduğu noktaları belirtecektir. Zira üzerinde ihtilaf bulunmayan vakılarda ispat ve tahkikata lüzum yoktur<sup>273</sup>. Bu sebeple,

---

herhangi bir ticari ilişkinin mevcut olmadığı dava konusu senedin davacıya başka bir belge imzalatılması bahane edilerek imzalatıldığı, lehtar davalının kötü niyetli olarak davacı aleyhine takibe geçtiği gerekçesiyle davanın kabulü ile davacının davalılara borçlu olmadığı tespit ve davalı Ali Gündoğan aleyhine %40 tazminata karar verilmiş, hüküm davalılar vekilince temyiz edilmiştir, dosyada ki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalılar vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına”(19HD.01.06.2006,2005/10757,2006/5875).

<sup>266</sup> Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.117.

<sup>267</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.212.

<sup>268</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.27.

<sup>269</sup> Karşı, s.44.

<sup>270</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.57 vd.

<sup>271</sup> Topuz, s.157.

<sup>272</sup> Söz konusu hükme göre (HMK m. 190), kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıayı ispatla mükelleftir.

<sup>273</sup> Belgesay, s.11.

ikrar ve isticvap<sup>274</sup>, taraflarca ileri sürülen vakıaların gerçekliğinin tespitine hizmet ettiğinden<sup>275</sup>, konusu, ancak maddi vakıa, yani hayat olaylarıdır<sup>276</sup>. Usul hukukundaki ikrar müessesinin maddi hukuktaki görünümü Borçlar Kanunu 18. maddesindeki borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir, hükmüdür. Hukuk yargılamasında tasarruf ilkesi ve malzemenin taraflarca getirme ilkesinin bir sonucu olarak maddi hukukta da taraflara tam bir serbesti tanınmış<sup>277</sup> ve ikrarda manevi unsur aranmamıştır<sup>278</sup>. Bir diğer ifadeyle, ikrar, beyanda bulunan kişinin iradesine uygun olmasa, yani ikrarda bulunan kimse ikrar kasıt ve niyeti taşımasa bile salt bu beyan ile ikrara konu vakıa çekişmesiz hale gelecektir<sup>279</sup>. Bu hukuk yargılamasındaki taraflarca getirilme ilkesinin de bir sonucudur<sup>280</sup>. Keza burada hukuki sonuca yönelmiş irade değil, beyan iradesi esastır. Meğerki ikrara konu vakıa gerçeğe uygun olmadığı ispatlansın<sup>281</sup>. Taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli uygulandığı dava ve işlerde ikrar hâkimi bağlar<sup>282</sup>. İkrarın bir delil değil, çekişmeli olan vakıayı çekişmesiz hale getiren bir ispat aracı olduğu da savunulmuştur<sup>283</sup>. İkrarın konusunu hukuki sebep oluşturmaz. Kişinin kendi aleyhine olan maddi vakıalar, ikrarın konusunu oluşturur. Kişinin kendi lehine olan maddi vakıalarda sadece dinlenilmesi söz konusu olabileceğinden, kişinin kendi lehine olan maddi vakıalar ikrarın konusu olamaz. Belki mahkemece takdiri delil kabul edilebilir. İkrarın taraflarca getirme ilkesi gereğince hâkimi bağlaması<sup>284</sup>, hukuk yargılamasının, hakikate ulaşma amacı

---

<sup>274</sup> Tercan, İsticvap, s.278 vd.

<sup>275</sup> Tercan, İsticvap, s.100.

<sup>276</sup> Erdal Tercan, Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Geri Alınması, (Batider 1998, C.XIX, S.3, s.115-133), s.116.; Tercan, İsticvap, s.102. ; Karslı, s.473.

<sup>277</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.182.

<sup>278</sup> Adnan Deyneki, İkrarda Manevi Unsur, TBB Dergisi, (2006, S.64, s.321-336), s.330.

<sup>279</sup> Taylan Özgür Kiraz, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005, s.275.

<sup>280</sup> Kiraz, s.282.

<sup>281</sup> Tercan, İkrar, s.124.

<sup>282</sup> Hakim, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, taraflarca ileri sürülmemiş olan maddi vakıaları da re'sen gözetebilir, bütün delillere kendiliğinden müracaat eder, ikrar ve yemin hakimi bağlamaz ve isticvap hükümleri uygulanmaz.

<sup>283</sup> Tercan, İkrar, s.131.

<sup>284</sup> Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.230.

dikkate alındığında; ikrar konusunun aşikâr bir şekilde gerçeğe aykırı<sup>285</sup> olması halinde de, hâkimin bununla bağlı olduğunu kabul etmek, yargılamanın sadece şekilden ibaret olduğunun kabulü anlamına geleceği gibi, hukuki barış ve güveni de zedeleneyecektir. Bu nedenle, ikrar, gerçeği söyleme ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılırsa, hâkim, ikrarla bağlı olmamalıdır<sup>286</sup>. Zira hâkim usulüne uygun yapılan ikrarla bağlıdır. Kaldı ki, aksinin kabulü hukuk yargılamasının amacı, yani hakikate ulaşma gayesini akamete uğrayacaktır<sup>287</sup>. Gerçeğe aykırı ikrarla mahkemeyi bağlı saymak, üçüncü kişi ya da topluma zarar vermek anlamına geldiği gibi, toplumsal barışın bozulmasına da sebebiyet verecektir<sup>288</sup>.

İsticvap ise, kişinin kendi aleyhine olan bir vakıa hakkında hâkim tarafından sorguya çekilmesidir. Bu sebeple isticvabın konusu sadece isticvap edilecek kimsenin aleyhine olan vakıalardır. Yani kişi lehine olan vakıalar hakkında isticvap olunamaz, ancak iddia ve savunmalar dâhilinde dinlenebilir. İsticvabın amacı ikrarı sağlamaktır. Bu fonksiyonundan dolayı takdiri delil kabul edilebilir<sup>289</sup>. Her iki düzenlemede taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda işlerlik kazanır. Aleyhte sorguya çekilecek taraf isticvaba gelmez ya da gelip de, cevap vermezse isticvap davetiyesinde belirtilen hususları ikrar etmiş sayılır. Hâkim, isticvaba resen başvurabilir. İsticvap, taraf tarafından kötü niyetli ya da

<sup>285</sup> Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.34.

<sup>286</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.202.

<sup>287</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.124.

<sup>288</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.203.

<sup>289</sup>“Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre sahtelik iddiasına dayanan menfi tespit davasında verilen kararın kesin hüküm teşkil etmediği, davacı ve parayı davacıya ödeyen Hasan Aslan arasında alacakla ilgili başka davalar bulunduğu, Hasan Aslan’ın bu parayı davacıya vermesinin hayatın olağan akışına uygun düşmediği, ceza mahkemesindeki beyanlar ve isticvap üzerine alınan beyanların davacının davalıya borçlu olmadığını gösterdiği, bedelsizlik definin temlik alacaklısına karşı ileri sürülebileceği gerekçesiyle davacının dava konusu bonodan dolayı davalılara borçlu olmadığını tespitine karar verilmiş, hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalılar vekillerinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına” (19.HD 12.10.2006, 2014/9540).

gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı kullanılırsa, hâkim, isticvabın hukuki sonuçlarına engel olmalı<sup>290</sup>, hükmünde esas almamalıdır<sup>291</sup> yahut bu yola başvuramalıdır<sup>292</sup>.

### **V. Dava Sebebi Kavramının Yargılamanın Yenilenmesindeki Rolü**

Yargılamanın yenilenmesi kurumu Hukuk Muhakemeleri Kanunu 374 vd. maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; kesin olarak verilmiş ya da kesinleşmiş kararlara<sup>293</sup> karşı yargılamanın iadesine başvurulabileceği ön şart olarak getirilmiştir<sup>294</sup>. Kesin olarak verilmiş kararlar, kararın niteliği gereği üst yargı yolu kapalı olan, bu sebeple, ilk derece mahkemesinin bu anlamda verdiği kararlar; kesinleşmiş olanlar ise; üst kanun yolları tüketilerek şekli<sup>295</sup> anlamda<sup>296</sup> kanun yolu bulunmayan kararları kastetmiş ise de, yargılamanın yenilenmesi bakımından ön şart sayılan hükmün maddi anlamda kesin hüküm<sup>297</sup> teşkil etmesidir<sup>298</sup>. Hukuk

<sup>290</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.124.

<sup>291</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.204.

<sup>292</sup> İşte vakıaların açıkça gerçek dışı oldukları anlaşılıyorsa bu ikrar faraziyesinin yürümeyeceği, yani vakıaların ispat külfetini taşıyan tarafça ispatı lüzumunun ortadan kalkmadığını kabul etmek lazımdır. Zaten hakimin belki de bu durumlarda ne resen ne de talep üzerine isticvaba da başvurması söz konusu olmamalıdır.

<sup>293</sup> “Kesin hüküm, şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılır. Şekli anlamda kesin hüküm, sözü edilen karara karşı artık bütün olağan yasa yollarının kapandığı anlamına gelir. Bazı son kararlar verildikleri anda kesindirler. Bir hüküm bir kere şekli anlamda kesinleşirse, artık bu hükme karşı, olağan yasa yollarına başvurulamaz. Bir kararın maddi anlamda kesinleşmesi için öncelikle şekli anlamda kesinleşmesi gerekir.” (HGK, 28.03.2012, 2- 890/239).

<sup>294</sup> Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilemesi, Ankara 1977, s. 120; “HUMK’nun 445 ve devamı maddesinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurma hakkı, kati olarak verilen veya kesinlik kazanmış kararların taraflarına aittir.” (14.HD 21.12.2010, 11837/14489).

<sup>295</sup> Gürdoğan, s. 35.

<sup>296</sup> Yılmaz, Şerh, s. 1563.

<sup>297</sup> “Bu davanın yasal dayanağı “İadei Muhakeme” başlığı altında düzenlenen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)’un 445 ilâ 453 maddeleri oluşturmaktadır. Anılan Kanunun 445.maddesinde: “Katiyen verilen veya katiyet iktisap etmiş olan kararlar hakkında aşağıdaki sebeplere binaen iade-i muhakeme talep olunabilir” denildikten sonra; onbir (11) madde halinde bu sebepler sıralanmıştır. Birinci fıkranın (2) bendinde: “Hükme esas itihaz olunan senedin sahteliğine karar verilmiş veyahut senedin sahte olduğu mahkeme veya bir mevkiî resmide ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki karar hükümden evvel itihaz olunup iade-i muhakeme talebin de bulunan kimsenin, hüküm zamanında bundan haberi bulunmamış olması”; Maddenin

Muhakemeleri Kanunu 375. maddesinde tahdidi olarak yargılamanın iadesi sebepleri sayılmıştır. Dava sebebi bakımından bizi ilgilendiren sebep, (1) fıkrasındaki; “bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada öncesine aykırı bir hüküm verilmesi<sup>299</sup> ve bu hükmün de kesinleşmiş olmasına” ilişkin düzenlemedir<sup>300</sup>. Ancak tarafları, konusu ve dava sebebi

ikinci fıkrasında da; “Birinci fıkranın 4, 5 ve 6 ncı bentlerindeki hallerde yargılamanın iadesinin istenebilmesi, bu sebeplerin kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyet kararı ile belirlenmiş olması şartına bağlıdır. Delil yokluğundan başka bir sebeple ceza kovuşturmasına başlanamamış veya karar verilememiş ise, ceza mahkemesi kararı aranmaz. Bu takdirde yargılamanın iadesi sebeplerinin varlığının, yargılamanın iadesi davasında öncelikle ispat edilmesi gerekir.” Hükmüne yer verilmiş; Atıf yapılan 1.fıkranın; (4).bendinde: “Şahadeti hükme esas itihaz olunan şahidin hükümden sonra yalan şahadetle mahkum edilmiş olması”; (5).bendinde: “Ehlihibrenin kasten hilafı hakikat ihbaratta bulunduğu hükmen tahakkuk etmesi”; (6).bendinde – “Mahkûmunlehin yalan yere yemin ettiği ikrarı veya beyine-i tahririye ile sabit olmuş olması”, halleri sıralanmıştır. Yine aynı Kanununun 448. maddesinde de; “İade-i muhakeme talebini mutazammın arzuhal, hükmü veren mahkemeye verilir ve orada tetkik olunur. 445 inci maddenin onuncu numarasında yazılan sebepten dolayı iade-i muhakeme talebini havi arzuhal ikinci hükmü ita eden mahkemeye verilir.” Düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükümler ortaya koymaktadır ki, kesin verilen veya kesinleşmiş olan kararlar hakkında sayılan sebeplerle yargılamanın yenilenmesi istenebilir. Önemle vurgulanmalıdır ki, ilke olarak, kesin hükme bağlanmış bir davaya yeniden bakılamaz. Bunun en önemli istisnası yargılamanın yenilenmesi yoludur. Yargılamanın yenilenmesi, bazı ağır yargılama hatalarında ve yanlışlıklarından dolayı, maddi anlamda kesinleşen hükmün ortadan kaldırılmasını ve daha önce kesin hükme bağlanan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan olağanüstü bir kanun yoludur. Yargılamanın yenilenmesi, sadece kesinleşmiş olan esasa ilişkin son kararlara karşı başvurulabilecek bir kanun yoludur. Maddi anlamda kesin hüküm gücü bulunmayan kararlara karşı (örneğin çekişmesiz yargıda verilen son kararlar) yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamaz. Yargılamanın yenilenmesi davasının konusunu ise, yargılamanın yenilenmesi istenen dava teşkil eder.” (HGK, 15.06.2011, 20-226/412).

<sup>298</sup>Meriç, Kesin Hüküm, s. 399. ; Yılmaz, Şerh, s.1561; Kuru, s. 243; Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.118.

<sup>299</sup>Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.120.

<sup>300</sup>Dava, yargılamanın yenilenmesi isteğine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davacı şirketin kayden maliki olduğu 596 parsel sayılı taşınmazın kıyı kenar çizgisi içerisinde bulunduğu iddiasıyla Hazine tarafından açılan dava sonucu iddianın kabulü ile Seferihisar Asliye Hukuk Mahkemesinin 23.12.1997 tarih 224-322 karar sayılı ilamıyla kıyı kenar çizgisi içerisinde kalan bölüm bakımından iptal ve terkin kararı verildiği, söz konusu kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. Ancak kesinleşmiş hükme konu olan taşınmazın sicil kaydının Seferihisar Asliye Hukuk Mahkemesinin 15.02.1965

aynı olmakla beraber, her iki kararda kesinleşmemiş ya da birisi kesinleşmiş ise, bu durum yargılamanın yenilenmesi başvurusu için engel durum olacaktır<sup>301</sup>. Keza, her üç unsur aynı olmasına karşın, her iki hüküm birbirine aykırı değil veya yargı yolları farklı<sup>302</sup> yahut hüküm

tarih 1964/47 esas, 1965/10 karar sayılı tescil ilamıyla olduğu anılan hükümde davanın tarafı Hazine ile yargılamanın yenilenmesini isteyen halefinin taraf bulunduğu görülmektedir. Bu durumda, çekişmeli taşınmaz yönünden birbirine aykırı iki kesin hüküm olduğu açıktır. Öyle ise davada HUMK'nin 445. maddesinin 10. bendinin uygulama yeri bulunacağı düşünülmelidir. Hal böyle olunca, davacının yargılamanın yenilenmesi isteğinin dinlenebilir olduğunun kabul edilmesi işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir. Davacının temyiz itirazı yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK'nin 428. maddesi gereğince bozulmasına.” (1.HD 12.07.2006, 6698/8187).

<sup>301</sup> Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 120; Karşlı, s. 666.

<sup>302</sup>“Dava HUMK'nun 445/10. maddesi hükmüne dayanan yargılamanın yenilenmesi isteğine ilişkindir. Bilindiği gibi olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi nedenleri HUMK'nun 445. maddesinde sınırlı bir biçimde açıklanmış bulunmaktadır. Sözü geçen maddenin bu dava ile ilgili 10. bendindeki düzenleme ile tarafları, sebebi ve konusu aynı olan bir dava hakkında verilen hükme aykırı yeni bir hüküm verilmesine yasal sebep bulunmadığı halde, aynı veya başka bir mahkeme tarafından önceki hükme aykırı ikinci bir hüküm verilmiş ve her iki hükmün kesinleşmiş olması yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır. Demek oluyor ki, tarafları sebebi ve konusu aynı olan bir dava hakkında birbirine aykırı kesinleşmiş iki hüküm bulunması halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir. Bu açıklamaların ışığı altında somut olay incelendiğinde ilk önce hazine ile aide-i muhakeme isteyenler arasında kıyı kenar çizgisinin de tartışıldığı kadastro davasının cereyan etmiş olduğu ve anılan davada 1977 tarihinde onaylı kıyı kenar çizgisi esas alınmak suretiyle taşınmazın tespit dışı bırakılmasına karar verilmiş olduğu görülmektedir. Kadastro davası, dava konusu taşınmazın tespit günü itibarıyla mülkiyet durumunun tespitine ilişkindir. Taşınmazın tamamının tespit dışı bırakılmasına esas olan kıyı kenar çizgisi, bilahare Samsun İdare mahkemesi kararıyla iptal edilmiş ve iptal kararı üzerine idarece yeniden belirlenen kıyı kenar çizgisi 12.08.2004 tarihinde onaylanmıştır. Davacı ve dava dışı kişiler Samsun 1. idare Mahkemesinde 2007/1497, 1498,1499 ve 1500 esas sayılı dosyalar da idarece belirlenen kıyı kenar çizgisinin iptali istemiyle de dava açtığı, dosyaya yansıyan bilgi ve belgelere göre bu davaların reddedildiği ancak temyiz yoluna başvurulduğundan kesinleşmediği anlaşılmaktadır. Samsun İdare Mahkemesinin 1999/955-2000/440 E.K. sayılı iptal kararı taşınmazın tesciline ilişkin olmayıp, kadastro mahkemesi kararına esas alınan kıyı kenar çizgisinin iptaline ilişkindir. Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında olayda HUMK'nun 445/10. maddesi koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez. Öncelikle anılan hükmün uygulanabilmesi için her iki hükmün de adliye mahkemesinden verilmiş olması gerekirken birbiriyle çeliştiği iddia olunan hükümlerden birinin kadastro mahkemesi, diğerinin ise idare mahkemesi tarafından verilmiş olması nedeniyle yargılamanın iadesi yoluna başvurulması mümkün olmadığı gibi, somut olayda taşınmazın tesciline ilişkin verilen hüküm ile idare mahkemesince kıyı kenar

maddi anlamda kesin hüküm oluşturmuyorsa<sup>303</sup> yargılamanın yenilenmesi sebebi varit olmayacaktır. 6100 sayılı HMK’da derdestliğin dava şartı olarak düzenlenmesinden sonra bu sebebe ilişkin yargılamanın yenilenmesi taleplerinde bir azalma meydana geleceği ihtimal dâhilindedir. Her iki davanın aynı olması için derdestlik ve kesin hükümde bahsettiğimiz üzere üç unsurdan aynıyetlik aranacaktır. İncelememiz açısından dava sebebi noktasında yargılamanın yenilenmesinde de aranılacak olan da maddi vakıalardır<sup>304</sup>. Yargılamanın yenilenmesinde bahsedilen kesin karardan kasıt, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden karardır<sup>305</sup>. Bu düzenleme, mülga 1086 sayılı HUMK döneminde (m.445/10), aynı kanunda düzenlenmiş kesin hüküm (m.237) maddesiyle birlikte değerlendiriliyordu<sup>306</sup>. 6100 sayılı HMK döneminde de yargılamanın yenilenmesi, bu kanundaki kesin hüküm (m.303) ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>307</sup>. Çünkü maddi anlamda kesin

---

çizgisinin iptaline ilişkin verilen hükmün konuları da farklı olduğundan 445/10. maddesi hükmünün uygulanması mümkün bulunmamaktadır.” (7.HD 28.03.2012, 2011/4294, 2012/2246).

<sup>303</sup>“Mahkemece tarafları, konusu ve dava sebebi aynı olan iki mahkeme hükmü bulunsa da söz konusu kesin hükümlerden birinin maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen icra tetkik mercii kararı olması itibarıyla davacının yargılamanın yenilenmesine ilişkin talebinin yerinde olmadığı ve ikinci hüküm veren Mahmudiye Asliye Hukuk Mahkemesinin ilk hükmü veren Mahmudiye İcra Tetkik Mercii’nin kararından haberdar olduğu, ayrıca HUMK’nun 445/10 maddesi gereğince ikinci hükmün iptalini talep edebileceği, davacının ise bu hükmeye yönelik herhangi bir talebinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerekçeleri sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına.” (19.HD 17.03.2006, 723/2730).

<sup>304</sup> Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.118.

<sup>305</sup> Maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen çekişmesiz yargı kararları ile icra mahkemesinin ihalenin feshi, istihkak ve İİK 89/4. maddesine dayalı olarak açılan tazminat ya da ceza ve tazminat davaları dışındaki kararları yargılamanın yenilenmesine konu olmayacaktır.

<sup>306</sup> Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.118.

<sup>307</sup>“Yargılamanın iadesi, bazı ağır yargılama hatalarından ve noksanlarından dolayı, maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesini ve daha önce kesin hükmeye bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan fevkalade bir kanun yoludur. Yargılamanın iadesi sebepleri HUMK. nun 445. (HMK. 375) maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. HUMK. 445/10. maddesine göre tarafları, dava sebebi ve

hüküm, her iki davanın dava sebebi, yani vakıalarının aynı hukuki sebep temelinde dayandırılarak çözülmüş olmasını gerektirmektedir. Bir diğer ifade ile yargılamanın yenilenmesine başvurabilmek için her iki davanın tarafları, konusu ve dava sebebinin aynı olması kimi ihtimallerde yetmeyecek, maddi anlamda kesin hükümde, dava sebebinin aynı olması için, vakıaların aynı hukuki sebep ışığında tetkik edilerek hükme bağlanması da zorunlu olacaktır. Aksi halde iki aynı davada, birbirine aykırı kesinleşmiş karar şartı ortaya çıkmayacaktır. Zira hükmün dayandırıldığı vakıalar hukuki sebeple bir bütün oluşturmakta<sup>308</sup>, tabiri

---

konusu (müddeabihi) aynı olan bir dava hakkında verilen hükme aykırı yeni bir hüküm verilmesine sebep olabilecek bir madde (kanuni dayanak) yokken, aynı mahkeme veya başka bir mahkeme tarafından önceki (birinci) hükme aykırı ikinci bir hüküm verilmiş bulunması, yargılamanın iadesi sebebidir. Benzer bir düzenleme olan HMK. nun 375/1 maddesi de, "Aşağıdaki sebeplere dayanılarak yargılamanın iadesi talep edilebilir: Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncekine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması." düzenlemesini içermektedir. Ancak, tarafları, dava sebebi ve konusu aynı olan bir dava hakkında birbirine aykırı kesinleşmiş iki hüküm bulunması halinde, birinci hüküm lehine olan taraf HUMK. nun 237. maddesinde (HMK. m. 303) açıklanan kesin hükmün sonuçlarından istifade etmektedir. Kesin hüküm nedeniyle önceki günlük kesinleşmiş karar HUMK. nun 237. maddesi hükmünce tarafları bağlar. Bu nedenle yargılamanın iadesi talebi üzerine, ikinci hükmün iptaline karar verilir (HMUK. 450/II, HMK. 380). Bundan dolayı, sadece ikinci hükmün iptali için yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir." (10.HD 26.12.2011, 2010/7388, 2011/19631).

<sup>308</sup>"Bir mahkeme kararının gerekçesi, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyar; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterir. Tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için, ortada, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş; hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün bulunması, zorunludur. Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiğini öngören Anayasa'nın 141/3.maddesi ve ona koşut bir düzenleme içeren 6100 Sayılı HMK'nun 27 ve 297. maddeleri işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Öte yandan, bazen bir mahkeme kararının, başka bir dava yönünden kesin hüküm veya güçlü delil oluşturup oluşturamayacağı gibi konularda yapılacak hukuksal değerlendirmelerin sağlıklı olabilmesi de, o kararın yukarıda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle mümkündür(Hukuk Genel Kurulu'nun 18.10.2006 tarih ve 2006/11-620 esas, 2006/659 karar sayılı kararı). Bu açıklamaların ışığında somut olaya bakıldığında; mahkemece verilen kararın, mükerrer takibe ilişkin şikayet yönünden yukarıda açıklanan nitelikte bir yasal gerekçeyi içermediği ve Yargıtay denetimine



caizse mütemmim cüz teşkil etmektedir<sup>309</sup>. Bu durum, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 376. maddesinde, üçüncü kişilere, hükmü iptal hakkı veren yargılamanın yenilenmesi kurumunu karşımıza çıkarmaktadır. Kural olarak, maddi anlamda kesinlik esas itibariyle yalnız hüküm fıkrası içindir<sup>310</sup>. Bundan mütevellit, kanuni hakikat vasfı salt hüküm fıkrasına yöneliktir. Buna karşın, gerekçe bu hakikatten tamamen vareste tutulmuş değildir<sup>311</sup>. Gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı hareket edilerek, mahkemeye getirilen vakıalar, yargılama sonunda verilen karar şekli ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğinden, mahkemenin hükmü gerçeğe aykırı, bilinçli yalan ya da eksik vakıalara dayandığında, bu gerekçeler, hükmün bir parçası haline gelebilecektir<sup>312</sup>. Böylesi bir durum, daha çok üçüncü bir kişiye zarar vermek, ya da kendisine haksız bir menfaat sağlamak için başvuru bir usul hilesidir. Gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranarak, vakıalar gizlenmiş, yanlış beyan, vakıa ve delil uydurma yahut usul hilesi<sup>313</sup> marifetiyle taraflar kendi lehine hüküm verilmesini sağlamış ve maddi anlamda kesinleşerek hükmün mütemmim cüzü haline gelmiş dava sebebi söz konusu vakıalar<sup>314</sup>, yani hükmün dayandırıldığı gerekçeler hakikate dayanmadığından, bundan zarar gören üçüncü kişiler, yargılamanın yenilenmesi yoluyla (HMK m.

---

elverişli olmadığı çok açıktır. O halde, borçlunun mükerrer takip şikâyetine ilişkin olarak işin esasına yönelik herhangi bir inceleme yapılmaksızın, salt bu nedenle mahkeme kararının bozulması gerekir.” (12.HD 04.05.2012, 2011/31147, 2012/15305).

<sup>309</sup>“Hükmün gerekçe bölümünde: iddia ve savunmaların özeti, çekişmeli ve çekişmesiz noktalar ile ret ve üstün tutulma nedenleri, sabit görülen olgulardan çıkarılan sonuçlar ile hukuki nedenin gösterilmesi gerekir. (HUMK.m.388/b.3). Bu bakımdan gerekçe, mahkemenin benimsediği olgular ile hüküm bölümü arasındaki yasal bağ niteliğindedir. Kural olarak, gerekçenin kesin hüküm anlamında değeri bulunmamaktadır. Ancak, hükme sıkı sıkıya bağlı gerekçe; olgu belirlemesi bakımından kesin hüküm oluşturur.” (4.HD 29.05.2007, 381/7238).

<sup>310</sup> Gürdoğan, s.40.

<sup>311</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.209.

<sup>312</sup> Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.209. “Gerçeği söyleme yükümlülüğü, ihlal edilerek asıl davada ileri sürülen hususlar, o davada mahkemenin vereceği, karar için gerekçe oluşturmuş ve mahkeme hükmünü bu hususlara dayalı olarak vermiş ve böylece gerçeğe aykırı olarak ileri sürülen hususlar hükmün bir parçası haline gelmiş olabilir.”

<sup>313</sup> Alangoya, İlkeler, s.123.

<sup>314</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.126.

376) kesin hükmün iptalini talep edebilecektir<sup>315</sup>. Keza bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 374. maddesinin (h) fıkrasındaki; "lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması" hali için de geçerlidir<sup>316</sup>. Bu ihtimalde de davanın diğer tarafı, yargılanmanın yenilenmesine başvurabilecektir<sup>317</sup>. Zira bu fıkra ile 376. maddedeki yargılamanın yenilenmesi için ön görülen şart ortaktır<sup>318</sup>. Bir diğer ifadeyle, kanunda geçen, karara tesir eden hileli bir davranış<sup>319</sup>, ibaresini geniş anlamak, bu bağlamda, lehine karar verilen tarafından dürüstlük kuralına aykırı olarak, vakıaların gizlenmesi, yanlış beyanlarda bulunmak yahut gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı olarak aldatıcı ve yanıltıcı beyan ve deliller ikame etmek de hilenin içinde değerlendirilip, yargılamanın yenilenmesine konu olabilecektir<sup>320</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 376. maddesi, bu hakkı davanın tarafı olmayan üçüncü kişilere de tanırken, 374. maddenin (h) fıkrası bunun hile sebebiyle dava aleyhine sonuçlanan tarafa bahşetmiştir. Uygulamada, salt eşinin babasından

<sup>315</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.115.

<sup>316</sup> Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.104.

<sup>317</sup> Alangoya, İlkeler, s.123; Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.104; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.125; Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.206.

<sup>318</sup> "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 376. maddesinde davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenlerin, borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak, kendilerine karşı hile yapmaları nedeniyle hükmün iptalini isteyebilirler, şeklinde benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kısaca kesinleşen mahkeme kararı aleyhine olan tarafın dışındaki, davanın taraflarından birisinin alacaklılara veya aleyhine hüküm verilenlerin yerine geçen külli ve cüzi haleflerin yargılamanın yenilenmesini isteyebilmeleri, yerlerine ettikleri kişilerin aralarında anlaşarak kendilerine karşı hile yapmaları şartına bağlanmıştır. Mahkemece, yargılamanın yenilenmesi yoluyla kaldırılması istenen kesinleşmiş mahkeme kararlarında, yargılamanın yenilenmesini isteyen A.Ç.'nin taraf olmadığı, A.Ç. tarafından satım vaadi sözleşmesi ile taşınmazların kendisine satıldığı iddia edilerek yargılamanın yenilenmesinin istendiği, kesinleşmiş mahkeme kararının taraflarından kaynaklanan bir hilenin bulunduğu, yargılamanın yenilenmesini isteyen A.Ç. tarafından ileri sürülmediği gibi, dosyada böyle bir hileye delalet edecek delile de rastlanmadığı, bu nedenle, A.Ç.'nin yargılamanın yenilenmesini isteyebilmesi için gerekli şartların oluşmadığı, yargılamanın yenilenmesini isteyemeyeceği gözetilerek istemin reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığına göre" (20.HD 07.06.2012, 2011/11268, 2012/8711).

<sup>319</sup> Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.106.

<sup>320</sup> Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.125.

kalan emekli maaşını alabilmek için gerçeğe aykırı iddia ve savunma ile temin edilen anlaşmalı boşanma ilamının, SGK; alacaklısından mal kaçırmak için haksız ve sözde borçlanma ya da eşler arasındaki mal rejimi tasfiyesinde, muvazaalı anlaşma protokolüne binaen, mal varlığını diğer eş adına tescil eden ilamların, alacaklılar tarafından üçüncü kişi sıfatıyla yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurularak iptali mümkün olabilmelidir<sup>321</sup>.

### **VI. Borçlar Kanunu'nun 60. Maddesinde Düzenlenen Sebeplerin Yarışması Düzenlemesinin Dava Sebebi Kavramı Bağlamında İrdelenmesi**

Borçlar Kanunu 60. maddesi sorumluluk sebeplerinin çokluğu üst başlığı altında sebeplerin yarışması, yani hakların telahukunu düzenlemiştir. Düzenlemeye göre, bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir. Kısaca, bir maddi vakıya birden fazla hukuki sebep zemininde ileri sürülebilirse, burada hakların yarışması söz konusu olur<sup>322</sup>. Her ikisi de aynı neticeyi husule getirmeye yönelik (matuf) ve mahsus olduğu takdirde iki hak yarışmış olur. Özellikle aynı muhtevaya haiz olan taleplerde alacaklı aynı edayı iki

<sup>321</sup>“Davalı alacaklının takip konusu alacağı boşanma davasında protokolde bağlanan tazminata dayanmaktadır. Dayalı ilama bağlanmış alacağın muvazaalı olduğunu ileri sürerek sıra cetveline itiraz etmiştir. Bir hükmün iptalini taraf olmayan üçüncü kişi HUMK'nun 446. maddesine göre alacaklı ve borçlunun anlaşarak hile ile aleyhe hüküm verilmesini sağladıklarını ileri sürerek iadei muhakeme yoluyla isteyebilir. Hükümden zarar gören üçüncü kişi kendisinden ayrılması gereken payın azaltılması amacı ile dava açılıp karar alındığını iade-i muhakeme davası konu yapılabilir hükmün taraf olmayan alacaklının hüküm lehine olan alacaklıya karşı açacağı sıra cetveline itiraz davası HUMK'nun 446. maddesinde düzenlenen iade-i muhakeme davası yerine geçer. (Belgesay M. Raşit, İcra ve İflas Hukuku C1, 1945, s.437; Kuru, Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü CIV, 1991,s.3636). Mahkemece bu yön ve haciz sırasında boşanmış eşlerin aynı yerde bulunmaları hususu da gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddinde isabet görülmemiştir.” (19.HD. 11.10.2003, 6106/12507).

<sup>322</sup>Özeker, Hukuki Sebep, s.764. “Bazen vakıalar aynı kalsa da, farklı hukuki sebeplere dayanılarak farklı sonuçlara ulaşmak veya farklı taleplere hak kazanmak mümkündür.”

muhtelif hukuki sebep altında talep edebileceği cihetle durum böyledir<sup>323</sup>. Başka bir ifade ile bir şahsın (alacaklının) diğer bir şahsa (borçluya) karşı aynı dava sebebi ve hakka istinaden belli bir hukuki himaye sağlamak amacıyla değişik hukuksal nedenlere<sup>324</sup> dayanarak istemde bulunması hakların yarışması olarak isimlendirilir. Kanımca, aynı maddi vakıaların muhtelif hukuki tavsifler altında talep edilmesi halinde hakların yarışması mevcuttur<sup>325</sup>.

BK. 60. maddesindeki durum için, yani hâkimin tarafların yerine geçerek, onlar adına tercihte bulunması, bir nevi tarafların irade ve beyanını kullanması yargılama hukuku ilkeleri bağlamında mümkün olabilecek midir? Bu husus, doktrinde, hâkim taraflar için en lehe olan hukuk kuralını uygular gerekçesiyle taraftar bulmuştur<sup>326</sup>. Keza hukuk bilgisinin teknik olduğu ve hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğu<sup>327</sup> da bulunmadığından, taraflarca hukuki normun, yani vakia ile ilintili hukuk kuralının ya da hayat olayına uygulanacak kanun hükmünün

<sup>323</sup>Von, Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, İstanbul 1953, s. 40.

<sup>324</sup>Sema Çağa, Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Birleşmesi, Seminer Yarışması, Batider, 1972-1973, s.18.

<sup>325</sup>“Bir maddi vakıanın (dava sebebinin) birden fazla hukuksal nedene dayalı olarak ileri sürülmesi hali, doktrin ve uygulamada mütelahik dava olarak adlandırılmaktadır. Bu nitelikteki davalarda mahkemece, davaya uygulanması gereken yasa maddelerinden (hukuksal nedenlerden) sadece birine göre inceleme yapılarak davanın reddi halinde, ilk davada incelenmemiş olan kanun hükümlerine dayanarak yeni bir dava açılması mümkün olmayıp, açılmış ise kesin hüküm nedeniyle reddedilmelidir.” (11.HD 25.12.2008, 12577/14418).

<sup>326</sup>Üstündağ, s.20. “Hakim davacıdan işin mahiyetini (vakıaları) alır ve onun iddiasını her mümkün hukuki düşünce altında tahkik ederek talep ettiği hakkı kendisine tanır ve husus bir ihtiyar olmaktan ziyade hakime verilmiş bir mükellefiyet idi.”; Abdürrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s. 315. “Hakim, davacının bildirdiği hukuki sebeple bağlı olmayıp, davacının dayandığı dava sebebine uygulanacak kanun hükmünü resen araştırıp bulmak ve uygulamakla yükümlü olduğundan, hakların yarışması halinde de davacının kanun hükümlerini eksik göstermesi veya hiç göstermemesi önemli değildir. Hakim davaya uygulanacak kanun hükümlerini resen araştırıp bulmakla yükümlüdür (HMK m.33). Bununla birlikte, hakim bu kanun hükümlerinden davacı için daha elverişli olan kanun hükmünü resen gözeterek uygulaması daha doğru olacaktır.”; Kuru, Dava Sebebi, s. 220; Aksi görüş için bkz. Özkes, Hukuki Sebep, s.765.

<sup>327</sup>Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.104.

bildirilmesinin mutlak olmadığı yönündeki görüş<sup>328</sup> de bizi bu düzenlemeye yakın olduğumuz sonucuna götürecektir. Ancak böylesi bir davranışın, hâkimin taraf pozisyonu alacağı ve yargılamadaki eşitlik anlayışına aykırı olduğu da savunulmuştur<sup>329</sup>. Taraflardan sübjektif haklarını himaye edecek en iyi hukuki sebebi bilmeleri ve serdetmelerini beklemek doğru olmayacaktır<sup>330</sup>. Onlar doğru ve eksiksiz vakıaları getirmekle yükümlüdür. Bu sebeple, kanundaki bu düzenleme, tabiri caizse, terzinin teslim edilen kumaşa en münasip elbiseyi dikme görevi yüklemiştir. Konuyu daha iyi açıklamak sadedinde, yurt dışındaki A, İstanbul'daki evinin aidat, bakım, vb. işleri için arkadaşı B'ye yetki verse, B' de bu yetki ve temsil ilişkisi çerçevesinde; evin ortak giderleri, zorunlu bakım ve tamiratlarını yaptırsa, müteakiben evi C' ye kiraya verdiğini düşüsek, hal böyle iken, birinci ihtimalde, malik A, B' nin yaptığı masrafları ödemesi, B, A'ya karşı şifahi sözleşmeye aykırılık, vekâletsiz iş görme ya da iyi niyetli zilyedin yaptığı zorunlu, lüks ve faydalı masrafların iadesi borcuna ilişkin hükümlere mi? İkinci ihtimalde, B, kiracıdan aldığı kira bedellerini malik A'ya ödememesi halinde A, vekâletsiz iş görme, şifahi sözleşmeye aykırılık ya da iyi niyetli zilyedin iade borcuna ilişkin hükümlere mi? Yahut kira bedelinin artık kendine ödenmesini isteyen malik A, ödenmeyen kira bedelleri ve tahliye için kiracı C'ye karşı, BK 40 vd düzenlenen temsil hükümlerine mi? Yoksa doğrudan aynı hak niteliğindeki mülkiyet hükümlerine mi dayanacaktır? Tüm bu hususlar, hukuk tekniğini ilgilendiren konular olup, tarafların bunu bilmesi beklenemez. İşte bu aşamada hayat olayını doğru ve eksiksiz getirmek taraflara, en uygun ve en lehe hukuki sebebi uygulamak ise hâkimin ödevidir<sup>331</sup>. Bu sebeple BK 60. maddesindeki hâkim, zarar gören aksini istemedikçe<sup>332</sup> ya da kanunda aksi öngörülmedikçe zarar görene en

<sup>328</sup>Yılmaz, İslah, s.158.

<sup>329</sup>Özkes, Hukuki Sebep, s.765.

<sup>330</sup>Yılmaz, Şerh, s.361. "Tarafların hukuki sebebi yanlış veya eksik bildirmeleri de hakimi bağlamaz."

<sup>331</sup>Yılmaz, Şerh, s.371. "Hakların yarışmasının söz konusu olduğu durumlarda, hakim olaya tarafın el lehine olan kanun hükmünü uygulamak durumundadır."

<sup>332</sup>Postacıoğlu, s.510. "Hukuki sebep, tarafların açıkça serdettikleri hukuki sebep olduğu kadar, tarafların serd ettikleri olaylardan açıkça anlaşılan yani tarafların hiç olmazsa

iyi giderimi sağlayan hukuki sebebe göre karar verir hükmü; zarar gören davacının talebini haklı kılan, onun sübjektif hakkını en mükemmel şekilde himaye eden, hukuki yönden donatan hukuki sebep uygulanmalı şekilde anlaşılmalıdır. Keza, kanundaki en iyi giderimden kasıt, kanaatimizce, salt talebi himaye eden zararın miktarı anlamında değil, tüm hukuki amiller, yani zamanaşımı<sup>333</sup>, hak düşürücü süre, faiz ve kanun yolları noktasında anlaşılması gerekir. Zarar görenin aksini istemedikçe ifadesinden ise, tarafın dilekçe de açıkça, maddi vakıa ile bütünleşen hukuki sebebin uygulanmasını istemediği durumlara hasretmiştir. Zira hâkim tarafların hukuki sebebi ile bağlı olmadığı gibi, taraflar belirli bir hukuki sebebin uygulanmasında hâkimi sınırlayamazlar. Hâkim görevinden ötürü, somut olaya uygun düşen hukuki sebebi uygulayacaktır. Kanun koyucunun buradaki amacı, tarafın açıkça dayanmak istemediği ve hukuki sebeple bütünleşen vakıalarda, hâkimin somut olaya söz konusu hukuki sebebi uygulayamayacak olmasıdır. Örneğin, haksız fiil teşkil eden trafik kazasında; taraf, açıkça haksız fiile değil, zararını araç işletenin tehlike sorumluluğu çerçevesinde Karayolları Trafik Kanundaki kusursuz sorumluluk hukuki sebebine göre karar verilmesini talep etmesi ihtimalinde, hâkim Borçlar Kanunu 60. maddesindeki hüküm gereğince, ihtilafı, haksız fiil hukuki sebebine göre değil, talebe uygun olarak Karayolları Trafik Kanunu'nun işletenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hükümlerine göre çözüm yoluna gidecektir.

---

zımnem kastettikleri hususunda tereddüt duyulamayacak sebepler hakimin nazarı itibara alacağı sebepleri teşkil eder.”

<sup>333</sup>Yılmaz, Islah, s.154. “Davacının hangi hükme dayandığının kesin olarak ve açıkça göstermemiş olduğu hallerde davacının zamanaşımı bakımından kendi lehine sonuç verecek yasa hükmüne dayanmak isteyeceği haklı olarak varsayılmalıdır.”

## SONUÇ

Hukuk yargılamasında temel amaç hakikate ulaşmaktır. Zira mahkeme kararları adli gerçekleri temsil ederler. Bundan dolayı hukuk yargılamasında, mahkeme kararlarının inandırıcılığı ve güvenilirliğinden şüphe yahut zaaf duyulmaması esastır. Kaldı ki, kesin hüküm otoritesinin gereği de bunu gerektirir. Hukuk yargılamasında somut davaya vücut veren dava sebebi güncel ve dinamik hayat olayıdır ve yaşamın bir parçasıdır. Kural olarak eşit kişilerin (gerçek-tüzel) özel hukuka ait şahıs ya da malvarlığı ihtilaflarının çözümlendiği hukuk yargılamasında, hayat vakıalarının mahkemeye taşınmasında taraf hâkimiyeti esastır ve hâkimin aktif bir rolü yoktur. Tasarruf ilkesi gereğince bir davanın başlatılması, devamı ve sona erdirilmesine mutlak taraf hâkimiyeti egemendir. Buna karşın hukuki barış, güvenlik ve istikrarın sağlanmasında medeni yargılama hukukunun hakikate ulaşma amacının tesisi noktasında dava sebebi, yani hayat olayları temel ehemmiyet arz eder. Zira hekimin teşhisindeki isabet ve tedavisindeki sağaltıcılığın, hastanın şikâyet ve rahatsızlığını kâmilan anlatabilmesi mesabesinde olması gibi, hakikatin gerçekleşmesi ancak mahkemeye taşınan hayat olayının doğru, eksiksiz ve gerçek olmasına bağlıdır. Her ne kadar hukuk yargılamasında tasarruf ilkesi, taraf hâkimiyeti ve kanuni delil sistemi ilkeleri geçerli ise de, bu durum, hâkimin yargılamada pasif durumda olduğu sonucunu doğurmamalı, bilakis hâkim de içtimai hayattaki her insan gibi kendi algı ve izlenimlerinden istifade etmelidir. Hâkimin pasif konumunda olması; tarafların yanlış, aldatıcı ve gerçeğe aykırı getirdiği vakıa, bilgi ve delillerin tahakkümü altına girmesini gerektirmemelidir. Zira mahkemenin kararıyla tarafların getirdiği vakıalar, hükmün temeli haline gelecektir. Hâkim önüne getirilen somut davadaki hayat olaylarını yaşamın olağan akışı, mantık ve tecrübe kuralları ile ilk görünüş karinesi gibi ilkelerin ışığında süzgeçten geçirip, gerçeğe aşikâr uymayan yanıltıcı, yanlış ve aldatıcı vakıalara itibar etmemelidir. Kanaatimizce hukuk yargılamasında dava sebebi kavramı, yargılama hukukunun tüm enstrümanlarında hayat olayı olarak yeknesak algılanmalı ve uygulanmalı; mahkemeye getirilen bu hayat vakıalarının yanlış, aldatıcı ve gerçek dışı olması yahut usul

hilesi taşıması ihtimalinde hâkime aktif rol verilerek bu vakıalara itibar edilmemelidir. Zira, dava konusu, yani talep, ancak bir vakıaya dayanılarak talep edilebilirliğindedir ki, soyut hakkın, can suyu vakıalar olmağından nâşi mahkemece yapılan yargılamada verilen hüküm de bu vakıaya (hayat olayına) dayanacaktır, yani hükmün dayanağı, dava sebebi olan vakılardır. Hükümün maddi anlamda kesin hüküm halini almasıyla, dava sebebi olan vakıalar, hükümle bütünlük arz edip, kesin hükmün vazgeçilmez ve ayrılmaz bir bütünleyici unsuru haline tahvil olacak ve adli hakikati temsil edecektir. Son tahlilde, adli hakikatin dayanağı vakıalar, gerçek ve eksiksiz olarak; tüm yanıltıcı, aldaticı bilgi ve usuli hilelerden arındırılmalı ki kendisini, normlarının gergefinde adeta bir dantelâ, bir kaneviçe misali işleyerek sosyal dokuya nakşedecek olan prosedürel hukuk, hakları teminat altına alsın da böylece hukuki güven ve barışın tesisine katkı sağlansın denilse sezadır. İşte bu önem ve kıymetine nisbetle dava sebebi, hukuk yargılamasında hayati ve çekirdek bir kavram olarak karşımıza çıkmaklığından dolayı yargılama hukukunun her müessesinde aynı anlamda yeknesak kullanılmalıdır ki, yargılamanın amacı gerçekleşsin ve hukuki istikrar sağlansın.



## KISALTMALAR

HUMK.	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
AATUHK.	:Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: cilt
E.	: esas
f.	: fıkra
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu
K.	: karar
KMK.	: Kat Mülkiyeti Kanunu
Koop. Kanunu	: Kooperatifler Kanunu
m.	: madde
MK.	: Medeni Kanun
Mihder.	: Medeni Usul ve İcra İflas Dergisi
S	: sayı
s.	: sayfa
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
Uyap.	: ulusal yargı ağı projesi

## KAYNAKÇA

- Alangoya, Yavuz**, Dava Temeli, Kazancı Hakemli Dergi, İstanbul 2005.  
(Dava Temeli)
- Alangoya, Yavuz**, Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979. (İlkeler)
- Akyol, Şener**, Dürüslük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995.
- Arslan, Ramazan**, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilemesi, Ankara 1977.

- Arslan, Ramazan**, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989. (Dürüstlük Kuralı)
- Belgesay, M. Reşit**, Dava Teorisi, İstanbul 1943.
- Belgesay, M. Reşit**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1940.
- Berkin, Necmettin**, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.
- Deren-Yıldırım**, Nevhis, Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996.
- Deynekli, Adnan**, İkrarda Manevi Unsur, TBB Dergisi, (2006, S.64, s.321-336).
- Domaniç, Hayri**, Hukukta Kaziye Muhkeme Nispi Kuvveti, İstanbul 1964.
- Gürdoğan, Burhan**, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- Hanağası, Emel**, Davada Menfaat, Ankara 2009.
- İyilikli, Ahmet Cahit**, İİK 120/2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Bir Karar Gerekçesi Üzerine Tahlillere ve Düşünceler, (Legal Mihder, 2012/1, C.8.S.21).
- İyilikli, Ahmet Cahit**, Delilerin Değerlendirilmesinde Hakimin Özel Bilgisini Kullanması, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2004,(2191-2206).
- Karlı, Abdürrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011.
- Kiraz, Taylan Özgür, Taylan**, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005.
- Kuru, Baki**, Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi, (AD 1967/4, 239-268).
- Meriç, Nedim**, Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları, (Mihder, 2007/2, S.7, s.377- 434). (Kesin Hüküm)
- Meriç, Nedim**, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011. (Tasarruf İlkesi)

- Meriç, Nedim**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, İzmir 2010).
- Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003. (Hukuki Dinlenilme).
- Özekes, Muhammet**, Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009, (745-781). (Hukuki Sebep)
- Postacıoğlu, İlhan**, Davanın Unsuru Olarak Hukuki Sebep Ve Kesin Hüküm, Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974.
- Tercan, Erdal**, Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Geri Alınması, (Batider 1998, C.XIX, S.3, s.115-133).
- Tercan, Erdal**, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, (SÜHFD, M. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s.181- 212), (Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü).
- Tercan, Erdal**, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001. (İsticvap)
- Tercan, Erdal**, Hakimın Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, (Legal, Mihder, 2011, S.18, C.7, s.1-56), (Aydınlatma Yükümlülüğü).
- Tanrıver, Süha**, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007.
- Topuz, Gökçen**, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012.
- Tuhr, Andreas Von**, (Çeviren Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, İstanbul 1953
- Tuluay, Metin**, Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi, DÜHFD, 1983.
- Üstündağ, Saim**, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967.
- Yıldırım, M. Kamil**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

- Yılmaz, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012. (Şerh).
- Yılmaz, Ejder**, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2011. (Islah).
- Yılmaz, Ejder**, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 2012. (Yemin)
- Veldet, Hıfzı**, Medeni Hukukun Umumi Esasları, İstanbul 1948, Üçüncü Basım.

# ROMA HUKUKU'NDA VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDE SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ

*Ar. Gör. S. Bengi Sayın Korkmaz\**

## ÖZET

Vekâlet sözleşmesi, Roma Hukuku sözleşmeler sisteminde dostluğa dayanan ve ücretsiz yapılan bir sözleşme olması nedeniyle özel bir yere sahiptir. Bu sözleşmede tarafların sorumluluklarının hangi ölçütlere göre belirleneceği ise ayrıca önemli bir husustur. Vekâlet sözleşmesinde tarafların sorumlulukları, Roma Hukuku'nda farklı sorumluluk prensiplerinin uygulandığı dönemler olan Klasik Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi'ne göre iki açıdan incelenmesi gereken bir konudur. Söz konusu dönemlerde hangi sorumluluk prensiplerinin uygulandığı ve hangi ölçütlerden yararlanıldığı konusunda bilgi verilecek olan bu çalışmada, dönemlere ilişkin ölçütlerden vekâlet sözleşmesinin ne derecede etkilendiği konusu aydınlatılmış olacaktır.

**Anahtar Sözcükler:** Vekâlet Sözleşmesi, Roma Hukuku, Kusur, Kasıt, İhmal

## THE STANDARDS OF LIABILITY IN CONTRACT OF MANDATE IN ROMAN LAW

### ABSTRACT

As the contract of mandate is based on friendship and is gratuitous, it has a special place in the contracts system of the Roman Law. Whithin this contract, liabilities of parties are determined by criterias that, is another important point. Liabilities of the parties in contract of mandate

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

should be analysed in two topics; classical law period and Justinian's Law period, in which different principles of liability were applied. In this article, information will be given on how the principles of liability were applied and which criteria were benefited from and how the contract of mandate was affected by the criteria of the periods, will be clarified.

**Keywords:** Contract of Mandate, Roman Law, Fault, İntent, Negligence

## GİRİŞ

Vekâlet sözleşmesi ile vekil (*mandatarius*), müvekkile (*mandator*) ait bir işin ücretsiz olarak görülmesini taahhüt eder. Roma hukukunda vekâlet sözleşmesinin en önemli ayırt edici noktası, sözleşmenin ücretsiz oluşudur. Roma'da vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması, günümüz hukukundakinden çok daha özel bir anlama sahiptir. Vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması, Roma'nın toplumsal değerlerine, dostluğa, güvene ve genel ahlâkına dayanır<sup>1</sup>. Ücret karşılığı yapıldığı takdirde geçerli bir vekâlet sözleşmesi olmamakla birlikte, işin mahiyetine göre istisna veya hizmet sözleşmesi olmaktadır. Klasik-sonrası Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi'nde yüksek işler için ücret kararlaştırılması durumunda, vekâlet sözleşmesinden doğan dava açılmamakla birlikte, sistem-dışı yargılama ile ancak şeref ücretinin ödenmesi sağlanabilirdi<sup>2</sup>.

Roma sözleşmeler alanında, objektif sorumluluk olarak kabul edilen *custodia* (gözetim) sorumluluğundan, *culpa* (kusur) sorumluluğuna doğru bir geçiş gerçekleşmiştir. *Custodia*, objektif olayları göz önünde tutan objektif sorumluluk (kusursuz sorumluluk) ilkesi, *culpa* ise borcun ifa edilememesinin subjektif sebeplerini araştıran subjektif sorumluluk (kusur sorumluluğu) ilkesidir. *Custodia* sorumluluğunun uygulandığı sözleşmelerde borçlu malı kendi yararı için elinde bulundururdu. Ariyet, vedia, istisna, kira, satım ve rehin gibi iyi niyet sözleşmelerinde *custodia* sorumluluğu söz konusuydu. Dolayısıyla borçlu kasit, ihmal ve beklenmeyen hallerden (hırsızlık ve mala verilen zarar gibi 3.kişilerin

---

<sup>1</sup> Honsell H., *Römisches Recht*, Zürich-2011, s. 150.

<sup>2</sup> Kaser M. / *Knütel R.*, *Römisches Privatrecht*, München-2005, s. 231.

fiilleri) doğan zarardan sorumlu tutulurdu. Ancak Klasik-sonrası Hukuk Dönemi'nden itibaren *custodia* sorumluluğundan kusur sorumluluğuna doğru bir geçiş gerçekleşmiştir<sup>3</sup>.

Kusursuz sorumluluk prensibi genellikle ilkel hukuklarda uygulanan daha basit bir kural olarak ifade edilirken, kusur sorumluluğu daha adil bir prensip olarak kabul edilmiştir. Bu noktada bir kusursuz sorumluluk prensibi olan *custodia*'dan kusur sorumluluğu prensibine geçişi etkileyen temel unsur kusur sorumluluğunun daha adil olduğu düşüncesidir. Bu düşünce doğrultusunda sorumluluğa ilişkin prensipler öncelikle *praetor*'ların etkisiyle gelişim ve değişime uğramıştır<sup>4</sup>. Bunun yanı sıra kusur sorumluluğuna geçişte Hristiyanlığın da sınırlı düzeyde etkisinin olduğu bilinmektedir. Bu bağlamda, Roma Hukuku'nda Klasik Hukuk Dönemi'nde objektif sorumluluk, *Iustinianus* Dönemi'nde ise sübjektif sorumluluk ilkesinin uygulandığı kabul edilmektedir<sup>5</sup>.

Vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluklar incelendiğinde, Roma Hukuku'ndaki sorumluluk ölçütlerinin gelişiminden daha farklı bir seyir izlediği ilk bakışta söylenebilir. Çünkü Roma sözleşmeler sisteminde, özellikle de bir şeyin iadesini gerektiren sözleşmelerde, sorumluluk hukukuna ilk dönemlerde *custodia* egemen iken; daha sonraki dönemlerde *culpa* egemen olmuştur<sup>6</sup>. Bu, sorumluluğun kapsamını daraltma doğrultusundaki bir çabanın sonucudur.

Vekâlet sözleşmesinde ise vekilin sorumluluğu ilk dönemlerde sadece *dolus*'tan (kasttan) sorumluluk iken; daha sonraki dönemlerde *culpa* (kusur) sorumluluğuna dönüşmüştür. Bu ise, sorumluluğun kapsamını genişletme doğrultusundaki bir çabanın ürünüdür.

<sup>3</sup> *Di Marzo S.*, Roma Hukuku, İstanbul-1954, s. 364; *Koscahaker P. /Ayiter K.*, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara-1983, s.197 vd.; *MacCormack*, Custodia and Culpa, SZ 89 (1972), s. 149 vd.; *Söğütü Erişgin Ö.*, Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara-2010, s.28.

<sup>4</sup> *Zilelioğlu H.*, Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-1985, s. 26.

<sup>5</sup> *Söğütü Erişgin*, Hasar, s.30.

<sup>6</sup> *Söğütü Erişgin*, Hasar, s. 30.

Vekâlet sözleşmesinde sorumluluğu konu alan bu çalışmada öncelikle vekâlet sözleşmesinin tanımı ve özellikleri hakkında genel bilgi verilecektir. Roma Hukuku'ndaki sorumluluk ölçütleri genel hatlarıyla açıklandıktan sonra; vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluklar, Klasik Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi olarak iki döneme göre vekil ve müvekkil açısından ele alınacaktır.

## A. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

Vekâlet sözleşmesi, günümüz yaşamında olduğu gibi, Roma Hukuku'nda da önemli bir yere sahipti<sup>7</sup>. Roma Hukuku'nda vekâlet sözleşmesi, taraflardan birinin diğerine ait bir işin idaresini bir ücret karşılığında olmaksızın üstlendiği rızai bir sözleşme olarak tanımlanır. Bu sözleşme ile vekil (*mandatarius*), müvekkile (*mandans/dominus negotii*) ait bir işin idaresini veya bir hizmetin ücretsiz olarak görülmesini taahhüt eder<sup>8</sup>.

Vekâlet, vekilin her zaman, müvekkilin ise bazen borç altına girdiği bir sözleşmedir. Sözleşme bu yönüyle eksik iki taraflıdır. Ayrıca ücretsiz bir çalışma ve ahlaki bir yükümlülüktür. Vekâlet sözleşmesi eksik iki taraflı bir sözleşme olmasından dolayı yapıldığı anda öncelikle vekil için borç doğmaktadır. Ancak vekâlet sözleşmesinin ifası nedeniyle müvekkil için de borç doğabilmektedir. Dolayısıyla vekil her zaman borç altına girerken, müvekkil bazı durumlarda borç altına girmektedir<sup>9</sup>.

Vekâlet sözleşmesinin en önemli unsuru ücretsiz olması ve sadece vekilin menfaatine yapılamamasıdır. Ancak vekilin yanı sıra müvekkilin ya da 3. kişinin de menfaatinin bulunması durumunda vekâlet sözleşmesi

---

<sup>7</sup> *Cerutti D.*, Tra Gratuiti E Onerosità: La Donazione Gravata Da Un Onere, Zürich-2008, s. 39; *Mayer-Maly T.*, Römisches Recht, 1999-New-York, s. 150; *Ruiz A.*, Istituzioni Di Diritto Romano, s. 351, Napoli-1947, s. 351; *Erdoğan B.*, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul-2005, s. 100.

<sup>8</sup> *Benke N. /Meissel S.F.*: Übungsbuch Römisches Recht, Wien-2003, s.195; *Burdick W. L.*, The Principles of Roman Law, New York-1938, s. 457; *Cerutti*, s. 39; *Erdoğan B.*, s. 99; *Mayer-Maly*, s. 150; *Ruiz*, Istituzioni; *Tahiroğlu B.*, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul-2005, s. 238; *Tamm D.*, Roman Law, Copenhagen-1997, s. 138.

<sup>9</sup> *Honsell*, s. 152; *Ruiz A.*, Il Mandato in Diritto Romano, 1949-Napoli, s. 84; *Ruiz*, Istituzioni, s. 352; *Tamm*, s. 139.



geçerli olurdu. Sadece vekilin menfaatinin bulunduğu durumda vekâlet değil, bir tavsiye olduğu kabul edilmiştir<sup>10</sup>.

Vekâletin ücretsiz olacağı kuralı kesin bir kural olmasına rağmen, sonraki zamanlarda yüksek işler için ücret alınabilmesi ve yasal olarak takibi için baskılar artmış ve toplumda duyulan bu ihtiyaçlar reformların doğmasına sebep olmuştur<sup>11</sup>. Bir diğer ifadeyle, sosyo-ekonomik koşulların değişmesiyle birlikte liberal hizmetler olarak nitelendirilen yüksek nitelikli işler için (doktorluk, avukatlık, mimarlık gibi) vekile özel bir şeref ücreti ödenmesi düzenlenmiştir. Alelade işler için verilmiş olan vekâletler de bu ücret söz konusu değildir<sup>12</sup>.

## B. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN SORUMLULUKLARI

Vekâlet sözleşmesinde sorumluluk durumları incelendiğinde, en önemli kısmı vekilin sorumluluğunun oluşturduğu söylenebilir. Tarafların dava hakkını kullanabilmesi için bir tarafın kusurlu hareket etmiş ve yükümlülüğünü eksik ya da hiç yerine getirmemiş olması gerekir. Bu durum müvekkilin dava açabilmesi için vekilin kendisine verilmiş olan görevi yerine getirmesine (iş idaresi ve kazanılanların devri) ilişkin kusurları ifade ederken, vekilin karşı davası ise kazanılanların devralınması ve masrafların ödenmesine ilişkindir. Vekilin dava açması, önce müvekkilin dava açması şartına bağlı değildir<sup>13</sup>.

Vekâlet sözleşmesinde müvekkile *actio mandati directa* olarak adlandırılan bir dava hakkı tanınmıştır. Aynı şekilde vekilin de karşı talepleri için *actio mandati contraria* olarak ifade edilen bir davayı açma hakkı bulunurdu<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Watson A. , Contract of Mandate in Roman Law, Oxford-1961, s. 16.

<sup>11</sup> Zimmermann Reinhard, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town-1992, s. 418.

<sup>12</sup> Cerutti, s. 39; Tamm, s. 139.

<sup>13</sup> Benke/Meissel, s. 195; Honsell, s. 152; Tahiroğlu, s. 242 vd.

<sup>14</sup> Honsell, s. 151 vd.

## 1. Genel Olarak Roma Hukuku'nda Sorumluluk Ölçütleri

Özel Hukuk bakımından sorumluluk bir başkasının uğradığı zararı tazminle yükümlü olmak demektir. Bu bağlamda kişilerin sorumluluğu dönemlere göre değişmekte bazen kusur aranırken, bazen de kusura bakılmadığı görülmektedir. Öncelikle kusur kavramını açıklamak faydalı olacaktır. Kusur hukuk bakımından kınanan bir davranışta bulunmaktır. Roma Hukuku'nda *culpa* olarak ifade edilen bu durum hukuka uygun olan davranış biçiminden ayrılmış olma ve hukuk kurallarına uyma konusunda irade eksikliği olarak tanımlanmaktadır<sup>15</sup>.

Kişinin sorumlu olabilmesi için kusurlu olmasının arandığı durumlarda kişinin ruhi ve psikolojik yapısının incelenmesi yoluna gidilir. Bu doğrultuda kişinin iradesi hukuka uygun davranmayı gerektirecek kadar güçlü değilse o kişinin kusurlu davrandığı kabul edilir. Daha somut bir ifadeyle, kişi sözleşmede yer alan edimin ifası için gerekli olanları yapmıyorsa kusurlu olduğu söylenir<sup>16</sup>.

Sorumluluğa ilişkin iki ilke, bu konuda belirtilmesi gereken hususlardan biridir. Bu ilkelerden birincisi, objektif olayları göz önünde tutan objektif sorumluluk (kusursuz sorumluluk) ilkesi, ikincisi borcun ifa edilememesinin subjektif sebeplerini araştıran subjektif sorumluluk (kusur sorumluluğu) ilkesidir.

Borcunu ifa etmeyen borçlu, her ne olursa olsun sorumlu tutulabiliyorsa, kusursuz sorumluluk ilkesi söz konusudur. Roma Hukuku'nda *custodia* (gözetim) sorumluluğu olarak uygulanan kusursuz sorumluluğun esasını, kişinin fiiliyle bir zararın ortaya çıkmış olması oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle bir kimsenin bu konuda bir sorumluluğuna gidilebilmesi için kişinin fiili ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağının olması yeterlidir<sup>17</sup>.

Taahhüdünü yerine getirmeyen borçlunun, taahhüdünü neden yerine getirmediği araştırılacak olursa, kusur sorumluluğu ilkesi söz

---

<sup>15</sup> Karadeniz- Çelebican Özcan, Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması, Ankara-2000, s. 287.

<sup>16</sup> Erdoğan, s. 29.

<sup>17</sup> Rado T., Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul-1997, 35 vd.; Tahiroğlu, s. 40.

konusu olur. Bu sorumluluk türü Roma Hukuku'nda *culpa* sorumluluğu olarak uygulanmıştır. Kusur sorumluluğu ilkesinde borçlunun borcu ödememekte bir kusuru (*culpa*) olup olmadığı araştırılır. Kusur varsa borçlu sorumlu olur, kusur yoksa sorumlu olmaz. Mac Cormack ise bir kişinin kasıt, ihmal ya da bunların yanı sıra *neglegentia*'dan (özensizlik) sorumlu tutulmasını sübjektif sorumluluk olarak tanımlar<sup>18</sup>. Sübjektif sorumlulukta kusur derecelendirilerek *dolus* (kasıt) ve *culpa*<sup>19</sup> (ihmal) olmak üzere iki unsura göre incelenir<sup>20</sup>.

Roma Hukuku'nda vekâlet sözleşmesine ilişkin sorumluluk durumları ele alındığında göze çarpan ilk husus farklı dönemlere ilişkin eserler arasında birbiriyle çelişen düşüncelerin bulunuyor olmasıdır. Bu ise, Roma Hukuku'nda sözleşmesel sorumluluk ölçütleri konusunda farklı fikirlerin ortaya atılmasına yol açmıştır. Bunun başlıca nedenini, *Iustinianus* Dönemi'nde derlenen metinlerde yapılan değişiklikler ve kaynaklar arasında ortaya çıkan çelişkiler oluşturmaktadır. Bazı yazarlar Klasik Hukuk Dönemi'nde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) ilkesinin hâkim olduğunu savunurken, bazı yazarlar kusur ilkesinin, o dönemden itibaren geliştirildiğini ancak *Iustinianus* Dönemi'nde genelleştirildiğini iddia etmektedir<sup>21</sup>. Genel görüş ise Roma Hukuku'nun eski dönemlerinde kusursuz sorumluluğun bulunduğu, Klasik Hukuk Dönemi'nde kusursuz sorumluluğun uygulandığı ancak kusur sorumluluğuna doğru bir gidişin olduğu ve *Iustinianus* Dönemi'nde kusur sorumluluğunun esas olduğu yönündedir<sup>22</sup>. Bu çalışmada da vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluk bu prensip üzerinden değerlendirilecektir.

<sup>18</sup> *MacCormack*, SZ 89, s. 151.

<sup>19</sup> Roma Hukuku'nda kusur kavramı *culpa* terimiyle ifade edilmektedir. Aynı şekilde ihmal kavramı için de *culpa* terimini kullanmışlardır. Burada kusur için “geniş anlamda *culpa*”, ihmal için “dar anlamda *culpa*” terimini kullanmak yerinde olacaktır (*Erdoğan*, s. 29).

<sup>20</sup> *Erdoğan*, s. 30 vd.; *Karadeniz-Çelebican*, s. 288.

<sup>21</sup> *Söğütü Erişgin Ö.*, Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (*Quasi Delicta*), Ankara-2002, s. 136; *Zilelioğlu*, *Custodia*, s. 31; *Zilelioğlu H.*, Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFHD 198, C. 39, Sa. 1-4, ss. 241-264, s. 241 vd.

<sup>22</sup> *Erdoğan*, s. 25; *Karadeniz-Çelebican*, s. 287.

## 2. Vekilin Sorumluluğu

Vekilin sorumluluğuna ilişkin metinler incelendiğinde, bu metinlere ilişkin bölüm içerisinde *procurator* (genel vekil) ve *fideiussor*'un da (kefil) dâhil olduğu karışık bir tablo göze çarpmaktadır. Bazı metinler de vekil kasıttan veya hileden sorumlu tutulurken bazı metinlerde ise hem kasıt hem de ihmalden sorumlu olduğu ifade edilir<sup>23</sup>. Vekilin sorumluluğuna ilişkin genel görüş ise Klasik Hukuk Dönemi'nde sadece kasıtlı fiillerinden (*dolus*) sorumlu olduğu yönündedir. Sonrasında ise vekilin sorumluluğunun kapsamı, ihmali de içine alacak şekilde genişletilmiştir<sup>24</sup>. Bu konuda Klasik Hukuk Dönemi'ne ilişkin metinlerde vekilin sadece kasıttan sorumlu tutulduğu, ancak daha sonraki dönemlerde *interpolatio* yoluyla *culpa*'nın metinlere eklendiği görüşü kabul görmektedir. Ayrıca metinlerde her olay için farklı bir ölçüt belirlenmiş olması da sorumluluk ölçütlerine ilişkin bu değişken yorumların ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>25</sup>.

Sonuç olarak Klasik Hukuk Dönemi'nde kusursuz sorumluluğun uygulandığı kabul edilirken, *Iustinianus* Dönemi'nde kusur sorumluluğu prensibine geçildiği ifade edilmektedir. Bu nedenle vekilin sorumluluğunun dönemlere göre ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır.

### a. Klasik Hukuk Dönemi'ndeki Durum

Klasik Hukuk Dönemi'nde uygulanan sorumluluk prensibi "*factum debitoris*" (borçlunun fiili) kuralı ile ifade edilmekte ve *dolus* ile *custodia* sorumlulukları uygulanmaktaydı<sup>26</sup>. Dönemin genel sorumluluk prensipleri bu şekildedir. Vekil ise bu dönemde sadece kastından (*dolus*) sorumlu tutulmuştur<sup>27</sup>. Ancak vekilin Klasik Hukuk Dönemi'ndeki sorumluluğu incelenirken dönemin sorumluluk prensiplerini ve şartlarını anlamak açısından öncelikle Klasik Hukuk Dönemi'nde yer alan sorumluluk ölçütleri ve bu ölçütlere ilişkin kavramların da açıklanması gerekmektedir.

---

<sup>23</sup> MacCormack, The Liability of Mandatary," Labeo 18 (1972), s. 156.

<sup>24</sup> Zimmermann, s. 426.

<sup>25</sup> MacCormack, Labeo18, s. 156.

<sup>26</sup> Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 244 vd.

<sup>27</sup> Watson, s. 195.

Bu bağlamda *custodia*, *dolus*, *culpa* ve *casus* kavramlarının açıklanması faydalı olacaktır.

*Custodia*, Klasik Hukuk'ta, belli hukuki ilişkilerdeki kişilere, kusura bakmaksızın sorumluluk yükleyen bir kavram olarak ifade edilmiştir<sup>28</sup>. *Custodia*, bir gözetim sorumluluğudur ve objektif sorumluluk ölçütüdür. Özen göstermeyi de içine alan, kişiyi hırsızlık, mala verilen zararlardan ve beklenmeyen hallerden (*casus/casus fortuitus*) bile sorumlu tutan en ağır sorumluluk türüdür. Ariyet, satım, istisna gibi başkasına ait bir malı herhangi bir amaçla elde bulunmasına yol açan sözleşmelerde uygulanır. Bu sözleşmelerde *custodia* sorumluluğu gereği kişi mala gelecek zararlardan kusurlu olup olmadığına bakmaksızın sorumlu tutulur<sup>29</sup>. Dolayısıyla *custodia*, kişinin, bir malın güvenli bir şekilde muhafaza edilmesinde özen göstermesini gerektiren bir borç olarak ifade edilir<sup>30</sup>.

*Casus* konusunda ise bir ayırım yapmak gerekmektedir. *Casus* bir insanın öngöremeyeceği ihtimaller demektir. Borçlunun kusuru olmaksızın beklenmeyen bir olay yüzünden borcunu ifa edememesi durumudur. Örneğin, bir malın çalınması yüzünden borçlunun ifasının imkânsız hale gelmesi durumunda *casus*'tan söz edilir. Klasik Hukuk Dönemi'nde *custodia* sorumluluğunun öngörüldüğü durumlarda borçlu beklenmeyen hallerden de sorumluydu. Ancak borcun ifasına insan gücünün üzerinde bir takım durumlar engel olmuşsa ve bunlar hiçbir şekilde önlenemeyecek nitelikte ise *vis maior* (zorunlu nedenler) söz konusudur. Yangın, deprem, savaş durumları *vis maior* olarak nitelendirilir ve mücbir sebep olarak kabul edilmiştir. Bu dönemde *vis maior* durumunda borçlunun sorumluluğu söz konusu değildi<sup>31</sup>.

Klasik Hukuk Dönemi'nin önemli bir sorumluluk prensibi olan *dolus* sorumluluk ölçütleri içinde en eski olandır<sup>32</sup>. *Dolus*'ta bilerek ve

<sup>28</sup> MacCormack, SZ 89, s. 149 vd.

<sup>29</sup> Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 244 vd.

<sup>30</sup> MacCormack, SZ 89, s. 149.

<sup>31</sup> Rado, s. 44; Umur Z., Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul-1999, s. 311 vd.

<sup>32</sup> Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 245.

isteyerek hukuka aykırı hareket etme söz konusudur. *Dolus* sorumluluğunun olduğu sözleşmelerde kişi sadece bilinçli bir şekilde sebep olduğu zarardan sorumludur. Bu kavramın kapsamı içinde zamanla hile de yer almıştır<sup>33</sup>.

Klasik Hukuk Dönemi'nde *dolus* sorumluluğu vekâlet, şirket, vedia, vesayet gibi davaları *infamia* (şerefsizlik) sonucu yaratan sözleşmelerde uygulanırdı. Ayrıca *Digesta*'da *fiducia*<sup>34</sup> (inançlı işlem) için de *dolus* sorumluluğunun bulunduğundan söz edilmektedir<sup>35</sup>. Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer husus ise *dolus*'tan sorumluluğu ortadan kaldıracak anlaşmaların Roma Hukuku'nda geçersiz olduğudur. Çünkü Roma Hukuku'nda kimseye zarar vermemek (*neminem laedere*) temel prensip olarak kabul edilmiş ve kasti hareketlerin toplum hayatını olumsuz etkilediğinden yaptırım uygulanması fikri savunulmuştur<sup>36</sup>. Bu bağlamda kasit, Romalı Hukukçulara göre her zaman yaptırım uygulanması gereken bir unsurdu. *Digesta* metinleri de bu prensibi doğrulamaktadır:

**D.44.4.11.1 (Nerva):** “*In universum autem haec in ea re regula sequenda est, ut dolus omnimodo puniatur, etsi non ali cui, sed ipsi, qui eum admisit, damnosus futurus erit*”.

**D.44.4.11.1 (Nerva):** “Kasta ilişkin hükümlerde kastın her zaman cezalandırılması gerektiği görüşünün yer aldığı görülür. Eğer kişi taahhütte bulunmuşsa hiçbir zarar doğmasa bile kasıtlı hareketlerinden sorumlu olacaktır.”

*Culpa*'nın *Iustinianus* Dönemi'nde uygulanmış olan bir sorumluluk türü olduğu genel olarak kabul edilmekle birlikte, Klasik Hukuk Dönemi'ndeki varlığına ilişkin muhtelif görüşler de bulunmaktadır. Bu

---

<sup>33</sup> Erdoğmuş, s. 30.

<sup>34</sup> Bir malın mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio* ile diğer tarafa devredilmesi ve tarafların üzerinde anlaşmış oldukları sonuç gerçekleşikten sonra, malı alan kişinin malın mülkiyetini tekrar diğer tarafa devretmesi borcunu doğuran, eksik iki taraflı, iyiniyet davası doğuran aynı bir sözleşmedir. (*Umur Z.*, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul-1975, s. 73.)

<sup>35</sup> Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 248.

<sup>36</sup> Erdoğmuş, s. 35 vd.

nedenle *culpa* kavramını bu bölüm içerisinde incelemek, aşağıdaki açıklamalar açısından faydalı olacaktır.

*Culpa*'nın Klasik Hukukçular tarafından yapılan yorumlara göre üç temel anlamı vardır. En genel anlamı ihmaldir. Bu kavram iyi bir aile babasından beklenen dikkat ve özenin gösterilmemiş olmasını ifade eder<sup>37</sup>.

*Culpa*'ya ilişkin ikinci yorum ise *culpa*'nın bazen ihmalden daha geniş bir anlam taşıyarak kusuru ifade etmesine ilişkindir<sup>38</sup>.

Üçüncü anlamı ise özensizlik unsurunu içermeyen bir sorumluluk ölçütü olmasına yöneliktir. Bu üç yorumda da *culpa*, kasti ve bilinçli bir zarar verme isteği olmamasından dolayı dürüstlüğe en yakın kusur olarak görülür<sup>39</sup>.

**D.9.2.31 Paulus:** “*Culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum*”.

**D.9.2.31 Paulus:** “Dikkatli bir kişi tarafından alınabilecek önlemler alınmadığı zaman ihmal söz konusudur”.

Klasik Hukuk Dönemi'nde vekilin kasıt veya ihmalden sorumlu olduğuna dair doğrudan bilgi veren bir metin bulunmamaktadır. Ancak *Digesta*'da yer alan üç metin dolaylı olarak ve çeşitli kanıtlarla bu konuya ilişkin açıklamaları içerir. Bu metinlerde vekil, bir bakıma adi kefil olarak düşünülmüştür<sup>40</sup>:

**D.17.1.8.7-8 Ulpianus:** “*Si ignorantes fideiussores debitorem solvisse vel etiam acceptilatione sive pacto liberatum ex substantia debitoris solverunt, non tenebuntur mandati. Quod et ad actionem fideiussoris pertinet. et hoc ex rescripto divorum fratrum intellegere licet, cuius verba haec sunt: "catullo iuliano. si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati,*

<sup>37</sup> Burdick, s. 415.

<sup>38</sup> Karadeniz-Çelebican, s. 287.

<sup>39</sup> MacCormack G., *Culpa*, SDHI 38 (1972), s. 123 vd. ; MacCormack G., *Culpa in Eligendo*, RIDA 18 (1971), s. 529.

<sup>40</sup> Watson, s. 211.

*quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te". igitur si ignoraverunt, excusata ignorantia est: si scierunt, incumbere eis necessitas provocandi, ceterorum dolo versati sunt, si non provocaverunt. quid tamen, si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia. sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret appellaret, puto rationem eis constare".*

**D.17.1.8.7-8 Ulpianus:** “Borçlusunun borcu ödediğinden veya bir makbuz vasıtasıyla ya da bir anlaşma altında borcu sona erdirdiğinden habersiz olan bir kefil, borcu tekrar ödemesi nedeniyle borçludan bir hak iddia ederse, onlar vekâlet davasından sorumlu olmayacaktır. Bu aynı zamanda kefaletten doğan davalara da uygulanacağı *Divine Brothers*’ın beyannameyiyle belirlenmiştir. O *Catullus Julianus*’a hitaben şöyle der: “Eğer hâkim senin için kefil olan kişilere borçlunun talep ettiğinden daha fazla bir miktara hükmederse ve onlar gerçeklerin bilincinde ve akıllı bir şekilde yapılması gerekenin tam aksine temyiz hakkını kullanmayı ihmal ederlerse, daha sonra sana vekâlet davası açtıklarında kendini mahkemenin adaletine başvurarak koruyabilirsin”. Böylece, onlar gerçekleri fark edememişlerse, hataları mazur görülür. Ama eğer farkındalarsa onların üzerine düşen görev temyize başvurmaktır. Bunu yapmazlarsa kötü niyetli kabul edilirler. Ama yoksullukları temyize başvurmalarına engel olduysa ne yapılır? Onların yoksulluğu mazur görülmelidir. Ancak onlar tanıkların huzurunda asıl borçlu ile onun temyize başvurması konusunda bir anlaşma yapmış ve o da bunu uygun bulmuş olsaydı, bu benim fikrim, bunun makul bir hareket olacağı yönündedir”.

**D.17.1.29 pr. Ulpianus:** “*Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli*



*vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari ( dissoluta enim neglegentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum”.*

**D.17.1.29 pr. Ulpianus:** “Bir kefil, alacaklıya gönderilen paranın ulaşmadığından haberi olmadığı için kendisine açılan bir davada kendi kefaleti nedeniyle ödemede bulunursa, *actio mandati* hakkına sahip olup olmayacağı sorusu ortaya çıkar. Eğer gerçekten durumdan haberi var ise hile defini kullanmayı ihmal etmiş olur veya kötü bir ihmal neredeyse hileye benzer olması sebebiyle, para ulaşmadığı için hileye onun da katıldığı düşünülür. Bununla birlikte gerçekten bu konularda bir bilgisi olmayan cahil bir insansa, ona bir sorumluluk yüklenemez. Aynı prensipten hareketle, borçluya anlaşmadan ya da başka bir sebepten tanınmış olan defilerden kefil bilmediği için yararlanmamışsa, ona bir *actio mandati* hakkı tanınması gerekir. Çünkü böyle bir durumda asıl borçlu kefilin defileri kullanmasını sağlamak veya kefilin cehaleti nedeniyle yanlış bir ödeme yapmasını önlemek için uyarması gerekir.”

**D.17.1.29.3 Ulpianus:** “*Hoc idem tractari et in fideiussore potest, si, cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit quod solvere eum non oportebat. et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori: cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur”.*

**D.17.1.29.3 Ulpianus:** “Eğer bir kişi asıl borçluya söylemeden bir ödeme yapmış ve daha sonra ifa edilmiş bu borç için asıl borçlu tekrar ödeme yaparsa bu durumun tartışılması gerekir. O kişiyi önceden bu durumu asıl borçluya haber vermesi gerektiğini ve

bunu yapmadığını düşünüyorum. O vekâlet sözleşmesine dayanarak bir dava açmak isterse, ona bu hakkın tanınmaması gerekir. Çünkü ödeme yaptıktan sonra asıl borçluya haber vermemiş olması hileye benzeyen bir harekettir. Ayrıca, ikinci kez yapılan ifayı kabul eden alacaklıya açılmak üzere, asıl borçluya bir kefalet davasının tanınması gerekir.”

**Watson**'a göre birinci metinde kefilin kasıttan sorumlu olduğuna dair güçlü kanıtlar bulunmaktadır. Zaten *Ulpianus*'un zamanında özensizlik nedeniyle dava açılması da mümkün değildi. İkinci metinde ise kefil bilerek defî ileri sürmemişse bunun hile anlamına geleceği ifade edilmekle birlikte, burada ihalden ziyade kasıttan sorumlu olunacağı savunulur. Son metinde ise yine hileden dolayısıyla kasıtlı fiillerden sorumlu olunacağı ifade edilir<sup>41</sup>. Bu hususlar vekâlet sözleşmesinde vekilin sorumluluğuna da uygulanmıştır<sup>42</sup>. Dolayısıyla Klasik Hukuk Dönemi'nde vekâlet sözleşmesi için *dolus* sorumluluğunun uygulandığı genel olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklar incelendiğinde, doktrinde üç farklı görüş göze çarpmaktadır:

*Birinci görüşe göre*, Klasik Hukuk Dönemi'ne kadar bu konuda kesin bir yargıya varılamamıştır. En son varılan noktada hâkimin vereceği kararda *bona fides* prensibi etkili olmaktaydı. Var olan durumun tüm şartları, sözleşmenin tarafları, kişinin durumu dikkate alınmalıdır<sup>43</sup>.

*İkinci görüşe göre* ise Klasik Hukuk Dönemi'nde vekil müvekkilin menfaati için ve karşılıksız olarak bu sorumluluğu üstlendiğinden *dolus*'tan sorumluyken, *culpa*'dan sorumlu değildir<sup>44</sup>. Aynı şekilde borçlu sadece kastından sorumlu olduğu için *casus* (beklenmeyen haller) ve *vis maior*'dan (zorunlu nedenler) sorumlu değildir<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> *Watson*, s. 212.

<sup>42</sup> *MacCormack*, Labeo 18, s. 156.

<sup>43</sup> *Mayer-Maly*, s. 150, *Zimmermann*, s. 428.

<sup>44</sup> *Tamm*, s. 139.

<sup>45</sup> *Zilelioğlu*, Sorumluluk, s. 243.

Üçüncü görüşe göre vekilin güvenilir bir insan olarak kabul edilmesi onun menfaatedir ve *culpa* sorumluluğunu gerektirir<sup>46</sup>. Ancak vekilin sorumluluğuna ilişkin genel görüş, Klasik Hukuk Dönemi'nde daha önce de belirtildiği gibi yalnızca kastından sorumlu tutulduğudur<sup>47</sup>.

Vekilin sadece kastından sorumlu tutulması, karşılıksız bir hizmet görmeyen asgari sorumluluğu gerektirdiğine inanılmasından kaynaklanır. Klasik Hukuk Dönemi ve Cumhuriyet Dönemi'nde bu kuralın uygulandığı kabul edilir<sup>48</sup>. Çünkü ihmalden sorumlu olmaya ilişkin fikirlerin, ancak Klasik-sonrası Hukuk Dönemi'nin gelişmiş çalışmışlarının bir ürünü olabileceği ifade edilir<sup>49</sup>. Bu durum birçok kaynakta yer almaktadır:

**Collatio 10.2.3 Modestinus:** “*In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur*”.

**Collatio 10.2.3 Modestinus:** “Vekâlet sözleşmesinde kasıttan dava hakkı doğarken, ihmalden doğmaz”.

**C.2.12.10:** “*Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod gessit nullum domino praeiudicium facere potuit. quod si plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet, cum, si quid fraude vel dolo egit, convenire eum more iudiciorum non prohiberis*”.

**C.2.12.10:** “Özellikle tek bir amaç için görevlendirilen bir vekil, senin talimatlarını aşarak hiçbir şekilde senin malvarlığına zarar veremez. Eğer geniş yetkilere sahipse ve iptal edilemeyecek bir karar almışsa, ancak kasıt veya hile durumunda senin dava açmana engel olunamaz”.

Roma Hukuku'na ilişkin eserlerde bu konuya ilişkin olarak farklı fikirlerin yer almasını, bazı yazarlar Klasik Hukuk Dönemi'nin son dönemlerindeki sorumluluk kurumuna ilişkin olarak *dolus* sorumluluğunu bırakıp, *culpa*'dan sorumlu olmaya geçişe bağlamışlardır. Bazı yazarlar

<sup>46</sup> Tahiroğlu, s. 241.

<sup>47</sup> Buckland W.W., The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge-1931, s. 279; Sanfilippo C., Istituzioni di Diritto Romano, Soveria Mannelli-2002, s. 346.

<sup>48</sup> Schulz F., Classical Roman Law, Oxford-1992, s. 556.

<sup>49</sup> Ruiz, Il Mandato, s. 191

ise *culpa*'dan sorumluluğun Klasik Hukuk Dönemi'nde zaten var olduğunu ifade etmişlerdir. MacCormack ve Watson ise farklı bir görüşten yola çıkarak bu çelişkinin terminoloji ile ilgili olduğunu öne sürmüşlerdir. Bu görüşe göre, Klasik Roma Hukuku'nda *culpa* kesin ve belirleyici değildir. Sadece anlam olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma bakılarak *culpa* daha geniş ya da daha dar manada<sup>50</sup> yorumlanabilir<sup>51</sup>.

Klasik Hukuk Dönemi'nde *culpa* sorumluluğunun olup olmadığına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler bulunsa da, genel görüşe göre ihmalden sorumluluk (*culpa*) Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren uygulanmaya başlanmış ve *Iustinianus* Dönemi'nde kesin olarak düzenlenmiştir<sup>52</sup>. Bir diğer ifadeyle, Klasik Hukuk Dönemi'nde vekilin sorumluluğunun sınırı kasıt olarak belirlenmiştir<sup>53</sup>.

Vekilin Klasik Hukuk Dönemi'nde sadece kastından sorumlu olmasının temelinde iki teori yer alır. İlkine göre, vekâlet karşılıksız bir sözleşme olması sebebiyle vekilin kasıttan sorumlu olması gerekir. Çünkü vekil bu sözleşmeden bir menfaat sağlamaz. Diğer teoriye göre ise *actio mandati*'de mahkûm olmanın neticesinde *infamia* (şerefsizlik) gibi ağır bir ceza yer alması sebebiyle vekil sadece kastından sorumlu tutulmuştur<sup>54</sup>. Çünkü *infamia* kişisel haklardan mahrum bırakılmayı öngören ağır bir mahkûmiyetti<sup>55</sup> ve her iki dönemde de vekilin mahkûmiyeti *infamia* ile neticelenirdi<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup>“*Culpa*, Dikkatsizlik ve özensizlik olarak yorumlanırsa, görevi yerine getirirken kusursuz ve iyi bir aile babası gibi davranması sonucu ortaya çıkar. Çünkü burada *culpa* terimi içi çok doldurulmamış daha yüzeysel bir kavramdır. Genel olarak bir özensizliği kapsar. Hukuki olarak detaylı bir düzenleme içermez. Burada sadece *dolus*'tan sorumluluk söz konusu olur. Ancak *culpa* kusur ve kabahat olarak adlandırılırsa *dolus*'u da içeren geniş bir kavram olur. Böylece ilk durumda *culpa dolus*'u tamamlar, ikinci durumda ise onu kapsar. Eğer ikinci manada düşünülürse, *culpa* terimi hem kasıt hem de ihmali içerir. Dolayısıyla kasıt veya ihmâl durumunda sorumluluk doğar” (bu görüş için bkz. *Zimmermann*, s. 426).

<sup>51</sup> *Zimmermann*, s. 426.

<sup>52</sup> *Zimmermann*, s. 427 vd.

<sup>53</sup> *Ruiz*, II Mandato, s. 190.

<sup>54</sup> *Watson*, s. 197.

<sup>55</sup> *Honsell*, s. 152.

<sup>56</sup> *Kaser/Knütel*, s. 232.

Şerefsizlik olarak ifade edilen bu durum, *Gaius*'un *Institutiones*'inde *ignominiosae*<sup>57</sup> olarak ifade edilirken, *Iustinianus* Dönemi'ne ilişkin kaynaklarda *infamia* (şerefsizlik) ve *infamis* (şerefsiz) kavramlarının yer aldığı görülür. Ancak her iki dönemde de *infamis* ilan edilen kişiler toplum içerisinde itibarını ve güvenilirliğini yitirmiş olurdu<sup>58</sup>.

**Gai.Ins.4.182:** “*Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi.. nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremue habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio interuenire, ignominiosus esse dicitur*”.

**Gai.Ins.4.182:** “Şirket, inançlı işlem, vesayet, vekâlet ve vediaya ilişkin davaların sonucunda mahkûm olan kişiler, tıpkı hırsızlık, gasp ve yaralama davalarının mahkûmları gibi şerefsiz olarak ilan edilirler. Ancak hırsızlık, gasp ve yaralama davalarında sadece şerefsiz olarak ilan edilme değil, aynı zamanda *praetor* beyannamesinde belirtildiği gibi bir uzlaşma yapılır. Bu önemli fark borcun bir sözleşmeden mi ya da bir haksız filden mi doğduğunun göstergesidir. Bu beyannamede kişinin şerefsiz ilan edilmesi konusunda açık bir açıklama yer almazken, şerefsiz ilan edilen kişinin mahkemelerde bir başkasını temsil etmesi, temsil yetkisi vermesi, bir temsilci ya da avukat tayin etmesi ve bir temsilci ya da avukat olarak bir başkasını temsil etme yetkisinin olmadığı hala bilinmektedir”.

#### **b. Iustinianus Dönemi'ndeki Durum**

*Iustinianus* Dönemi'nde vekilin sorumluluğu incelendiğinde dönemin özelliği itibariyle sorumluluk konusunda yeni ilkelerin yer aldığı

<sup>57</sup> Klasik Hukuk Dönemi'nde Roma toplumunda, toplum içerisinde utandırıcı işler yapması sebebiyle itibarını kaybeden kişiler *ignominiosus* olarak ilan edilir ve bu kurum *ignominiosae* olarak ifade edilirdi. (*Umur*, Lügat, s. 82).

<sup>58</sup> *Ruiz*, II Mandato, s. 190.

ve *culpa* kavramının önem kazanarak ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Vekilin sorumluluk durumu da *Iustinianus* Dönemi'ndeki sözleşmesel sorumluluklara ilişkin olarak yapılan değişiklikler sonucunda *culpa*'yı kapsayacak şekilde genişletilmiştir<sup>59</sup>. Bu durum karşılıksız bir sözleşmede sadece kasıttan sorumlu olunmasının bir istisnasıdır<sup>60</sup>. Vekil bu dönemde vekâlet sözleşmesinden hiçbir menfaati olmadığı ve dolayısıyla bir ücret almadığı halde tüm kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmuştur. Vekile yüklenen bu ağır sorumluluk esasları menfaat prensibine aykırı düşen bir durumdur. Böyle bir sorumluluk yüklenmesinin sebebi vekâlet sözleşmesinin dostluk ve itimada dayanan bir sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır<sup>61</sup>. Vekil tüm kusurlarından sorumlu tutuluyorken beklenmeyen hallerden (*casus*) ve zorunlu nedenlerden (*vis maior*) bu dönemde sorumlu tutulmamıştır. Bu konuya ilişkin en önemli iki metin *Codex*'te yer almaktadır<sup>62</sup>:

**C.4.35.11:** “*Procuratorem non tantum pro his quae gessit, sed etiam pro his quae gerenda suscepit, et tam propter exactam ex mandato pecuniam quam non exactam, tam dolum quam culpam, sumptuum ratione bona fide habita, praestare necesse est*”.

**C.4.35.11:** “Bir vekil sadece hileli hareketlerinden değil aynı zamanda ihmalinden de sorumlu olacaktır. Vekil bir işin idaresini üstlendiği takdirde, vekâlet sözleşmesi gereği tahsil ettiği paranın, sadece tahsil ettiği miktardan değil, aynı zamanda tahsil edemediği miktardan da sorumlu tutulur. Ve ifa için iyi niyetle yapmış olduğu masrafları alabilmesi gerekir”.

**C.4.35.13:** “*a procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse iuris auctoritate manifeste declaratur*”.

---

<sup>59</sup> *Tamm*, s. 140.

<sup>60</sup> *Hunter W.*, Introduction to Roman Law, London-1955, s. 129.

<sup>61</sup> *Rado*, s. 154.

<sup>62</sup> *Watson*, s. 202.

**C.4.35.13:** “Bir vekil kasıt ve her türlü ihmalden sorumlu olurken, beklenmeyen durumlardan sorumlu olmayacağı hukuk düzeni tarafından açıkça belirtilir”.

*Iustinianus* Dönemi'nde vekilin sorumluluğu *culpa*'yı kapsayacak şekilde genişletilmiş, genel sorumluluk ilkesi olarak kusur sorumluluğu benimsenmiş ve *culpa* çeşitli derecelere ayrılarak kişinin zararının doğmasında kusurunun olup olmadığı, eğer kusurlu ise kusurunun derecesinin belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda *culpa*'nın *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa in abstracto* ve *culpa in concreto* olarak sınıflandırması yapılmıştır<sup>63</sup>. Ancak doktrinde *culpa lata* ve *culpa levis* kavramlarının Klasik Sonrası Döneme ait bir görüş olduğunu kabul edenler de bulunmaktadır. Bu dönemde kişilerin en hafif kusurundan bile sorumlu tutulması bunun kanıtı olarak gösterilir<sup>64</sup>.

Ağır ihmal (*culpa lata*), aşırı bir dikkatsizlik ve hukuksuzluk içeren, kasta yakın bir kusur olarak ifade edilir. Makul bir kişiden beklenen dikkat ve özenin gösterilmemiş olması durumudur. Hafif ihmal (*culpa levis*) ise dikkatli bir kişiden beklenen dikkat ve özenin gösterilmemesidir<sup>65</sup>. Bunun dışında ağır ihmalin, kasıt kadar olmasa da kanunsuzluk niyeti taşıyan ve kasta yakın bir kusur olarak anlaşılması için çalışmalar yapılmıştır<sup>66</sup>. Bu çalışmaların sonucunda *Iustinianus* Dönemi'nde ağır ihmal kasta eşit sayılmış ve kasıt hükümlerine tabi tutulmuştur. Böylece ağır ihmalden sorumlu olunmayacağına dair yapılan sözleşmeler de geçersiz kabul edilmiştir<sup>67</sup>. Kaynaklarda bu konuya ilişkin çeşitli metinler bulunmaktadır:

**D.50.16.213.2 Ulpianus:** "*Lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*"

**D.50.16.213.2 Ulpianus:** “Ağır ihmal en aşırı ihmaldir. Herkesin bildiğini bilmemek demektir”.

<sup>63</sup> Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 243.

<sup>64</sup> MacCormack, SZ 89, s. 125; Söğütlü Erişgin, Quasi Delicta, s. 131.

<sup>65</sup> MacCormack, SZ 89, s. 126.

<sup>66</sup> MacCormack, SZ 89, s. 125.

<sup>67</sup> Erdoğmuş, s. 36.

**D. 50. 16. 226 (Paulus):** “*Magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est*”.

**D. 50. 16. 226 (Paulus):** “Ağır ihmal, kasta eşit bir kusurdur”.

Hafif ihmalden sorumluluğun belirlenmesi açısından soyut ve somut olmak üzere iki ölçü belirlenmiştir. Bazı sözleşmelerde hafif ihmalden sorumluluk için soyut ölçü aranırken, bazı sözleşmelerde ise somut ölçü esas alınır. Dürüst ve dikkatli bir kişiden beklenen özenin gösterilmemiş olması durumunda soyut bir ölçü (*culpa in abstracto*) söz konusudur. Romalılar bu durum için iyi bir aile babasının gösterdiği dikkat ve özeni (*diligentia boni patris familias*) temel almışlardır. Bazı borç ilişkilerinde ise ihmal için somut ölçü (*culpa in concreto*) kabul edilmiştir. Bu ölçüde borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özene bakılmaktaydı<sup>68</sup>. Ayrıca bu dönemde hafif ihmalden sorumluluğun olağan hali bütün kusurlardan sorumluluk olarak kabul edilmiş ve hafif ihmalden sorumluluk aksi kararlaştırılabilen bir sorumluluk olarak nitelendirilmiştir<sup>69</sup>. Dolayısıyla bu dönemde vekil de tüm kusurlarından sorumlu tutulmuştur. Vekilin, zararın doğmasında bir kusuru yoksa sorumluluğu da olmazdı. Vekilin bu sorumluluğuna ilişkin metinlere *Codex*'te rastlanmaktadır:

**C.4.35.21:** “*In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est. nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est*”.

**C.4.35.21:** “Vekâlet davasında, dava konusu genelde paraya ilişkin olmasına karşın, aynı zamanda itibar kaybına ilişkin de olabilmektedir. Bu durum, bir kişinin malvarlığının idaresini üstlenen bir vekilin büyük oranda müvekkilin isteklerine göre

---

<sup>68</sup> Karadeniz-Çelebican, s. 288, Erdoğan, s. 38; Rado, s. 39 vd.

<sup>69</sup> Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 260.



hareket etmemesinden kaynaklanır. Başkalarının işlerinin idaresinde azami dikkat ve özenin gösterilmesi gerekir. Bu şekilde idare edilen bir iş için ihmal veya kusur iddiasında bulunulamaz”.

**C.4.35.4:** “*Etiam si contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt, si tamen nihil culpa tua factum est, sumptus, quos in lite probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes*”.

**C.4.35.4:** “Eğer mahkemede onların savunmasını üstlenmen için vekil olarak tayin edildiyse ve işin idaresinde bir kusurun yoksa bu iş nedeniyle yapmış olduğun masrafları geri almak için onlara karşı vekâlet davası açma hakkına sahip olursun”.

**C.4.35.9:** “*Cum per procuratorem causam tuam laesam esse dicas, mandati actio adversus eum tibi competit*”.

**C.4.35.9:** “Eğer vekilinin bir eylemi nedeniyle davanın zarar gördüğünü iddia edersen, ona karşı senin lehine bir vekâlet davası tanınır”.

*Iustinianus* Dönemi'nde kusurun tüm derecelerinden sorumluluğun kabul edilmesiyle bazı sözleşmelerin özellikleri nedeniyle genel esaslardan ayrılarak yeniden gözden geçirildiği görülmektedir<sup>70</sup>. Bu amaçla kusur sorumluluğu anlayışının ölçütleri olarak *diligentia* (özen yükümü) ve *utilitas* (menfaat prensibi) değişik borç ilişkilerinde değişik ağırlıklarda kullanılmıştır. *Diligentia* borcun ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve özendir. Aksi halde *neglegentia* (özensizlik) ve dolayısıyla ihmal söz konusu olur ve bu özeni göstermemiş olan borçlu kusurlu sayılarak hafif ihmalden sorumlu olurdu<sup>71</sup>.

Vekilin sorumluluğunun sınırlarının belirlenmesinde de en önemli unsur *diligentia* (özen yükümü) olmuştur. Bir vekil, sözleşmeyi ifa ederken iyi bir aile babası gibi (*bonus pater familias*) gerekli önlemleri

<sup>70</sup> Erdoğmuş, s. 36.

<sup>71</sup> Umur, Lügat, s. 58.

almak ve iyi bir aile babasının özeniyle hareket etmek zorundaydı<sup>72</sup>. Burada iyi bir aile babası kavramıyla ifade edilmek istenen dikkatli ve özenli bir insan tasviridir. Dolayısıyla vekilin sorumluluğu soyut ölçüye göre belirlenirdi. Vekilin müvekkili bir kayıp ya da zarara uğratmamak için sözleşmeyi özenle yerine getirmeyi taahhüt ettiği kabul edilirdi<sup>73</sup>. Vekilin dikkat ve özenle vekâleti yerine getirmesi sözleşmenin temel hususlarından görülmüş<sup>74</sup> ve bu durum *Ulpianus* tarafından *Digesta*'da ele alınmıştır:

**D.50.17.23 Ulpianus:** “*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit*”.

**D.50.17.23 Ulpianus:** “Belli sözleşmelerde sorumluluk sadece hileyi (*dolus malus*) içerirken, diğerleri için hem kasıt hem de ihmali içerir. Hileyi içeren sözleşmeler vedia ve *precarium* başlığı altındaki devirlerdir. Hem kasıt hem ihmali içerenler ise vekâlet, ariyet, satım, rehin, kira, cihaz vaadi, vesayet ve vekâletsiz iş görmedir. (En az ikisi aynı zamanda özen yükümlülüğü - *diligence*- gerektirir). Şirket sözleşmesi ve müşterek mülkiyet de hem kasıt hem de ihmali içerir”.

Vekâlet sözleşmesinin ifasında yapılan dikkatsizlik veya sadakatsizlik toplum içerisinde utanç verici bir davranış olarak kabul edilirdi. Bu durum *Cicero* tarafından “*summum dedecus*” (büyük utanç) olarak ifade edilmiştir<sup>75</sup>:

**Cicero pro Roscio Amerino:** “*In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut*

---

<sup>72</sup> Harvey W. F, Roman Law of Contracts, Colorado-1996, s. 68; Hunter, s. 126 vd.

<sup>73</sup> Hunter, s. 126 vd.

<sup>74</sup> Ruiz, Il Mandato, s. 159.

<sup>75</sup> Honsell, s. 150.

*commodi causa verum etiam neglegentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant*".

**Cicero pro Roscio Amerino:** "Özel işlerde, bir kişi kendisine emanet olarak verilen bir işi bir başkası için yönettiğinde, o kendi kazancı veya menfaati uğruna kötü niyetli davranmamalıdır. Ama dikkatsizce davranırsa, atalarımız onun büyük bir utanç içinde olacağını düşünürler".

*Cicero* bu metinde özensiz ve dikkatsiz hareket eden (*neglegens*) bir vekilin de tıpkı kötü niyetli bir vekil gibi *infamia* ile cezalandırılacağını ifade eder. Bu ifade Klasik Hukuk Dönemi'nde kasıttan sorumlu olduğuna dair genel görüşe ters düşmektedir. Bu nedenle günümüz Roma Hukuku doktrininde Cumhuriyet Dönemi'nde vekilin sadece kastından sorumlu olduğu kabul edilirken, ihmalkâr ve tedbirsiz bir vekilin kötü niyetli bir vekil gibi sorumlu tutulması reddedilir<sup>76</sup>.

Vekilin sorumluluğu incelenirken değinilmesi gereken bir konu da *utilitas* (menfaat/fayda) prensibine ilişkindir. Bu prensip Klasik Hukuk Dönemi'nde ortaya çıkmış ancak *Iustinianus* Dönemi'nde *omnis culpa* esasını hafifletmek ve sorumluluk derecelerini saptamak için hukuk düzeni tarafından kullanılmaya başlanmıştır<sup>77</sup>. Bu bağlamda *utilitas* prensibine göre, sözleşmeden menfaati olan tarafın sorumluluğu da daha ağır olur ve hafif ihmalin bulunmaması istenirdi. Ancak bu prensibin uygulanması mutlak değildi ve istisnaları bulunurdu<sup>78</sup>. Bu istisnalardan biri de vekâlet sözleşmesidir. Vekâlet sözleşmesi ücretsiz olmasına ve vekilin hiçbir menfaati olmamasına rağmen ihmalden de sorumlu tutulmuştur. Dolayısıyla vekilin ihmali ile ya da *bona fides*'e (dürüstlük/iyi niyet) aykırı olarak yaptığı tüm fiiller için müvekkilin dava açma hakkı bulunurdu<sup>79</sup>. Bu durum *Digesta*'da *Ulpianus*'a ait olan bazı metinlerde ifade edilmektedir:

<sup>76</sup> Watson, s. 200.

<sup>77</sup> Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 260 vd.

<sup>78</sup> Umur, Ders Notları, s. 310.

<sup>79</sup> Mayer-Maly, s. 151.

**D.17.1.10 pr. -1 Ulpianus:** “*Idemque et in fundo, si fundum emit procurator: nihil enim amplius quam bonam fidem praestare eum oportet qui procurat. Sed et si de sanitate servi procuratori cautum est aut caveri potest aut de ceteris vitiis, idem erit dicendum. Aut si culpa caveri non curaverit, condemnabitur*”.

**D.17.1.10 pr. -1 Ulpianus:** “Bu kural aynı zamanda taşınmaz eşyalara da uygulanır. Bir vekil, bir arazi aldığı zaman, kendisini vekil tayin eden kişiye karşı iyi niyete aykırı fiillerinden sorumlu olacaktır. Bir kölenin sağlığına veya başka kusurlarına ilişkin olarak vekile teminat verildiği zaman, aynı kural uygulanacaktır. Eğer vekil ihmali nedeniyle güvenliği sağlayamamışsa müvekkil onun aleyhine karar verilmesini isteyebilecektir”.

Sonuç olarak vekil, *Iustinianus* Dönemi’nde tüm kusurlarından sorumlu tutulurdu. Diğer bir ifadeyle kasit ve ihmalden sorumlu tutulurken, bu dönemin genel anlayışı gereği beklenmeyen zararlar ve zorunlu nedenlerden sorumlu değildi.

**D.50.17.23 Ulpianus:** “*Casus a nullo praestatur*”.

**D.50.17.23 Ulpianus:** “Beklenmeyen hallerden kimse sorumlu olmaz”.

İhmal konusunda ise vekil hafif ihmallerinden soyut ölçüye göre sorumlu tutulurdu. Vekilin sözleşmenin ifası sırasında iyi bir aile babasının gösterdiği özeni göstermesi beklenirdi. Aksi takdirde özensiz davrandığı kabul edilir ve hafif ihmalden de sorumlu olurdu. Müvekkile söz konusu zararının tazmini için tanınan dava *actio mandati directa* olarak ifade edilirdi. *Actio mandati directa* bir iyiniyet davasıdır. Bu dava ile vekilin sözleşmenin ifası nedeniyle kazanmış olduğu ya da üçüncü kişilerden elde ettiği değerlerin müvekkile devri sağlanırdı<sup>80</sup>.

### 3. Müvekkilin Sorumluluğu

Vekâlet sözleşmesi karşılıksız bir sözleşmedir ve vekilin bu sözleşmeden bir menfaati olmamalıdır. Bu noktadan hareketle, sorumluluğun belirlenmesinde menfaat ve fayda prensibinin rol oynaması

---

<sup>80</sup> Kaser/Knütel, s. 232.

beklenir. Ancak görüldüğü gibi vekilin sorumluluğunda tersine bir durum söz konusudur. Müvekkil için ise genel kurallara göre belirlenen bir sorumluluk söz konusudur. Bu bağlamda vekil, bazı şartlar altında müvekkilden kayıplarının yani yaptığı masrafların ve bu sözleşmeyi ifa ederken uğradığı zararların tazmini ve yüklendiği borçların üzerinden alınmasını isteyebilirdi. Bu taleplerini müvekkile karşı *actio mandati contraria*'yı açma hakkı kullanarak ileri sürebilirdi<sup>81</sup>.

*Actio mandati contraria*'nın sonucunda *infamia* mahkûmiyeti yer almazdı<sup>82</sup>. Ancak vekilin hiçbir menfaat temin etmediği bir sözleşmeden zarara uğraması da Roma Hukukçuları tarafından olumsuz karşılanırdı. Böyle bir durumda vekilin zararının tazmin edilmesi gerekirdi<sup>83</sup>. *Digesta*'da konuya ilişkin çeşitli metinlere rastlanmaktadır:

**D.17.1.12.9 (Ulpianus):** “*Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebō mandati actionem de pretio recipiendo: sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio: aut si rem emptam nolis recipere: simili modo et si quid aliud mandaveris et in id sumptum fecero*”.

**D.17.1.12.9 (Ulpianus):** “Eğer senin için bir şeyler kazanmam amacıyla bana vekâlet vermişsen ve onları kendi paramla alıyorsam o bedeli tazmin etmek için sana karşı dava hakkım olacaktır. Ama eğer senin paranla almışsam ve eşyanın kazanılmasında iyiniyet varsa veya satın alındıktan sonra devralmayı reddetmişsen benim *actio mandati contraria*'yı açma hakkım doğar”.

**D.17.1.20 pr. (Paulus):** “*Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit*”.

<sup>81</sup> Benke/Meissel, s. 195; Rado, s. 155.

<sup>82</sup> Honsell, s. 152.

<sup>83</sup> Hunter, s. 130.

**D. 17.1.20 pr. (Paulus):** “Vekâletle sorumluluk altına giren kişi kendi hesabına bir menfaat temin etmemelidir. Ayrıca faiz karşılığı ödünç verdiği parayı tahsil edememişse bu zarara katlanmamalıdır”.

Vekilin masrafları talep edebilmesi açısından en önemli unsurları olarak bu masrafları iyiniyetle yapmış olması ve bu masrafların her kim vekil olursa yapmak zorunda olmasıdır. Bu şartlar mevcut ise müvekkil masrafları tazmin etmek zorundaydı. Burada masrafların iyi niyetle yapılıp yapılmadığını belirlemek zordur. Ancak bunu belirlemek için sözü edilen unsurlar, yani masrafların gerekliliği, faydalı olması ve iyiniyetle yapılmış olması önemli kıstaslardır<sup>84</sup>. *Digesta*'da bu unsurlara değinen metinlere rastlanmaktadır:

**D.17.1.27.4 (Gaius):** “*Impendia mandati exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere*”.

**D.17.1.27.4 (Gaius):** “Vekil iyiniyetli ise vekâletin ifası sırasında ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi gerekir. Müvekkil kendisi o işlemi yapsaydı daha az masraf olmayacaktı ise iki durum arasında bir fark olmadığı kabul edilmiştir”.

**D.17.1.56.4 (Papinianus):** “*Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, iudicio mandati restitui necesse est*”.

**D.17.1.56.4 (Papinianus):** “Eğer vekil yüklendiği işi bitirememişse iyiniyetle yapmış olduğu harcamaların tazmini amacıyla dava açabilmesi için bu harcamaların gerekli olması aranır”.

Hem vekil hem de müvekkil tarafından açılmış olan vekâlet davası söz konusu olduğunda, tarafların talepleri haklı bulunduğu takdirde, alacaklar birbirine mahsup edildikten sonra aradaki fark ilgili tarafa

---

<sup>84</sup> Watson, s. 155.

tazmin ettirilirdi. Böylece dava sonucunda her iki tarafın da zararı karşılanmış olurdu<sup>85</sup>.

Sonuç olarak hem Klasik Hukuk Dönemi hem de *Iustinianus* Dönemi'nde müvekkil sadece *dolus*'tan sorumlu tutulmuştur. Bunu Klasik Hukuk Dönemi'nde genel sorumluluk ölçütleri olarak *dolus* ve *custodia* sorumluluğunun olduğunu belirten eserler de destekler niteliktedir<sup>86</sup>.

## SONUÇ

Roma Hukuku'nda vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluk, Klasik Hukuk ve *Iustinianus* Dönemi'nde farklılık gösterir. Öncelikle Klasik Hukuk Dönemi'ne ilişkin eserler incelendiğinde, bu dönemde vekilin sadece kasıtlı fiillerinden sorumlu olduğu görülür. Aynı şekilde müvekkil de kasıttan sorumlu tutulmuştur.

*Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde, sorumluluk konusunda yeni ölçütler belirleme yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda, kusur derecelendirilmiş ve ihmal ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) olarak ikiye ayrılmıştır. Ayrıca *diligentia* (özen yükümü) ve *utilitas* (menfaat/fayda) prensiplerine yer verilmiştir.

Hafif ihmalin belirlenmesinde iki ölçü kullanılmıştır. İlki *culpa in abstracto* olarak ifade edilen soyut ölçüdür. Burada iyi bir aile babasının gösterdiği dikkat ve özenin gösterilmesi (*diligentia boni patris familias*) beklenir. İkincisi ise somut ölçüdür (*culpa in concreto*). Bu ölçüde borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özene bakılır. Vekâlet sözleşmesinde vekilin sorumluluğu soyut ölçüye göre belirlenir ve vekilin iyi bir aile babasının gösterdiği dikkat ve özeni göstermesi gerekirdi.

Tüm bu gelişmelerin sonucunda *Iustinianus* Dönemi'nde vekil tüm kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmaya başlanırken, müvekkil Klasik Hukuk Dönemi'ndeki gibi sadece kastından (*dolus*) sorumlu tutulmuştur.

<sup>85</sup> Kaser/Knütel, s. 232.

<sup>86</sup> Bkz. Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 250.

## KAYNAKÇA\*\*

- Benke Nikolaus /Stefan Meissel Franz:** Übungsbuch Römisches Recht, Wien 2003
- Buckland, W.W.:** The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge 1931
- Burdick, William L:** The Principles of Roman Law, New York 1938
- Cerutti, Davide:** Tra Gratuiti E Onerosità: La Donazione Gravata Da Un Onere, Zürich 2008
- Di Marzo Salvatore:** Roma Hukuku, İstanbul-1954
- Erdoğan, Belgin:** Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005
- Harvey, W. F.:** Roman Law of Contracts, Colorado 1996
- Honsell, Heinrich:** Römisches Recht, Zürich 2011
- Hunter, William:** Introduction to Roman Law, London 1955
- Karadeniz-Çelebican, Özcan:** Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 2000
- Kaser, Max /Knütel, Rolf:** Römisches Privatrecht, München 2005
- Koscahaker Paul /Ayiter Kudret:** Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara-1983
- MacCormack, Geoffrey:** Culpa, SDHI 38 (1972), s. 123-188 [SDHI 38]
- MacCormack, Geoffrey:** Culpa in Eligendo, RIDA 18 (1971), s. 525-551 [RIDA 18]
- MacCormack, Geoffrey:** Custodia und Culpa, SZ 89 (1972), s. 149-219 [SZ 89]
- MacCormack, Geoffrey:** Liability of the Mandatary, Labeo 18 (1972), s. 156-172 [Labeo 18]

---

\*\* Bir yazarın, birden fazla eserine gönderi yapılan durumlarda, eserleri birbirinden ayırmak için, köşeli parantez içinde eserin kısaltması verilmiştir



- Mayer-Maly, Theo:** Römische Recht, New York 1999
- Rado, Türkan:** Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1997
- Ruiz, Arangio:** Il Mandato in Diritto Romano, 1949- Napoli, [Il Mandato]
- Ruiz, Arangio:** Istituzioni Di Diritto Romano, Napoli-1947, [Istituzioni]
- Sanfilippo, Cesare:** Istituzioni di Diritto Romano, Soveria Mannelli 2002
- Schulz, Fritz:** Classical Roman Law, Oxford 1992
- Söğütlü Erişgin Özlem:** Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara-2002 [Quasi Delicta]
- Söğütlü Erişgin Özlem:** Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara-2010 [Hasar]
- Tahiroğlu, Bülent:** Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005
- Tamm, Ditlev:** Roman Law, Copenhagen 1997
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1990 [Ders Notları]
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975 [Lügat]
- Watson, Alan:** Contract of Mandate in Roman Law, Oxford 1961
- Zimmermann, Reinhard:** The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town 1992
- Zilelioğlu, Hilal:** Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-1985 [Custodia]
- Zilelioğlu, Hilal:** Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", AÜHFD 1987, C. 39, Sa. 1-4, s. 241-264

#### **DIGESTA METİNLERİ İÇİN YARARLANILAN KAYNAKLAR**

[http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/digest\\_Scott.htm](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/digest_Scott.htm)  
<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>

### **KISALTMALAR**

AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	:Cilt
D.	:Digesta
Labeo	:Labeo, Rassegna di diritto romano
s.	:Sayfa
Sa.	:Sayı
SDHI	:Studia et Documenta Historiae et Iuris
SZ	:Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,
vd.	:ve devamı

## AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTINDA YER ALAN SİĞİNMA HAKKININ TAHLİLİ

Neva Övünç Öztürk\*

### ÖZET

Sığınma olgusu, sığınma ihtiyacı içerisinde olan bireyin temel haklarını ikame etmektedir ve doğası gereği insan hakları ile sıkı bir ilişki içerisinde. Bu ilişkiye rağmen uluslararası hukukta sığınma hakkı, devletin egemenlik hakkının bir uzantısı olarak kabul edilmektedir. Bu hâliyle, birey açısından sığınma arama ve sığınmadan faydalanma hakkı olarak anlaşılan sığınma hakkı, devletlere sığınmacıyı ülkeye kabul etme ve sığınma sağlama sorumluluğunu yüklememiştir.

Sığınma hakkının doğası ve devlet egemenliği ekseninde şekillenen uluslararası hukuktaki görünümü gereği sahip olduğu bu iki boyutlu anlam, sığınma hakkını düzenleyen Avrupa Birliği Temel haklar Şartı'nın 18. maddesinin hangi boyutta ele alınması gerektiği noktasında soru işaretleri oluşmasına sebebiyet vermiştir. Zira Temel Haklar Şartı'nda yer alan sığınma hakkına ilişkin düzenlemenin lafzı bu hususta yeterince açık değildir. Ancak Şart'ta yer alan düzenlemenin yorumlanması neticesinde, bu düzenlemenin uluslararası hukuktaki sığınma hakkının bir yansıması olduğu ve Avrupa Birliği'nin uluslararası koruma hususunda var olan sorumluluklarından daha fazlasını ortaya koymadığı anlaşılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Sığınma, sığınma hakkı, sığınma arama hakkı ve sığınmadan faydalanma hakkı, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı.

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

## EVALUATION OF THE RIGHT TO ASYLUM IN ARTICLE 18 OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION

### ABSTRACT

Asylum is significantly related to human rights and deserves to be an individual right as it provides substitute protection of fundamental rights for those who lack the protection of their states of origin. However, the perception of the right of asylum in international law has not developed in accordance with the nature of the concept of asylum. Right of asylum in international law refers to the right of the state to grant asylum, being nothing more than a reflection of the state sovereignty. Within this context, individual asylum seeker is donated only with the right to seek and enjoy asylum.

Since the nature of asylum and its perception in international law has developed through different directions; right to asylum, designated in article 18 of the Charter of Fundamental Rights of The European Union, needs to be clarified. The reason for the need of such clarification is due to the ambiguous wording of the Charter's relevant provision. Although the inclusion of right to asylum in the Charter was welcomed with some hope for constituting a challenge to the traditional perception in international law, it turns out to be a disappointment when the provision is fully interpreted. This is because; the right to asylum in the aforementioned provision brings nothing new to the traditional concept of right of asylum in international law.

**Keywords:** Asylum, right of asylum, right to seek and enjoy asylum, European Union's Charter of Fundamental Rights.

### GİRİŞ

Avrupa Birliği'nin (AB) kendine has bir temel haklar kaynağına duyduğu ihtiyacın karşılanması için oluşturulan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Temel Haklar Şartı/Şart) Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Kurucu Antlaşmalar ile aynı seviyede bağlayıcılık

kazanmıştır. Şart'ın teminat altına aldığı haklar arasında sığınma hakkı da bulunmaktadır.

Ancak Temel Haklar Şartı'nda yer alan sığınma hakkının içeriği konusunda soru işaretleri bulunmaktadır. Bu belirsizlik sığınmanın, sığınan ve sığınılan açısından farklı anlamlar taşıması ve sığınma hakkının da bu farklılığa bağlı olarak yeknesak bir içeriği hâiz olmamasından kaynaklanmaktadır. Sığınma temel hakların ikamesine ilişkin olduğundan, doğası gereği insan hakları ile sıkı bir ilişki içerisindedir. Bu bakış açısıyla sığınma hakkının sığınan açısından "sığınma sağlanma" hakkı olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Ancak uluslararası hukukta sığınma hakkının görünümüne bakıldığında bu hakkın sığınılan (devlet) ekseninde şekillendiği ve bir devlet hakkı olduğuna tespit edilebilecektir. İşte, bu noktada sığınma hakkının birbirinden farklı olan bu iki boyuttan hangisinin Şart'a yansımış olduğunun tespiti önem taşımaktadır.

Bu bağlamda, makalede cevabını aradığımız soru, Temel Haklar Şartı'nda yer alan sığınma hakkının ne anlama geldiğidir. Bu hak bireysel anlamda, sığınma sağlanma hakkı mıdır? Yoksa Birliğe âit bir hak olarak birey açısından sadece sığınma arama ve sığınmadan faydalanma içeriğine mi sahiptir? Bu sorunun cevabını değerlendirmeye geçmeden önce, makalenin ilk bölümünde, genel olarak Temel Haklar Şartı; Şart'a duyulan ihtiyaç, Şart'ın bağlayıcılığı ve kapsamı çerçevesinde incelenmiştir. Makalenin ikinci bölümünde ise, öncelikle sığınma hakkının sığınan ve sığınılan açısından görünümleri ortaya koyulmuş daha sonra da Temel Haklar Şartı'nda yer alan sığınma hakkının hangi boyuttan bu hakkı ele aldığı, Birlik hukuku çerçevesinde tespit edilmeye çalışılmıştır.

## **I. TEMEL HAKLAR ŞARTI'NA GENEL BİR BAKIŞ**

### **A. Temel Haklar Şartı'na Duyulan İhtiyaç**

Avrupa Birliği<sup>1</sup> çatısı altında temel hakların korunması her zaman belirgin bir öneme sahip olmuştur<sup>2</sup>. Üye devletlerin ulusal hukukları

<sup>1</sup> Lizbon Antlaşması'nın (*Treaty of Lisbon*, OJ C 306, 17.12.2007) 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte tüzel kişiliği oluşturulan Avrupa Birliği,

açısından temel haklara saygı gösterme yükümlülüklerinin yanında<sup>3</sup>, bu devletlerin ve AB kurumlarının, AB hukukunu uygularken de bireylerin temel haklarını gözetmesi beklenmiştir<sup>4</sup>. Bu beklenti aynı zamanda Birlik içerisinde demokrasinin tam anlamıyla hâkim olabilmesi için temel hakların etkin bir şekilde korunması gerektiği görüşüne dayanmıştır<sup>5</sup>. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD)<sup>6</sup> kararlarında temel

---

Avrupa Topluluğunun yerini almıştır. Bu makalede de Avrupa Topluluğu (AT) yerine Avrupa Birliği (AB) ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Lizbon Antlaşması ile getirilen değişiklikle birlikte, AB'nin AT'nin yerini almasına ilişkin olarak bkz. AB Antlaşmasının Birleştirilmiş metni, (*Consolidated Version of the Treaty on European Union*, C-83/19, 30.3.2010) .md. 47.

<sup>2</sup> 1992 tarihli Avrupa Birliği'ni Kuran Antlaşma (Maastricht Antlaşması)'nın Dibace'sinde özgürlüğe, demokrasiye insan hakları ve temel özgürlüklere ve hukuk devletine saygı duyulmasının teyit edilmesiyle şekillenen bu anlayış, Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması'nın 2. maddesine "*Birlik, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur*" ifadesiyle yansımıştır. Bu hususta ayrıntılı bilgiler için ayrıca bkz. **Taşdemir, H./Demir, H.**: "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", Avrupa Çalışmaları Dergisi, Güz 2002, C.2, S.3, ss.86-90; **Metin, Y.**: "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2002, C. 57, S. 4, ss. 37-40.

<sup>3</sup> AB'ye üye olan tüm devletler, insan haklarına ilişkin diğer sözleşmelerin yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraftır.

<sup>4</sup> Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması'nın 6(3). maddesinde, "*İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklar, Birlik hukukunun genel ilkelerinin parçası*" olarak kabul edilmiştir. Aynı anlayış, Lizbon Antlaşması ile getirilen değişiklikten önceki AB Antlaşması'nın 6(2). maddesinde de görülmekteydi: (Lizbon Antlaşması öncesi) AB Antlaşmasının Birleştirilmiş Metni (*Consolidated Version of the Treaty on European Union*, C 321 E/5, 29.12.2006), md. 6(2).

<sup>5</sup> **Di Federico, G.**: *The EU Charter of Fundamental Rights, From Declaration to Binding Instrument* Heidelberg-London-New York, 2011, s.8. Bununla birlikte, Baykal'ın ifadesi ile; AB bütünlüşmesi çerçevesinde üye devletlerin yetki devrinde bulunmaları ile birlikte bu yetkilerin her derinleşme aşaması ile biraz daha artması AB düzeyinde, AB kurumları tarafından yapılacak işlem ve eylemlerin temel haklara uygunluk bakımından denetimlerini bir zorunluluk haline getirmiştir: **Baykal, S.**: "Temel Haklar", içinde, **Akçay, B./Bayraktaroğlu Özçelik G. (eds.)**: *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Ankara 2010, s.372.

<sup>6</sup> Divan, Lizbon Antlaşması ile getirilen değişiklikten önce Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) olarak faaliyetini sürdürmekteyken, Lizbon Antlaşması sonrası Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) adını almıştır. Bu makalede Divan'a gönderme yapılırken ATAD yerine ABAD adının kullanılması tercih edilmiştir: bkz. AB Antlaşması, md.19.

hakların korunması hususuna 1960'lı yıllardan başlayarak özel bir değer verildiği gör÷lmektedir<sup>7</sup>.

Birlik tasarrufları açısından, temel haklara riayet edilmesi yönündeki hassasiyet, Birliğe has bir temel haklar kaynağının oluşturulması ihtiyacını doğurmuştur. Bu yönde, 1999 yılında gerçekleştirilen Köln Zirvesi'nde bu ihtiyacın karşılanması için *ad hoc* bir konvansiyon oluşturulmasına karar verilmiştir<sup>8</sup>. Konvansiyon, bir yıllık süre içerisinde çalışmalarını tamamlayarak temel haklara ilişkin bir katalog oluşturmuştur. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı başlığını taşıyan söz konusu katalog; Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon Başkanları tarafından 7 Aralık 2000 tarihinde ilân edilerek, AB'nin ilk temel haklar kaynağı olmuştur<sup>9</sup>.

## **B. Temel Haklar Şartı'nın Genel Kapsamı**

Şart, kapsam bakımından bireysel haklara odaklanarak; medeni, siyâsî, ekonomik ve sosyal hakları yedi ana bölüm başlığı altında düzenlemiştir. Bu başlıklar; saygınlık (m.1-5), özgürlükler (m.6-19), eşitlik (m.20-26), dayanışma (m.27-38), vatandaş hakları (m.39-46), adalet (m.47-50) ve genel hükümlerdir (m.51-54). Birliğin, insan saygınlığı, özgürlük, eşitlik ve dayanışmanın bölünmez ve evrensel değerleri ile demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri üzerine kurulmuş olmasından hareketle, Şart'ın amacı, Dıbase'de belirtildiği üzere temel hakların korunmasının güçlendirilmesidir. Böylelikle Avrupa halkları,

<sup>7</sup> Bu husustaki ABAD kararları için bkz. *Stauder v. City of Ulm*, C- 29/69, [1969], ECR 419, para. 7; *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, [1970], ECR 1125, paras. 3, 4.

<sup>8</sup> Konvansiyon'un oluşumu ve organizasyonu konusunda ayrıntı bilgi için bkz. *Ersava, F.*: "Avrupa Temel Haklar Şartı", Ankara Avrupa alışmaları Dergisi, Güz 2005, C. 5, S.1, ss. 5-8; Temel Haklar Sözleşmesi'nin hazırlık süreci için ayrıca bkz. *Metin*, ss. 40-46; *Taşdemir/Demir*, ss. 91-94.

<sup>9</sup> Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*), 18 Aralık 2000 tarihinde Topluluk Resmî Gazetesinde yayınlanmıştır: 2000/C 364/01. Temel Haklar Şartının İngilizce metnine, [www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf) adresinden ulaşılabilir (21.01.2013).

aralarında süreklilik esasına dayanan en sıkı birliği oluşturarak ortak değerlere dayanan barışçıl bir geleceği paylaşabileceklerdir.

Şart'ta teminat altına alınan temel haklar, Birliğin amaçları, Kurucu Antlaşmaları, üye devletlerin anayasal gelenekleri ile uluslararası yükümlülükleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birlik ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Sosyal Şartlar, ABAD ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları kaynak alınarak şekillendirilmiştir<sup>10</sup>. Bu haliyle Şart'ın, Birlik hukuku kapsamında mevcut olan temel hakları teyit etmeyi hedeflediği görülmektedir<sup>11</sup>.

### C. Temel Haklar Şartı'nın Bağlayıcılığı

Şart, üye devletlerin imzaladığı bir antlaşma olmadığı gibi üye devletler tarafından imzalanan bir antlaşmanın içinde de yer almadığı için sadece ilan edilmekle hukukî bağlayıcılık kazanamamıştır. Bu haliyle ABAD'ın çeşitli kararlarında referans kaynağı olabilmıştır<sup>12</sup>. Şart'ın hukukî etkisinin belirginleştirilmesi ve güçlendirilmesi amacıyla, Avrupa Anayasal Antlaşması (Anayasal Antlaşma)<sup>13</sup> içerisine Şart'ın hükümleri de eklenmiştir. Ancak 2005 yılında Anayasal Antlaşma'nın kabul edilmesi için Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumlardan olumsuz sonuç alınması neticesinde, Anayasal Antlaşma ile birlikte Antlaşma'nın

<sup>10</sup> Bkz. Şart'ın Dibasesi, para.5; Şart, md. 53.

<sup>11</sup> ABAD, *EP v. Council* davası kararında, Şart'ın (karar tarihi itibarıyla) hukukî bağlayıcılığı hâiz olmadığını belirtmekle birlikte düzenlemenin temel amacının Birlik hukukunun genel ilkelerini teminat altına almak olduğunu vurgulamış ve Şart'a bu bağlamda ilk kez göndermede bulunmuştur: *EP v. Council* [2006] ECR I-5769.

<sup>12</sup> ABAD'ın bu yöndeki kararlarından örnekler için bkz. *Unibet (London) Ltd. And Unibet (International) Ltd v. Justitiekanslern*, C-432/05, [2007], ECR I-2271, para. 37; *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, C-303/05, [2007], ECR I-3633, para.46; *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05, [2007], ECR I-10779, para. 44; *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG*, C-244/06, [2008], ECR I-505, para.41; *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, (joint cases)* C-402/05 P ve C-415/05 P, [2008], ECR I-6351, para. 335; *Productores de Musica de Espana (Promusicae) v. Telefonica de Espana SAU*, C-275/06, [2008] ECR I-271, para.64.

<sup>13</sup> Anayasal Antlaşma 2004 yılında AB'ye üye olan devletlerin hükümetlerince Roma'da imzalanmış ancak yürürlüğe girmemiştir: *Treaty Establishing a Constitution for Europe*, OJ C310, 16. 12. 2004.



içerisine eklenen hükümler de hukukî bağlayıcılıktan yoksun kalmıştır. Şart'ın hukukî bağlayıcılık kazanabilmesi ise Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması'nda bu düzenlemeye atıfta bulunulması ile mümkün olmuştur.

Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması'nın 6(1) maddesinde Şart'ın bağlayıcılığı hususunda şu hükme yer verilmiştir: “*Birlik, 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg’da uyarlandığı haliyle, Antlaşmalar’la aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıır*”<sup>14</sup>.

Bu ifadeden, Şart'ın bağlayıcılığı açısından iki sonuç çıkarılabilecektir. İlk olarak, Şart, AB Antlaşması içerisinde zikredilmekle artık, hukukî bağlayıcılığı hâiz olmuştur<sup>15</sup>. Ancak Şart’a bağlayıcılığını kazandıran AB Antlaşması'nın ilgili hükmünde, Şart'ın hangi hususlarda bağlayıcılık arz edeceği belirtilmemiştir. Bu konu ise Şart'ın 51(1) maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Söz konusu madde şu şekilde kaleme alınmıştır: “[b]u Şartın hükümleri, sübsidiarite ilkesi gözetilmek

<sup>14</sup> Bu makalede AB Antlaşması'nın, AB Genel Sekreterliği (AB Bakanlığı) tarafından yapılan Türkçe çevirisinden faydalanılmıştır: <http://www.abgs.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (21.01. 2013).

<sup>15</sup> Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra ABAD, kararlarında AB'nin hukukî düzeni açısından insan hakları kurallarının tek veya esaslı kaynağı olarak Temel Haklar Şartına dayanma eğilimine girmiştir. Şart'ın kaynak olarak alındığı kararlardan güncel olan bazıları için bkz. *Shirley McCarthy v Secretary of State for the Home Department*, C-434/09 [2011] ECR-I 000, para.27; *Gerardo Ruiz Zambrano, v Office national de l’emploi*, C-34/09, [2011] ECR-I 000, paras. 1, 32(2), 35(3); *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others*, C-145-10, [2011] ECR-I 000, para.; 43(4), 115; *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v Simone Pelz*, C-491/10 PPU [2010], paras. 7, 35, 37 (1), 42, 59-66, 69, 70, 75; *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien*, C-208/09 [2010], ECR-I 13693, paras 52, 89; *Bundesrepublik Deutschland v B and D*, C-57/09 - C-101/09 (*joint cases*), [2010], ECR-I 10979, paras. 14, 78; I.B. (Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 21 October 2010), C-306/09, [2010], ECR-I 10341, para. 5(12); *Aydin Salahadin Abdulla, Kamil Hasan, Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi and Dler Jamal v Bundesrepublik Deutschland* C-175/08-C-176/08-C-178/08-C-179/08 (*joint cases*), [2010], ECR-I 01493, paras.; 6, 7, 9; *Nawras Bolbol v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-31/09, [2010], ECR-I 05539, paras 14, 38; Temel Haklar Şartının ABAD’da uygulanması yönünde ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. *Peers, S.*: EU Justice and Home Affairs Law, Oxford-New York 2011, ss. 99-101 (JHA Law).

suretiyle Birliğin kurum ve kuruluşlarına ve Birlik hukukunu uyguladıkları durumlarla sınırlı olmak üzere üye devletlere yöneliktir. Bunun sonucu olarak, Birliğin kurum ve kuruluşları ile üye devletler, yetkileri ölçüsünde, bu Şartta yer alan haklara saygı gösterir, ilkeleri gözetir ve bu hak ve ilkelerin uygulanmalarını teşvik eder.”<sup>16</sup> Bu hükümden yola çıkarak, üye devletlerin Şart’ın uygulanması hususunda uluslararası bir sorumluluğa sahip olmadıkları<sup>17</sup> ve Birlik hukuku kapsamına girmeyen konularda bu düzenleme ile bağlı kılınmadıkları sonucuna varılmaktadır.

AB Antlaşması m.6(1)’deki hükümden çıkarılan ikinci sonuç ise Şart’ın bağlayıcılık seviyesinin, Kurucu Antlaşmalar ile aynı çizgide yer alması gerektiğidir<sup>18</sup>. AB hukukunda, Kurucu Antlaşmalar birincil hukuk

<sup>16</sup>Bu makalede, Şart’ın Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından yapılan Türkçe çevirisi kullanılmıştır: <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf> (21.01.2013).

<sup>17</sup>Bu yönde *Gil-Bazo* Şart’ın üye devletlerce imzalanarak yürürlüğe girmiş olan uluslararası bir antlaşma niteliğini hâiz olmaması düşüncesini, Şart’ın uygulama alanını sınırlayan 51. maddesinin yanında uluslararası antlaşmayı tanımlayan Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 1. maddesine de dayandırmıştır: **Gil-Bazo, M. T.:** “The Charter of Fundamental Rights of The European Union and The Right To Be Granted Asylum in The Union’s Law”, *Refugee Survey Quarterly*, 2008, C. 27, S.3, s. 35. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (*Vienna Convention on Law of Treaties*) 23 Mayıs 1969 tarihinde imzalanmış ve 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir: *United Nations Treaty Series C. 1155*, s. 331. Antlaşmanın esas metnine, [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) (21.01.2013) adresinden ulaşılabilir.

<sup>18</sup>Aynı yönde bkz., **Gil-Bazo**, s.34; **Zalimiene, S.:** Competence of the National Court to Act on Its Own Motion in a European Context, Direct Applicability of Articles 18 and 47 of the European Union Charter of Fundamental Rights, Seminar on the “Asylum and Immigration Law: the National Judge between National and European Standards”, Association of the Councils of State and the Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union, Brussels, 17 December 2010, s.1, [www.juradmin.eu/seminars/Brussels2010/Paper\\_Zalimiene.pdf](http://www.juradmin.eu/seminars/Brussels2010/Paper_Zalimiene.pdf) (21.01.2013); **Peers**, *JHA Law*, s. 99 vd; **Di Federico**, ss. 265-285; **Baykal**, s.393; **Göçmen, İ.:** Keeping a(n) (Un)Fair Balance between the “Judicial Cooperation in Criminal Matters” and Fundamental Rights: The Contributions of the Court of Justice of the European Union, The Academic Association for Contemporary European Studies Conference on Exchanging Ideas on Europe 2012 Old Borders – New Frontiers (yayımlanmamış tebliğ metni), 3-5 September 2012, Passau, Germany, s. 20. Tebliğ metninin tamamına <http://events.uaces.org/documents/papers/1201/gocmen.pdf> (21.01.2013) adresinden ulaşılabilir.

kaynaklarından sayılmaktadır<sup>19</sup>. AB hukukunun ikincil kaynaklarının ise birincil kaynaklarına aykırı olamayacağı kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Bu durumda, AB'nin ikincil hukuk kaynaklarının Şart ile uyumlu olması gerekmektedir.

## II. TEMEL HAKLAR ŞARTI'NDA YER ALAN SİĞİNMA HAKKININ ÇERÇEVESİNİN BELİRLENMESİ

### A. Sığınma Hakkının İçeriğine İlişkin Genel Sorun

Şart'ın, bilinen ve uygulanmakta olan hakları teminat altına alma amacı taşıması, Şart'ta yer alan hakların içeriklerinin yoruma ihtiyaç bırakmayacak kadar açık olduğunu düşündürebilir. Bu düşünce, Şart'ın “özgürlükler” başlığını taşıyan ikinci bölümünün 18. maddesinde düzenlenen sığınma hakkı için geçerli değildir<sup>21</sup>. Gerek sığınma hakkının içeriğinin özünde tartışmalı olması, gerek Şart'ın yukarıda zikredilen kaynaklarında bu hakkın belirginleşmemiş olması, Şart'ın sığınma hakkını düzenleyen 18. maddesinin yorumlanmasını gerekli kılmaktadır.

Şart'ın 18. maddesinde, “sığınma hakkı<sup>22</sup>, 28 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve 31 Ocak

<sup>19</sup>AB hukukunun birincil ve ikincil hukuk kaynaklarına ilişkin ayrıntılı bilgiler ve doktrin tartışmaları için bkz. **Göçmen, İ.:** Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri, Ankara 2008, ss. 30-40.

<sup>20</sup>Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması'nın 13(2). maddesi bu hususta “*her kurum, kurucu antlaşmalar ile kendisine verilen yetkilerin sınırları dâhilinde ve kurucu antlaşmalarda öngörülen usul, şart ve hedeflere uygun olarak hareket eder*” hükmüne yer vermek suretiyle birincil hukuk kaynaklarını bağlayıcılık açısından en üst seviyede kabul etmiştir. Öte yandan, ABAD içtihatları da ikincil hukuk kaynaklarının birincil hukuk kaynakları ile uyumlu olmasının gerekliliğini ortaya koymuştur. Bu husustaki ABAD kararlarından bazıları için bkz. *Zoi Chatzi v Ipourgos Ikonomikon*, C-149/10, [2010], ECR-I 000, para. 43; *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others v. Conseil des ministres*, C-305/05, [2007], ECR I-05305, para.28; ayrıca bkz. *Commission v Council*, (218/82), [1983] ECR 4063, para. 15; *Spain v Commission*, C-135/93, [1995], ECR I-1651, para. 37.

<sup>21</sup>“*Temel Haklar Şartı'nın sığınma hakkı açısından, 1951 Sözleşmesi'ne uyum konusunda bir teminat mı öngördüğü; yoksa, bu teminattan daha geniş bir perspektifte mi bu hakkı ele aldığı hususu açık değildir*”: **Peers, S.:** “Human Rights, Asylum and European Community Law”, *Refugee Survey Quarterly*, 2005, C. 24, S.2, s. 32.

<sup>22</sup>Temel Haklar Şartının Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından yapılan çevirisinde “sığınma” hakkı yerine “iltica” hakkı ifadesi kullanılmıştır. Oysa Şart'ın esas metinlerinden biri olan İngilizce metinde sığınma hakkı (*right to*

1967 tarihli Protokol kuralları dikkate alınarak ve Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşmaya uygun olarak teminat altına alınmalıdır” ifadesine yer verilmiştir. Böylelikle, “sığınma hakkı” AB hukukunda açıkça bir “hak” olarak tanınmıştır. Ancak bu “hak”tan ne anlaşılması gerektiği belirli değildir. Bu belirsizliğin temel nedeni ise sığınma kavramının sığınan ve sığınılan açısından değişen, iki boyutlu bir niteliği olmasıdır.

Sığınma, bir taraftan temel hakları ihlâl edilen veya ihlâl tehlikesine maruz kalan bireyin, kendisini bu tehlikeden koru(ya)mayan menşee ülkesinden kaçma ve kurtulma faaliyetini, diğer taraftan da onun ihtiyaç duyduğu korumanın menşee devletinden farklı bir devlet tarafından karşılanmasını nitelendirmektedir<sup>23</sup>. Böylece bir “hak” olarak sığınma, hem bireyleri hem devleti ilgilendiren bir hâl almaktadır. Bireysel anlamda sığınma hakkı, sığınan (birey) odaklı bir bakış açısıyla sığınma sağlanma anlamını hâizken, sığınılan (devlet) boyutundan bakıldığında daha dar bir anlam ifade etmektedir.

Bireysel bir hak olarak sığınma hakkının sığınma sağlanma anlamına geleceği düşüncesi, sığınmayı, sığınan boyutundan ele alan insan hakları kuramı çerçevesinde açıklanabilir. İnsan hakları kuramına göre sığınma, korunma ihtiyacı içerisinde olan bireyin temel haklarını ikame etme görevi görmesi sebebiyle, doğası gereği insan hakları ile sıkı bir ilişki içerisinde<sup>24</sup>. Sığınmanın öznesi olan bireyler, temel ihtiyaçlarının karşılanamamasından dolayı sığınma arayışına

---

*asylum*) ifadesi kullanılmıştır. Aynı şekilde, Fransızca metinde de “*droit d’asile*” ifadesi kullanılmıştır. Metnin İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz. [http://www.europarl.europa.eu/charter/default\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm) (21. 01. 2013).

<sup>23</sup> *Grahl Madsen*, sığınmayı birey odaklı bir bakış açısıyla, tutsaklıktan kurtulma veya özgürlüğe kavuşma olarak tanımlamıştır: **Grahl Madsen, A.**: The Status of Refugees in International Law, Leiden 1972, s. 3. Öte taraftan, Uluslararası Hukuk Enstitüsünün benimsediği sığınma tanımında sığınılanın (devletin) bakış açısını görebilmek mümkündür. Uluslararası Hukuk Enstitüsü, sığınmayı “*koruma arayışında olan kişiye, bir devletin kendi sınırları içerisinde veya kontrol alanı dâhilindeki bir başka yerde bu korumayı sağlaması*” olarak tanımlamıştır: Institute of International Law, Resolutions Adopted at Its Bath Session, September 1950, Chapter I, Article 1.; Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün tanımına ilişkin yorumlar için bkz. **Battjes, H.**: European Asylum Law and International Law, Leiden 2006, s. 5 vd.

<sup>24</sup> **Peker, B./Sancar, M.**: Mülteciler ve İltica Hakkı Yaşamın Kıyısındakilere Hoşgelden Diyebilmek, Ankara 2001, s.10.

girmektedirler<sup>25</sup>. İnsan hakları kuramına göre ise bireyler, aralarında bir fark olmaksızın temel haklar ile donatılmış olarak dünyaya gelirler<sup>26</sup>. Bu haklara sahip olmaları için coğrafi bir sınırlama da söz konusu olamaz. Dolayısıyla, bireyler vatandaşı oldukları veya ikamet ettikleri devletin ülkesel sınırlarının içinde olup olmadıkları fark etmeksizin temel haklara sahiptirler<sup>27</sup>. Böylelikle, eşitlikçi, evrensel ve tarafsız olan insan hakları anlayışı<sup>28</sup> çerçevesinde, bireyin, ihlâl edilen haklarının ikame edilmesi veya haklarının ihlâl edilmesi tehlikesinden korunması, tüm insanlığı ilgilendiren bir husus olarak cereyan edecektir<sup>29</sup>. Bu doğrultuda insan

<sup>25</sup> *Shacknove, A. E.*: “Who is a Refugee?”, *Ethics*, January 1985, C. 95, S. 2, s. 279, 281 vd; *Foster, M.*: *International Refugee Law and Socio-Economic Rights, Refugee from Deprivation*, Cambridge 2007, s. 27 vd; *Hathaway, J. C.*: *The Law of Refugee Status*, Toronto-Vancouver 1991, s.135; *Goodwin-Gill, G. S./McAdam J.*: *The Refugee in International Law*, New York 2007, s. 356.

<sup>26</sup> İnsanın varlık değeri temel haklara sahip olmasının ana nedenidir. Bu ana neden, dinsel bakış açısında insanın “kutsal” bir varlık olmasına dayandırılırken; dinsel olmayan bakış açısında ise, bu varlığın “değerli” olduğu inancından temel almaktadır. Dinsel bakış açısında, kutsallığın sebebi, aynı Tanrı tarafından yaratılmış olmaktan veya aynı dini paylaşmaktan gelir; dinsel olmayan bakış açısında ise, insanın değeri, “içsel –içkin- (*intrinsic*)” ve objektif bir değerdir. İçsel olmasının anlamı, insanın değerinin **kendisinden** kaynaklanmasıdır. Bu bakış açısına göre, değer oluşması için bir başka sebep aranmaz: *Perry, M. J.*: *The Idea of Human Rights Four Inquiries*, New York 1998, ss. 11-26. Dinsel argümanları kullanmadan insan hakları kavramını açıklayan bazı yazarlar da “kutsallık” ifadesini kullanmıştır. Ancak, buradaki kutsallık ifadesi, içsel değer karşılığı olarak kullanılmıştır: *Dworkin, R.*: “Life is Sacred: That’s the Easy Part”, *New York Times Magazine*, May 16 1993, s.36; *Dworkin R.*: *Life’s Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York-Toronto 1993, s. 25; *Kohen, A.*: *In Defense of Human Rights a Non Religious Grounding in a Pluralistic World*, *Routledge Innovations in Political Theory*, New York 2007, ss. 129-151. Seküler anlamdaki “kutsallık” ifadesinin insan hakları kuramı içerisindeki yeri konusunda ayrıntılı bilgiler ile *Perry* ve *Dworkin*’in görüşleri çerçevesindeki tartışmalar için bkz. *Kohen*, ss. 64-84.

<sup>27</sup> *Perry*, s. 30.

<sup>28</sup> *Griffin, J.*: *Well-Being, Its Meaning, Measurement and Moral Importance*, New York 2002, s. 239.

<sup>29</sup> Sığınmayı tüm insanlığa yönelik olan ve ahlaki değer taşıyan genel bir yükümlülük olarak ele alan *Goodin* bu hususta, (ülkesel) sınırların önemli olduğunu ancak ahlaki olarak önem taşıyanın ülkesel sınırlar değil, bireyleri çevreleyen sınırlar olduğunu vurgulamıştır: *Goodin, R. E.*: “What is so Special about Our Fellow Countrymen?”, *Ethics*, 1998, C. 98, S.4, s. 686.

hakları kuramı bakış açısıyla, sığınma hakkının bireye ait olan ve sığınma sağlanma anlamına gelen bir hak olduğu düşünülebilir<sup>30</sup>.

Sığınma sağlanma hakkının bireysel bir hak olarak kabul edilmesi durumunda koruma sağlayacak devletin birtakım yükümlülükleri söz konusu olacaktır. Doktrinde bu yükümlülükler beş başlık altında ele alınmaktadır. Bunlar: (1) sığınma talep eden kişiyi ülkesel sınırları içerisine kabul etme (2) bireyin ülke içerisinde kalmasına izin verme (3) bireyin sınırdışı edilmemesi (4) bireyin iade edilmemesi (5) bireyin (sığınma devletinin ülkesine girişi sebebiyle) cezalandırılma veya benzeri şekilde özgürlüğünden alıkonulmamasıdır<sup>31</sup>.

Sığınma hakkının ikinci anlamı ise sığınılanın (devletin) boyutundan bakılarak şekillendirilebilir. Bu çerçevede sığınma hakkı, bireyden ziyade devlete yönelik bir hak olarak değerlendirilebilir. Sığınma hakkının bir “devlet hakkı”<sup>32</sup> olarak kabul edilmesi durumunda bu hakkın anlamı birey açısından artık “sığınma sağlanma” içeriğini hâiz olmayacaktır. Çünkü bu yaklaşıma göre sığınma, devletlerin egemenlik yetkisi içerisinde yer alır<sup>33</sup>. Sığınma hakkının egemenlik yetkisi

<sup>30</sup> *Grotius* ve *Suarez*, sığınma hakkının bireyin tabii bir hakkı olduğunu ve devlete, uluslararası toplum adına hareket etme yönünde bir ödev yüklediğini belirterek sığınma hakkının içeriğini sığınma sağlanma olarak tesis etmişlerdir. *Grotius* ve *Suarez*'in görüşlerine ilişkin bilgiler için bkz. *Weis, P.*: “The United Nations Declaration on Territorial Asylum, Canada Yearbook of International Law”, 1969, C.7, s.119; *Boed*, s.8; *Kaladharan-Nayar, M. G.*: “The Right of Asylum in International Law, Its Status and Prospects, Saint Louis University Law Journal, 1972-1973, C. 17, s. 26 vd. Buna ek olarak, *Peker* ve *Sancar*, “sığınma hakkının, özü itibarıyla yaşam hakkının yani kişinin bedensel ve fiziksel bütünlüğünü koruma talebinin, yaşadıkları ülkelerde bu açıdan tehlike altında olan kişiler için getirdiği bir insan hakları normu olduğunu” vurgulamaktadırlar: *Peker/Sancar*, s.9.

<sup>31</sup> *Boed*, s.3; *Mubanga-Chipoya*: C.L.C.; Final Report, The Right of Everyone to Leave any Country, Including His Own and Return to His Country: UN Doc.E/C.4/Sub.2/1988/35; June 1988, ss. 103-106, naklen, *Clark, T.*: “Human Rights and Expulsion: Giving Content to the Concept of Asylum”, International Journal of Refugee Law, 1992, C. 4, S. 2, s. 190, d.n. 2.

<sup>32</sup> Terim için bkz. *Peker/Sancar*, s.8.

<sup>33</sup> *Grahl-Madsen*, sığınmanın devlet egemenliğinin bir parçası olarak algılanmasının, uluslararası hukukun temel taşlarından biri olan ulusal egemenlik anlayışıyla paralel olduğunu belirtmiştir: *Grahl-Madsen*, Territorial Asylum, s.23; aynı yönde bkz. *Weis*, s.133; *Boed*, s. 3 vd; *Morgenstern*, s.327; *Kaladharan-Nayar*, 26; *Clayton, G.*:

kapsamında değerlendirilmesinin sonucunda ise devletlerin sığınmacıları ülkesel sınırlarına kabul etme ve onlara sığınma sağlama hususunda bir yükümlülükleri olduğundan söz edilemeyecektir<sup>34</sup>. Bir başka ifadeyle, bu bakış açısıyla sığınma sağlama, devletlerin takdirine bırakılmış olmaktadır.

## B. Temel Haklar Şartı'nda Yer Alan Sığınma Hakkı'nın Çerçevesinin Belirlenmesinin Önemi

Şart'ta yer alan sığınma hakkının çerçevesinin belirlenmesi çeşitli açılardan önem taşımaktadır. Şart'ın sadece AB ve AB'ye üye devletlerin ulusal mahkemeleri için Birliğin faaliyetleri açısından bağlayıcı hale gelmiş olması<sup>35</sup>, Şart'ta yer alan hakların içeriğinin belirlenmesinin de tek

---

Textbook on Immigration and Asylum Law, Oxford 2010, s. 410; *Dummet A./Nicol A.:* Subjects, Citizens, Aliens and Others, London 1990, s.411.

<sup>34</sup> *Boed*, s. 8 ve d.n. 35; *Morgenstern*, 335 vd. Sığınmanın devletlerarası bir mesele haline gelmiş olması, sığınma sağlama faaliyetinin, devletlerin inisiyatifinde olması sonucunu doğurmuştur. Her ne kadar, geri göndermeme ilkesinin (*non-refoulement*) hem uluslararası sözleşmelerde yer bulması, hem uluslararası teamül hukuku kuralı hâline dönüşmüş olması sebebiyle devletlerin, sığınmacıları hayatlarının ya da özgürlüklerinin tehlike altında olabilecekleri yerlere göndermemek çerçevesinde bir yükümlülükleri olduğundan bahsedilebilse de, söz konusu bireylerin korunmasına ilişkin “hukukî statüler”in tanınması, devletlerin kendi yetkilerinde bulunmaktadır. Geri göndermeme ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz. *Lauterpacht, E./Bethlehem D.:* The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion, içinde, *Feller, E/Türk, V. ve Nicholson F. (eds.):* Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge 2003, ss. 88-177; *Allain, J.:* “The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement”, International Journal of Refugee Law, 2001, C. 13, S.4, s. 538 vd.; *Taneri, G.:* Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (*non-refoulement*) İlkesi, Ankara 2012; *Tokuzlu, L. B.:* Non-Refoulement Principle in a Changing European Legal Environment with Particular Emphasis on Turkey, A Candidate Country at the External Borders of The EU, İstanbul 2006 (yayımlanmamış doktora tezi).

<sup>35</sup> Bununla birlikte, Şart'ın hukukî bağlayıcılık kazanmasından sonra ABAD kararlarındaki eğilim, AB'nin hukukî düzeni açısından insan hakları kurallarının tek veya esaslı kaynağı olarak Temel Haklar Şartını kaynak olarak almak şeklinde olmuştur. Temel Haklar Şartının kaynak olarak alındığı kararlardan güncel olan bazıları için bkz. *Shirley McCarthy v Secretary of State for the Home Department*, C-434/09 [2011] ECR-I 000, para. 27; *Gerardo Ruiz Zambrano, v Office national de l'emploi*, C-34/09, [2011] ECR-I 000, paras. 1, 32(2), 35(3); *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others*, C-145-10, [2011] ECR-I 000, paras. 43(4), 115; *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v Simone Pelz*, C-491/10 PPU [2010], paras. 7, 35, 37 (1), 42, 59-66, 69, 70, 75; *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von*



başına Birliği ilgilendiren bir husus olduğunu düşündürebilir. Oysa AB çerçevesinde sığınma hakkının nasıl anlamlandırıldığı üye devletler kadar, hiç kuşkusuz, aday devletler açısından da önem taşımaktadır<sup>36</sup>.

Buna ilave olarak, AB'nin sığınma hakkına bakış açısının insan hakları yaklaşımına paralel bir yönde şekillenmesinin, mülteci hukukunda büyük bir gelişmeye sebebiyet verebileceği öngörülebilir. Şart'ta yer alan sığınma hakkının, sığınma sağlanma hakkı olarak anlaşılacak biçimde bireye bağlanması hâlinde, AB'nin tamamlanması yönünde yoğun çabalar sarf ettiği Avrupa Ortak Sığınma Sistemi (AOSS)<sup>37</sup>, önemli bir sarsıntı geçirmek durumunda kalacaktır. Çünkü sistem; uluslararası korumanın<sup>38</sup> sağlanması, uluslararası koruma sorumluluğunun<sup>39</sup> paylaşılması<sup>40</sup> ve bu

Wien, C-208/09 [2010], ECR-I 13693, paras 52, 89; *Bundesrepublik Deutschland v B and D*, C-57/09 - C-101/09 (joint cases), [2010], ECR-I 10979, paras. 14, 78; I.B. (Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 21 October 2010), C-306/09, [2010], ECR-I 10341, para. 5(12); *Aydin Salahadin Abdulla, Kamil Hasan, Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi and Dler Jamal v Bundesrepublik Deutschland* C-175/08-C-176/08-C-178/08-C-179/08 (joint cases), [2010], ECR-I 01493, paras. 6, 7, 9; *Nawras Bolbol v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-31/09, [2010], ECR-I 05539, paras. 14, 38; Temel Haklar Şartının ABAD'da uygulanması yönünde ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. *Peers*, JHA Law, ss. 99-101.

<sup>36</sup> Şart'ın üye devletler kadar aday devletler için de önem arz ettiği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Taşdemir/Demir*, s. 95.

<sup>37</sup> AOSS'nin gelişimi ve kapsamı hakkında bkz. *Sidorenko, O. F.*: The Common European Asylum System: Background, Current State of Affairs, Future Direction, The Hague 2007, ss. 7-123 ve 173-222; *Juss, S. S.*: "The Decline and Decay of European Refugee Policy", Oxford Journal of Legal Studies, 2005, C. 25, S. 4, ss. 749-792; *Peers*, JHA Law, ss. 299-314; *Özcan, M.*: Avrupa Birliği Sığınma Hukuku Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, Ankara 2005.

<sup>38</sup> Uluslararası koruma, menşe devletinin korumasından (ulusal koruma) yararlanamayan bireyler için ulusal korumanın ikame edilmesi anlamını taşır. Bu koruma, birey menşe devletinin korumasından tekrar yararlanabilecek hâle gelene kadar devam eder: *McAdam, J.*: Complementary Protection in International Refugee Law, Oxford-New York 2007, s.20; *Çiçekli, B.*: Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Ankara 2009, s.19.

<sup>39</sup> Sorumluluk ifâdesi ile birlikte mülteci hukuku terminolojisinde "külfet" ifâdesi de yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Bu çalışmada külfet terimi yerine "sorumluluk" teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Külfet ve sorumluluk ifâdelerinin kullanımı hususundaki tartışmalar için bkz. *Thieleman, E. R.*: Burden Sharing: The International Politics of Refugee Protection, The Centre for Comparative Immigration Studies Working Paper, No. 134, San Diego 2006 (Paper prepared for the Conference "Immigration Policy after 9/11: US and European Perspectives", University of Texas Austin, 2-3 March 2006);



sorumluluğun aktarılması<sup>41</sup> olmak üzere üç temel taşıyıcı üzerine oturtulmuştur. Sistemin benimsediği sorumluluk aktarımı yönteminin özünde ise güvenli üçüncü ülke uygulamaları yer almaktadır<sup>42</sup>. Güvenli üçüncü ülke uygulamalarının ikincil hukuk kaynaklarına yansımış olmasından hareketle Birlik hukuku, sığınma başvurularını değerlendirme ve bu değerlendirme sonucunda koruma sağlama sorumluluğunun “güvenli” olarak nitelendirilen üye olmayan devletlere kaydırılmasına cevaz vermektedir<sup>43</sup>. Bu bağlamda, sığınma hakkının birey açısından,

---

*Noll, G.*: ”Risky Games? A Theoretical Approach to Burden-Sharing in the Asylum Field”, *Journal of Refugee Studies*, 2003, C. 16, S. 3, s.237; *Tally, K. A./Yonatan, B.*: “Responsibility Sharing and the Rights of Refugees: The Case of Israel”, *George Washington International Law Review*, 2009, C. 41, S.3, s. 623 vd; *Suhrke, A.*: “Burden-Sharing During Refugee Emergencies: The Logic of Collective versus National Action”, *Journal of Refugee Studies*, 1998, C. 11, S. 4, ss. 399-403; *European Council on Refugees and Exiles (ECRE)*, Position on Sharing the Responsibility: Protecting Refugees and Displaced Persons in the Context of Large Scale Arrivals, March 1996, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/403a40744.html> (21. 01.2013).

<sup>40</sup> Sığınmanın öznesi olan bireylerin menşe ülkesinden çıkıp bir başka ülkeye göç etmesi, kabul eden ülke açısından belirli sorumlulukları da beraberinde getirecektir. Bu sorumluluklardan en önemlisi hiç kuşkusuz, sığınmacının hukukî statusünün belirlenmesi ve sonrasında kendisine ikame korumanın sağlanmasıdır. Elbette ki bu faaliyetler aynı zamanda maddi bir gidere de sebebiyet vermektedir. Sorumluluğun paylaşılması ise hem statü belirleme ve koruma sağlama faaliyetlerinin hem maddi giderlerin paylaşılması anlamını taşıyacak şekilde kullanılmaktadır : *Tally/Yonatan*, s. 623; *Thielemann, E. R./Dewan, T.*: “The Myth of Free-Riding: Refugee Protection and Implicit Burden Sharing”, *West European Politics*, March 2006, C. 29, S. 2, ss. 355-360; AB içerisindeki sorumluluk paylaşımı konusuna ilişkin olarak ayrıca bkz. *Thielemann, E. R.*: *Between Interests and Norms: Explaining Burden-Sharing in the European Union*, *Journal of Refugee Studies*, 2003, C.16, S. 3, s. 259.

<sup>41</sup> AOSS'nin oluşturulmasına yönelik politikalar incelendiğinde sıklıkla uluslararası koruma ve sorumluluk paylaşımı/aktarımı arasında bir denge kurulması üzerinde durulduğu görülmektedir. Böylece şekillenen politikalar, Birliğin AOSS kapsamında düzenlediği ikincil hukuk kaynaklarına da yansımıştır. Bu hususta ayrıntılı bir çalışma için bkz. *Guild, E.*: *The Europeanisation of Europe's Asylum Policy*, *International Journal of Refugee Law*, 2006, C. 18, S.3-4, ss. 630-651.

<sup>42</sup> Güvenli üçüncü ülke kavramına yönelik ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Hurwitz, A.*: *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford 2009. s. 46 vd.

<sup>43</sup> Uluslararası koruma sorumluluğunun Birlik dışına aktarılabilmesine yol veren iki temel kaynak, Dublin Tüzüğü ve Usul Yönergesi'dir: *Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national* (Dublin Tüzüğü), OJ L 50, 25.2.2003;

sığınma sağlanma hakkı olarak kabul edilmesi, Birliğin, sorumluluk aktarımına ilişkin politikalarının ve düzenlemelerinin gözden geçirilmesi ihtiyacını doğuracaktır. Çünkü sığınma sağlanma hakkının temel bir hak olarak kabul edilmesi, devlete sığınmacıyı ülkeye kabul etme ve en önemlisi, sığınma başvurusunu değerlendirme konusunda bir sorumluluk yükleyecektir. Bireyin sığınma sağlanma hakkı ile donanmış olması ise, güvenli üçüncü ülke uygulamaları gibi yöntemlerle sorumluluğun aktarılmasına yol vermeyecek kadar güçlü bir zırh oluşturacaktır. Hiç kuşkusuz bu durum AOSS ekseninde özel olarak Birliği etkilerken, mülteci hukuku açısından ise önemli bir gelişme doğuracaktır. Zira Birlik çatısı altında sığınma sağlanma hakkının temel bir hak olarak tanınması ve bu bağlamda güvenli üçüncü ülke uygulamalarının engellenmesi, mülteci hukuku açısından tek örnek olacaktır.

### **C. Sığınma Hakkının Çerçevesinin Belirlenmesinde İzlenecek Yöntem**

Şart'ta yer alan sığınma hakkının çerçevesini belirlerken, yorum, iki temel sebepten ötürü AB hukuku ekseninde yapılmalıdır<sup>44</sup>. İlk olarak,

---

*Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status* (Usul Yönergesi), OJ L 326/13, 13.12.2005. Dublin Tüzüğü, Birlik içerisinde sığınma başvurusunu değerlendirme konusunda sorumlu olacak üye devleti belirleyen kıstaslar öngörmekle birlikte, başvuru değerlendirme sorumluluğunun üye olmayan bir devlete âit olduğu yönünde karar verme serbestisini de üye devletlere tanımıştır. Böylece, üye devletler, ulusal hukukları uyarınca, sığınmacıyı, 1951 Tarihli BM Mültecilerin Hukukî Statüsüne Dair Sözleşme'nin hükümlerine bağlı kalmak kaydıyla üçüncü bir ülkeye yönlendirebilirlerdir. Usul Yönergesi'nde ise bu husus daha ayrıntılı bir şekilde Birlik hukukuna neşredilmiş bulunmaktadır. Usul Yönergesi uyarınca, sığınmacının başvurusunun bir başka ülke tarafından değerlendirilmesi veya sığınmacıya bu ülke tarafından tatminkâr bir koruma sağlanması makul bir varsayım teşkil ettiğinde, Üye Devletlerin, sığınmacının başvurusunu esastan değerlendirme sorumluluğu ortadan kalkmış olmaktadır. Özellikle, ilk sığınma ülkesinin başvurana mülteci statüsü verdiği durumda veya bir başka şekilde koruma sağladığı halde ve başvuran bu ülkeye kabul edildiğinde, Üye Devletlerin sığınma başvurusunu esastan inceleme yükümlülüğü sözkonusu olmayacaktır. Yönerge'de, Üye Devletlerin, sığınma başvurusunu esastan inceleme yükümlülüğünün bir istisnası da, "başvuranın bağlantısı sebebiyle üçüncü bir ülkede sığınma aramasının makul bir olasılık teşkil etmesi hâli" olarak öngörülmüştür.

<sup>44</sup> Bu hususta, *Gil-Bazo*'nun bizim de katıldığımız görüşü, Şart'ın bir uluslararası anlaşma niteliğini hâiz olmaması sebebiyle, Viyana Sözleşmesi'nde yer alan genel yorum kuralının uygulanmayacağı yönündedir: *Gil-Bazo*, s.35 vd.; ayrıca bkz. yuk. dn. 17.

sığınma hakkını kapsamına alan Şart, Kurucu Antlaşmalar ile aynı bağlayıcılık seviyesine çıkarılarak AB hukukunun esaslı bir parçası haline getirilmiştir. İkinci olarak ise sadece Birliğin faaliyetleri ve işlemleri çerçevesinde bir bağlayıcılık alanına sahiptir. Şart'ın byylelikle tek başına Birlik hukukunun esaslı bir parçası olması, yorumunun da bu eksende yapılmasını gerektirecektir.

Bu bağlamda yorum sürecinde öncelikle ilgili hüküm kapsamında bir inceleme yapılmalıdır. Bu çerçevede, ilgili maddede sığınma hakkına ilişkin olarak gönderme yapılan kaynaklar incelenmelidir. Bu incelemeden sonuç alınamaması durumunda, Birlik hukuku içerisinde doğrudan doğruya Şart'ın yorumlanmasına ilişkin olarak getirilmiş kurallar göz önünde bulundurulmalı ve Birlik hukukunun yorumlanmasına ilişkin genel kurallar veya yaklaşımlar üzerinden hareket edilmelidir.

Birlik hukuku kapsamında özel olarak Şart'ın yorumlanması hususunda iki hüküm kaleme alınmıştır. Bunlardan ilki Şart'a bağlayıcılığını kazandıran AB Antlaşması'nın 6(1). maddesidir. Bu madde uyarınca, *“Şart'ta yer alan haklar, özgürlükler ve ilkeler; Şart'ın yorumlanması ve uygulanmasının düzenlendiği VII. Başlığı altındaki genel hükümlere uygun olarak ve Şart'ta bu hükümlerin kaynaklarını ortaya koyan açıklamalar gerektiği Şekilde göz önünde bulundurularak”* yorumlanmalıdır. Bu düzenlemenin gönderme yaptığı ve Birlik hukuku içerisinde doğrudan doğruya Şart'ın yorumlanmasına yönelik olan ikinci hüküm ise Şart'ın 53. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, *“Şartta yer alan hiç bir hüküm; ilgili uygulama alanlarında, Birlik hukuku, uluslararası hukuk, Avrupa İnsan Haklarının ve Temel zgrlklerin Korunması Sözleşmesi de dâhil olmak üzere, Birlik, Topluluk ve tüm ye devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve ye devletlerin anayasaları tarafından tanınan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayıcı veya zedeleyici biçimde yorumlanamaz”*.

Her iki hüküm birleŐtirildiđinde, Şart'ın, yorumlanmasında göz önünde bulundurulacak kaynaklar açığa kavuŐmuŐ olmaktadır. O halde

sığınma hakkının içeriği ortaya koyulurken, öncelikle bu hakkın sayılan kaynaklar içerisindeki anlamı araştırılacaktır<sup>45</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Şart'ın yorumlanması hususunda Birlik hukukunun genel yorum yöntemleri de dikkate alınmalıdır. Kurucu Antlaşmalarda ve ABAD Statüsünde AB hukukunun yorumlanmasına yönelik yöntem(ler)e ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte, ABAD'ın içtihatları ile oluşturulmuş<sup>46</sup> yorum yöntemlerinden söz edilebilecektir<sup>47</sup>. ABAD'ın yorumlama açısından temel eğilim olarak, yorumlanacak düzenlemenin genel yapısını ve ruhunu dikkate aldığı, bunu yaparken de, düzenleyicinin niyeti ve gözettiği amacı değerlendirdiği görülmektedir<sup>48</sup>. Bununla birlikte, yorumlama sürecinde ABAD, Birliğin yapısını ve amaçlarını da dikkate almaktadır<sup>49</sup>.

## **D. Şart'ta Yer Alan Sığınma Hakkının Anlamı**

### **1. Temel Haklar Şartı'nın 18. Maddesinde Belirtilen Kaynaklar Açısından**

Şart'ın sığınma hakkını düzenlediği 18. maddesinde, bu hakkın teminat altına alınmasında, 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne

---

<sup>45</sup> Aynı yönde bkz. *Gil-Bazo*, s. 40.

<sup>46</sup> ABAD'ın AB hukukuna ilişkin yorumlama yetkisi Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİHA) 267. maddesine dayanmaktadır: *Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C83/49, 30.12.2010. Ancak, ABAD, söz konusu hüküm ile verilen yetkisini, AB Antlaşmaları ve kurumlarının faaliyetlerinden öteye geçirip, AB hukuk düzenini oluşturan her düzenlemeyi kapsayacak şekilde genişleten bir yorumda bulunmuştur: Bu yöndeki bir dava için bkz. *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SPI (joint cases)*, C-267/81- C-269-81, [1983] ECR 801; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Chalmers, D./Davies, G./Monti, G.*: *European Union Law*, Cambridge 2010, ss.160-161.

<sup>47</sup> ABAD'ın oluşturduğu yorum yöntemleri; bağımsız, yeknesak, lâfzî, gerçekçi, mantıksal ve teleolojik yorum yöntemleridir: Bu hususta bkz. *Gil-Bazo*, s.40.

<sup>48</sup> ABAD'ın bu yöndeki kararlarına örnek olarak bkz. *Stauder v. City of Ulm*, C- 29/69, [1969], ECR 419, paras 3, 4; *Johannes Coenrad Mouljin v. Commission of the European Communities*, C-6/74, [1974], ECR 1287, para 11.

<sup>49</sup> *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, [1970], ECR 1125, 1134, paras. 3-4; bu yönde ayrıca bkz. *Henkel, C.*: "Constitutionalism of The European Union: Judicial Legislation and Political Decision Making by the European Court of Justice", *Wisconsin International Law Journal*, 2000-2001, C. 19, S.2, s.177.

İlişkin Cenevre Sözleşmesi (1951 Sözleşmesi) ve 31 Ocak 1967 tarihli Protokol (Protokol)<sup>50</sup> kurallarının ve AB'nin Kurucu Antlaşmaları'nın dikkate alınacağı belirtilmiştir.

1951 Sözleşmesi ile 1967 Protokolü ve Kurucu Antlaşmalar incelendiğinde, bu düzenlemelerin hiç birinde sığınma hakkına yer verilmemiş olduğu görülmektedir.

1951 Sözleşmesi, sığınmanın öznesi olan mülteciyi tanımlayarak<sup>51</sup>, bu tanım ışığında oluşturulan mülteci statüsünün sınırlarını belirlemiş ve yine bu çerçevede mültecilerin sahip olması gereken hak ve korumaları hüküm altına almıştır. 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokol'ünde sığınma hakkına ilişkin olarak herhangi bir hüküm yer almamakla birlikte, bu düzenlemelerin yapıları itibarıyla, sığınma hakkını bireysel bir hak olarak tanımış olmadıkları, mülteci statüsüne indirgenmiş uygulama alanlarından yola çıkılarak ileri sürülebilir. Ancak bu noktadan hareketle yapılacak yorum, Şart'ın sığınma hakkına ilişkin hükmü ile bağdaşmayacaktır. Zira sığınma hakkının yer aldığı 18. maddede, 1951 Sözleşmesi'nin ve 1967 Protokolü'nün "kurallarına" gönderme yapılmıştır. Bu bağlamda, yukarıda belirtildiği üzere, her iki düzenlemede de sığınma hakkına ilişkin olarak açık bir hüküm yer almadığından, Şart'ta belirtilen sığınma hakkının

<sup>50</sup>1951 tarihli Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi (*1951 Convention Relating to the Status of Refugees*), 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı ile yapılan Konferansta kabul edilmiş, 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanarak 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 1967 tarihli Protokolü (*1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*) 31 Ocak 1967 tarihinde imzaya açılarak 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>51</sup>1951 Sözleşmesinin 1(A) (2). maddesinde mülteci, "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen" kişi olarak tanımlanmıştır. Tanımın yukarıdaki Türkçe çevirisi T.B.M.M İnsan Hakları Komisyonu tarafından yapılmıştır: <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/179-199.pdf> (21.01.2013). Tanımda yer alan tarihî kısıtlama, Protokol'ün 1(2). maddesi ile kaldırılmıştır.

içeriği ne Sözleşme hükümlerinin ne Protokol'ün hükümlerinin incelenmesiyle anlaşılabilir.

Bu yönde, 18. madde hükmünün gönderme yaptığı ikinci kaynak olan Kurucu antlaşmalarda da sığınma hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı anlaşılmaktadır. Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA)'nın 78. maddesinde Birliğin, uluslararası korumaya yönelik politikalarının 1951 Sözleşmesi ile Protokol'e uygun olmasının gerektiği belirtilmekle yetinilmiştir.

Görüldüğü gibi Şart'ta sığınma hakkına yer veren 18. maddenin gönderme yaptığı kaynaklarda sığınma hakkına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu sebeple söz konusu kaynakların değerlendirilmesi ile doğrudan doğruya sığınma hakkının anlamına yönelik bir yorum geliştirilemeyecektir.

## **2. Temel Haklar Şartı'nın 53. Maddesinde Belirtilen Kaynaklar Açısından**

Şart'ın 53. maddesinde belirtilen kaynakları, Birlik hukuku<sup>52</sup>, uluslararası hukuk ve üye devletlerin anayasaları olmak üzere üç ana başlık altında ele almak mümkündür<sup>53</sup>. Ancak, Birlik hukuku içerisinde sığınma hakkına doğrudan doğruya gönderme yapan veya yorumlanması ile sığınma hakkının içeriğini ortaya koyabilecek olan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple Birlik hukuku 53. madde çerçevesinde bir değerlendirme yapılırken ayrıca incelenmemiştir<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup>Birlik hukukunun en önemli yapıtaşlarından olan Kurucu Antlaşmalar, Şart'ın 18. maddesinin doğrudan gönderme yaptığı kaynaklardan olduğundan yukarıda "Temel Haklar Şartı'nın 18. Maddesinde Belirtilen Kaynaklar Açısından" başlığı altında ayrıca incelenmiş bulunmaktadır.

<sup>53</sup>53. maddede Birlik hukukun, üye devletlerin anayasaları tarafından tanınan hakların ve uluslararası hukukun dışında Birliğin ve üye devletlerin taraf olduğu tüm uluslararası sözleşmelerin de Şart'ta yer alan hakların genel çerçevesini belirlediği görülmektedir. Bu makalenin sistematigi açısından, uluslararası hukuk başlığı altında üye devletlerin ve Birliğin taraf olduğu ve sığınma hakkına ilişkin olan sözleşmeler incelenmiş, bu sözleşmeler için ayrı bir kategori oluşturulmamıştır.

<sup>54</sup>Birlik hukukunda açıkça sığınma hakkına ilişkin bir hüküm olmamakla birlikte Birlik hukukunun incelenmesi, Birliğin amacı ve yapısını ortaya koyması açısından önem

53. madde hükmü, Şart'ta yer alan hakların, yukarıda belirtilen kaynaklar kapsamında tanınan temel haklar ve özgürlükleri zedeleyecek şekilde yorumlanamayacağı yönünde bir kural getirmiştir. Böylece, sözü edilen kaynaklarda sığınma hakkının anlamının sığınma sağlanma hakkı olması durumunda, Şart'ta düzenlenen hakkın da aynı kapsama sahip olduğu kabul edilmelidir.

#### **a. Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı**

##### **i. Uluslararası Düzenlemelerdeki Görünümü**

Uluslararası hukukta sığınma hakkına ilişkin düzenlemenin yer aldığı ilk belge, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesidir (Bildirge)<sup>55</sup>. Bildirge'nin 14 (1). maddesinde sığınma hakkına şu şekilde yer verilmiştir: “*herkesin, zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı vardır*”<sup>56</sup>. Bildirge'nin İngilizce esas metninde sığınma hakkı yerine, sığınma arama hakkı (*right to seek asylum*) ve sığınmadan faydalanma hakkı (*right to enjoy asylum*) ifadeleri kullanılmıştır. Esasen sığınmadan faydalanma hakkı ifadesinin tercih edilmesi, Bildirge'nin hazırlık çalışmaları sırasındaki tartışmalar neticesinde söz konusu olmuştur. Hazırlık çalışmalarına konu olan taslakta, sığınma arama ve sığınma sağlanma (verilme) hakkı (*right to be granted asylum*) bireysel hak olarak düzenlemiş olmasına rağmen, özellikle, İngiltere delegasyonunun etkisiyle “sığınma sağlanma” hakkı ifadesi yerine “sığınmadan faydalanma hakkı” ifadesi yerleştirilmiştir<sup>57</sup>. Böylelikle Bildirge'de sığınma hakkının anlamı, birey açısından sığınma

---

taşımaktadır. Bu sebeple (AOSS çerçevesinde) Birlik hukukundaki düzenlemeler Birliğin yapısı ve amacı doğrultusunda sığınma hakkının anlamı incelenirken değerlendirilmiştir.

<sup>55</sup>Bildirge (*The Universal Declaration of Human Rights*), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A (III) sayılı kararı ile ilân edilmiştir. Bildirge'nin İngilizce esas metni için bkz. <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml> (22.01. 2013).

<sup>56</sup>Bildirge'nin T.B.M.M. İnsan Hakları Komisyonu tarafından yayınlanan Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (22.01. 2013).

<sup>57</sup>Hazırlık çalışmalarındaki söz konusu tartışmalar için bkz. *Shah, P. A.: Refugees, Race and the Legal Concept of Asylum in Britain*, London 2000, s. 61.

arama ve sığınmadan faydalanma çerçevesi içerisine hapsedilerek, sığınma sağlanma hakkına kıyasla çok daha dar bir kapsama indirgenmiştir<sup>58</sup>. Bildirge'nin düzenlediği sığınma arama hakkı, sığınılan devlete değil de, bireyin menşe ülkesinin devletine karşı sahip olduğu bir hak olarak değerlendirilmektedir<sup>59</sup>. Bu hâliyle sığınma arama hakkı, sığınmacının kabul edilmesi yönünde devletlere herhangi bir sorumluluk yüklememektedir<sup>60</sup>. Sığınmadan faydalanma hakkı ise sığınma talebinde bulunulan devlet tarafından sadece bu talebin kabul edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek bir hak olup<sup>61</sup>, tıpkı sığınma arama hakkı gibi devlete sığınmacıyı ülkesine kabul etme ve koruma sağlama yönünde bir yükümlülük öngörmemektedir.

Bildirge, teknik olarak hukukî bağlayıcılığı hâiz olmasa da, uluslararası hukukta önemli bir etkiye sahiptir<sup>62</sup>. Nitekim sığınmaya ilişkin hükümler ihtiva eden uluslararası düzenlemelerin de Bildirge'nin sığınmaya yönelik bakış açısını taşıdığı görülebilir. Bu bağlamda, 1951 Sözleşmesi ve O'nun 1967 tarihli Protokolü sığınma hakkına ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmezken, 1967 tarihli Birleşmiş Milletler

---

<sup>58</sup>*Lauterpacht*, Bildirge'nin 14. maddesinin, hazırlık çalışmaları esnasında “her bir devletin sığınma sunma ve kendisine sığınanların iade edilmesi yönündeki talepleri reddetme hakkı olduğu” şeklinde yorumlandığını belirtmiş, bu yorumu devletlerin uluslararası hukukta kabul edilen egemenlik haklarının bir uzantısı olarak değerlendirmiştir: *Lauterpacht, H.*: The Universal Declaration of Human Rights, 5 British Year Book of International Law, 1948, ss. 354-373; ayrıca bkz. *Grahl Madsen, A.*: Territorial Asylum, London 1980, s.23 (Territorial Asylum); *Weis*, s.133; *Boed, R.*: “The State of the Right of Asylum in International Law”, Duke Journal of Comparative and International Law, 1994-1995, C. 5, S. 5, s. 3 vd; *Morgenstern, F.*: “The Right of Asylum”, British Yearbook of International Law, 1949, C.26, ss.327, 336; *Kaladharan-Nayar*, 26; *Clayton*, s. 410; *Dummet /Nicol*, s.411.

<sup>59</sup>Sığınma arama hakkının bireyin kendi ülkesini terk etme hakkının bir yansıması olduğu kabul edilmektedir. Bireyin menşe ülkesini terk etme hakkının temelinde ise “vatandaşların veya ikamet etmekte olanların, devletin mülkiyetinde olmaması” prensibi yatmaktadır: *Grahl Madsen, A.*: Territorial Asylum, ss. 2, 26; ayrıca bkz. *Boed*, s.6.

<sup>60</sup>*Boed*, s.7.

<sup>61</sup>*Edwards, A.*: “Human Rights, Refugees and the Right "to Enjoy" Asylum”, International Journal of Refugee Law, 2005, C.17, S. 2, s. 302.

<sup>62</sup>Bildirge'nin hukukî niteliğine ve uluslararası hukuktaki yerine ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. *Hannum, H.*: “Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law”, Georgia Journal of International and Comparative Law, 1995-1996, C. 25, ss. 287-398.



Ülkesel Sığınma Bildirisinin<sup>63</sup> 1. maddesinde Bildirge'nin 14. maddesine gönderme yapılmış, sığınma hakkı devlet egemenliği çerçevesinde ele alınmıştır. Aynı şekilde, Avrupa Konseyi'nin 1977 tarihli Ülkesel Sığınma Bildirisinde de<sup>64</sup> sığınma hakkının devlet egemenliği kapsamında olduğundan bahsedilmiştir<sup>65</sup>.

Sığınma hakkının, bireye sığınma sağlanmasını kapsayan bir içeriğe sahip olmadığı yönündeki anlayış, bölgesel düzenlemelerde de kendisini göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>66</sup>, Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi<sup>67</sup> ve *Cartagena* Deklarasyonu<sup>68</sup> sığınma hakkı konusunda açıkça herhangi bir hükme yer vermeyerek sessiz kalmıştır. Bu hususta sessiz kalmayan düzenlemelerin ise devlet odaklı bir sığınma hakkı anlayışına sahip olduğu görülmektedir. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>69</sup> ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartında<sup>70</sup> sığınma hakkına yer verilmiştir. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesinin 22.

<sup>63</sup>Birleşmiş Milletler Ülkesel Sığınma Bildirisi (*United Nations Declaration on Territorial Asylum*), 14 Aralık 1967, A/RES/2312/(XXII).

<sup>64</sup>Avrupa Konseyi Ülkesel Sığınma Bildirisinin (Council of Europe, *Declaration on Territorial Asylum*) 18 Kasım 1977 tarihinde kabul edilmiştir.

<sup>65</sup>Bu düzenlemelerde sığınma hakkına ilişkin olarak yer alan hükümlerin değerlendirilmesi için bkz. *Boed*, s. 4 vd.

<sup>66</sup>İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (*Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*), 20 Mart 1950'de Roma'da imzalanmış, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiştir.

<sup>67</sup>Sözleşme, (*Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*) Afrika Birliği Örgütü tarafından 27 Haziran 1981 tarihinde kabul edilmiş, 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>68</sup>Deklarasyon (*Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama*), 19-22 Kasım 1984 tarihinde Kolombiya, Cartagena'da toplanan Konferans tarafından 22 Kasım 1984 tarihinde kabul edilmiştir.

<sup>69</sup>Sözleşme (*Organization of American States, American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose"*), Costa Rica'da 22 Kasım 1969 tarihinde imzalanmış, 18 Haziran 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin İngilizce metnine <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36510.html> adresinden ulaşılabilir (22.01.2013).

<sup>70</sup>Şart (*Organization of African Unity, African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter")*), 27 Haziran 1981 tarihinde kabul edilmiştir. Şartın İngilizce metnine <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3630.html> adresinden ulaşılabilir (22.01.2013).

maddesinin 7. fıkrasında, “herkesin yabancı bir ülkede sığınma arama ve sığınma sağlanma hakkına sahip olduğu” belirtilmiş; ancak bu hak, sığınma devletinin kanunlarına ve uluslararası sözleşmelere bağlanmıştır. Benzer şekilde Afrika Şartının 12. maddesinin 3. fıkrasında da, “her bireyin sığınma arama ve sığınma sağlanma hakkına sahip olduğu” düzenlenmiş ve tıpkı Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nde olduğu gibi, Afrika Şartı’nda da **sığınma sağlanma** hakkı sığınma devletinin kanunlarına ve uluslararası sözleşmelere bağlı kılınmıştır. Böylece, her iki düzenlemede de, sığınma sağlanma hakkı zikredilmiş olsa da bu hak, onu bir hak olarak tanımayan uluslararası hukuk ve sığınma devletinin takdirine bırakılmıştır.

## ii. Uluslararası Teamül Hukuku Kuralı olarak İçeriği

Doktrinde, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 14. maddesinde düzenlenen sığınma hakkının bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilmesine yönelik görüşler olmakla birlikte, teamül hâline dönüşmüş olan sığınma hakkının içeriğinin Bildirge’de düzenlenen “sığınma arama ve sığınmadan faydalanma” hakkı olduğu kabul edilmektedir<sup>71</sup>. Nitekim sığınma hakkının uluslararası bir teamül hukuku kuralına dönüştüğü yönündeki iddiaları destekleyen tüm gerekçeler, Bildirge’de yer alan sığınma arama ve sığınmadan faydalanma hakkı ekseninde şekillenmektedir<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> **Chowdhury, S. R.**: “A Response to the Refugee Problems in Post Cold War Era: Some Existing and Emerging Norms of International Law”, *International Journal of Refugee Law*, 1995, C. 7, S. 1, s. 105; **Meron, T.**: *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, 113; **Humphrey, J.**: “The International Bill of Rights: Scope and Implementation”, *William and Mary Law Review*, C. 17, 1976, ss. 527 ve 529; **Humphrey, J.**: *No Distant Millenium: The International Law of Human Rights*, Paris 1989, s.155; **Waldock, H.**: *Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention*, içinde, *The European Convention of Human Rights*, London 1965, ss. 1 ve 15; **Sohn, L. B.**: “The Human Rights Law of the Charter”, *Texas International Law Journal*, 1977, C. 12, ss. 133; **Schachter, O.**: *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht 1991, s. 336. **Meron, Humphrey, Waldock, Sohn ve Schachter**, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesindeki düzenlemelerin tamamının uluslararası teamül kuralları olarak nitelendirilebileceğini savunmaktadırlar.

<sup>72</sup> Sığınma hakkının bir uluslararası teamül kuralı olarak değerlendirilmesi hususunun en önemli savunucularından biri olan *Chowdhury*’e göre sığınma hakkının bir teamül

Görüldüğü gibi, uluslararası hukuktaki bakış açısına göre, sığınmacı kendisine “sığınma sağlanması” konusunda bir hakka sahip değildir<sup>73</sup>. Uluslararası hukukta, sığınma devlet egemenliği ile ilişkilendirildiği için, birey ekseninde sığınma hakkından anlaşılan, sığınma arama ve sığınmadan faydalanma olmuştur<sup>74</sup>. Egemen ulus devletlerin ortaya çıkışıyla, sığınmanın hukukî bir kavram olarak değerlendirilmesi ve daha çok devletlerarası bir mesele olarak incelenmesi bu yaklaşımın uluslararası alanda hâkim olmasına sebebiyet vermiştir<sup>75</sup>. Sığınmanın devletlerarası bir mesele olarak ele alınmasının çıkış noktası ise bireyleri uluslararası hukukun öznesi olarak kabul etmeyen geleneksel yaklaşım olmuştur<sup>76</sup>.

Böylece, sadece uluslararası hukuk çerçevesinde Şart'ta yer alan sığınma hakkının anlamı yorumlanacak olursa, bu hakkın sığınma sağlanması değil de, sığınma arama ve sığınmadan faydalanma hakkı olduğu ileri sürülebilecektir. Ancak sadece uluslararası hukuka göre

---

kuralı olarak değerlendirilmesi dört sebebe dayanmaktadır. (1) 1993 Viyana İnsan Hakları Bildirisine taraf olan 171 devlet, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin amaçlarıyla ve burada zikredilen düzenlemelerle bağlı olduklarını teyit etmişlerdir. Bunun yanı sıra, Viyana Konferansında, sığınma arama ve sığınmadan faydalanma hakkının İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan normatif bir hüküm olduğunun üzerinde de durulmuştur. Böylelikle uluslararası alanda azımsanmayacak kadar çok sayıda devlet, bu hakkın normatif niteliğini tanıdığı yönündeki niyetini beyan etmiş bulunmaktadır. (2) Uluslararası teamül kuralı niteliğinin kazanılması için gereken maddi ve psikolojik öge sığınma hakkı açısından (sığınma arama hakkı ve sığınmadan faydalanma hakkı olarak anlaşılacak şekilde) sağlanmıştır. Zira uygulamaya bakıldığında, devletlerin sığınmadan faydalanma hakkına ve sığınma arama hakkına riayet ederek bu konuda yerleşmiş bir teamül oluşturdukları görülmektedir. (3) Sadece sığınma arama hakkı ve faydalanma hakkı ile kısıtlanmadan, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin tüm hükümlerinin uluslararası teamül kuralları olarak değerlendirilebileceği yönünde görüşler mevcuttur. (4) Bildirge'nin özellikle 1 ila 20. maddeleri arasındaki hükümlerinin, sığınma arama hakkı ve sığınmadan faydalanma hakkını da içine alacak şekilde, uluslararası hukukta, teamül kurallarına dönüştüğü yönünde geniş ve gelişmekte olan bir inanç söz konusudur: **Chowdhury**, s. 105 vd.

<sup>73</sup> **Boed**, s. 8; **Morgenstern**, s. 335 vd.

<sup>74</sup> **Boed**, s. 6 vd.; **Morgenstern**, s.336 vd; **Kaladharan-Nayar**, s. 27 vd

<sup>75</sup> **Clayton**, s.143; **Boed**, s. 6 vd.; **Morgenstern**, s.336 vd; **Kaladharan-Nayar**, s. 27 vd.

<sup>76</sup> **Gilbert, G.**: “Right of Asylum: A Change of Direction”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, C. 32, s. 635.

yapılacak bir yorum yeterli olmayıp, Şart'ın yorumlanmasında göz önüne alınması gereken diğer kaynaklar ve hususlar da irdelenmelidir.

### **b. Üye Devletlerin Ortak Anayasal Geleneklerinde Sığınma Hakkı**

Her ne kadar, Şart'ın 53. maddesinde, Şart'ın yorumlanması hususunda üye devletlerin “anayasalarına” gönderme yapılmış olsa da, düzenlemenin Dibace'sinde üye devletlerin “ortak anayasal değerlerinin” Şart'ta yer alan haklara kaynak teşkil ettiği belirtilmiştir<sup>77</sup>. O halde, AB üye devletleri arasında sığınma hakkının belirli bir anlamı hâiz şekilde kabul edilmiş olması yeterli olmayıp, söz konusu anlamın AB üye devletlerinin “ortak anayasal değerlerini” oluşturan bir niteliğe de sahip olması beklenmektedir. Bu noktada, Dibacenin bağlayıcı etki taşımamasından hareketle bir tartışma söz konusu olabileceksede, Dibacenin, düzenlemenin amacını ve kaynaklarını açıklama hususundaki görevi göz ardı edilmemelidir.

Üye devlet anayasaları incelendiğinde sadece belirli bir kısmının sığınma hakkına yer verdiği görülecektir<sup>78</sup>. Almanya<sup>79</sup>, İtalya<sup>80</sup>, Bulgaristan<sup>81</sup>, Fransa<sup>82</sup>, Macaristan<sup>83</sup> ve İspanya<sup>84</sup> anayasalarında sığınma

<sup>77</sup> Dibace, para. 5.

<sup>78</sup> Bu konuda ayrıntılı incelemeler için bkz. *Gil-Bazo*, ss. 46-47; *Lambert, H./Messineo, F. ve Tiedemann, P.*: “Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy, and Germany: Requiescat in Pace?”, *Refugee Survey Quarterly*, 2008, C. 27, S.3, ss. 16-32.

<sup>79</sup> Alman Anayasasının 16(a) maddesi, “*siyâsî nedenlerle zulme uğramış kişiler sığınma hakkına sahiptir*” ifadesi ile sığınma hakkına yer vermiştir: düzenlemenin İngilizce metni için bkz. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html) (21. 01. 2013).

<sup>80</sup> İtalya Anayasasının 10(3). maddesi, “*kendi ülkesinde, İtalyan Anayasasında teminat altına alınmış olan demokratik özgürlüklerini etkin bir şekilde kullanmaktan alkonulan yabancılar, kanun ile düzenlenen şartlar çerçevesinde, İtalya Cumhuriyeti sınırları içerisinde sığınma hakkına sahiptir*” ifadesine yer vermiştir: İtalya Anayasasının İngilizce metni için bkz. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b59cc.html> (21. 01. 2013).

<sup>81</sup> Bulgaristan Anayasasının 27.maddesinde, “*uluslararası alanda tanınan hak ve özgürlükleri savunan görüş veya faaliyetlerinden dolayı zulme maruz kalan yabancılar Bulgaristan Cumhuriyeti sığınma sağlayacaktır*” ifadesine yer verilmiştir: metnin İngilizce metni için bkz. <http://www.parliament.bg/en/const> (20. 01. 2013).

hakkına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ancak bu düzenlemelerin AB üye devletlerinin ortak anayasal değerlerini oluşturacak seviyede olup olmadıkları; dolayısıyla, Şart'ta kaleme alınan sığınma hakkının içeriği konusunda bir referans olarak alınıp alınmayacakları tartışmalıdır.

Örneğin, Bulgaristan Anayasasının sığınmaya ilişkin hükmü henüz Bulgaristan Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanmamış<sup>85</sup>, Alman, İtalyan ve Fransız Anayasalarında düzenlenen sığınma hakkına ilişkin hükümler ise, bu ülkelerin 1951 Sözleşmesine taraf olmaları ve bu Sözleşmenin uygulanmasına öncelik tanımaları sebebiyle, ikinci planda kalmıştır<sup>86</sup>. Böylelikle, her ne kadar, AB'ye üye devletlerin bazılarının anayasalarında sığınma hakkına yönelik düzenlemeler yer alsa da, bunların, AB üyesi devletlerin ortak anayasal değerlerini yansıttığını söylemek güçtür. Şu hâlde, sığınma hakkının içeriğinin belirlenmesinde bu hükümlerin incelenmesi ile bir sonuca varılamamaktadır<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> Fransız Anayasasının VI. Başlığının 53-1. maddesinde, “...özgürlüğe ilişkin faaliyetlerinden dolayı zulme uğradığı için veya başka nedenlerle Fransa'nın korumasından faydalanma talebinde bulunan her yabancıya (Fransız) Cumhuriyetinin sığınma sağlama yetkisi varlığını sürdürecektir” ifadesine yer verilmiştir: Fransız Anayasasının İngilizce metni için bkz.: <http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp> (21. 01. 2013)

<sup>83</sup> Macaristan Anayasasının, XIV (3). maddesi, “kendi ülkelerinde veya mutaden ikamet ettikleri yerlerde; ırkları, milliyetleri, sosyal bir grupla ilişkileri, dinleri veya siyâsî görüşleri nedeniyle zulme maruz kalan veya zulme maruz kalacakları yönünde haklı nedenlere dayanarak korku duyan ve ne kendi ülkelerince ne bir başka ülke tarafından korunamayan yabancılara Macaristan tarafından sığınma sağlanacaktır” ifadesine yer vermiştir: Macaristan Anayasasının İngilizce metni için bkz.: <http://www.kormany.hu/download/4/c3/30000/THE%20FUNDAMENTAL%20LAW%20OF%20HUNGARY.pdf> (21. 01. 2013).

<sup>84</sup> İspanya Anayasasının 13(4). maddesi, “yabancı ülke vatandaşlarının ve vatansızların İspanya'da sığınmadan faydalanmaları için gerekli şartlar kanun ile düzenlenir” ifadesine yer vermiştir: İspanya Anayasasının İngilizce metni için bkz. <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions> (21. 01. 2013).

<sup>85</sup> *Gil-Bazo*, s.47, d.n. 52; Ayrıca Bulgar Anayasasında düzenlenen sığınma hakkı, aynı Anayasanın 98(10). maddesi uyarınca, Bulgaristan Cumhurbaşkanına âit olan bir uygulama kaabiliyetine sahiptir: Reference Book of UNHCR, Refugees in Bulgaria, Building the National System for Refugee Protection 1993-2003, Sofia 2004, s.19 vd.

<sup>86</sup> *Lambert/Messineo/Tiedemann*, s. 32.

<sup>87</sup> Karşı yöndeki görüşü için bkz. *Gil-Bazo*, s.46 vd. İtalya, Fransa ve Almanya Anayasalarında yer alan sığınma hakkının devletin egemenliği çerçevesinde şekillendiği yönünde bkz. *Lambert/Messineo/Tiedemann*, s. 32.

### 3. Temel Haklar Şartının Genel Yapısı ve Amacı Açısından

Düzenlemenin amacını yansıtmaması açısından<sup>88</sup>, hazırlık çalışmaları ve bu çalışmalar esnasındaki tartışmalar, Şart'ta düzenlenen sığınma hakkının içeriğinin belirlenebilmesi amacıyla yapılacak yoruma yardımcı olabilir.

Hazırlık çalışmaları incelendiğinde, sığınma hakkına ilişkin farklı tartışmaların söz konusu olduğu görülmektedir. Örneğin, bir değişiklik önerisi, bu hükmün Şart'tan tamamıyla çıkarılması yönündedir<sup>89</sup>. Önerinin gerekçesi ise, (*inter alia*) sığınma hakkının Birliğin (o dönemde Topluluğun) Kurucu Antlaşması'nda düzenlenmemiş olması ve hassas olan bu konunun ileride üye devletlerce tartışıldıktan sonra somutlaştırılması gerektiğine dayanmaktadır<sup>90</sup>. Şart'ın taslak metinlerine yönelik değişiklik önerilerinde sıklıkla, sığınma hakkının birey açısından uluslararası hukukta kabul edildiği şekilde, sığınma arama ve sığınmadan faydalanma hakkı olarak anlaşılması gerektiğinin üzerinde durulmuştur<sup>91</sup>.

Öte yandan hazırlık çalışmaları sırasındaki önemli bir tartışma da Şart'ın sığınma hakkını düzenleyen hükmünün öznesi üzerinde yoğunlaşmıştır. Şart'ın düzenlenmesi için oluşturulan Konvansiyon Başkanlığının sunduğu taslakların gelişim aşaması incelendiğinde,

<sup>88</sup> Temel Haklar Şartının ve bu şartın içerisinde yer alan sığınma hakkı düzenlemesinin amacını tespit etmek açısından hazırlık çalışmaları incelendiğinde, tartışmaların çoğunlukla, AB vatandaşlarının sığınma hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği yönünde olduğu görülmektedir. Düzenlemenin nihaî hâlimden önceki taslaklarından birinde “sadece AB vatandaşı dışındakilere” yönelik olarak düzenlenmiş olan hak, daha sonraki taslakta “sadece üçüncü ülke vatandaşlarına” yönelik olarak kaleme alınmıştır. İlk Taslak, AB vatandaşlarını kapsam dışında bıraktığı gerekçesiyle, uluslararası düzenlemelerdeki ayrımcılık yasağı çerçevesinde eleştirilmiş, ikinci Taslak da hem AB vatandaşlarını hem de vatansızları kapsam dışında bırakması sebebiyle eleştirilere maruz kalmıştır: Doc. CHARTE 4137/00, 24.02.2000; Doc. CHARTE 4284/00, 05.05.2000 naklen **Lech, M.**: European Identity in International Society- A Constructivist Analysis of the EU Charter of Fundamental Rights, Web Papers on Constitutionalism & Governance Beyond the State, 2003, S.2, s.20 vd; ayrıca bkz. **Gil-Bazo**, ss. 43-45.

<sup>89</sup> Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, CHARTE 4332/00, 25 May 2000, s. 497 (CHARTE 4332/00), <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/00/st04/st04332.en00.pdf> (21. 01. 2013)

<sup>90</sup> CHARTE 4332/00, s. 497.

<sup>91</sup> CHARTE 4332/00, ss. 497-534.

Taslağın ilk hâlinin, “Birlik vatandaşı olmayan bireyler, Avrupa Birliği içerisinde (1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü kurallarına uygun olarak) (Antlaşmalarda düzenlenen şartlara tâbi olmak kaydıyla) sığınma hakkına sahiptir” şeklinde olduğu görölmektedir<sup>92</sup>. İkinci taslakta ise, hükmün öznesi değiştirilmiş ve “Birlik vatandaşı olmayan bireyler” yerine “üçüncü ülke vatandaşları” ifadesi kullanılmıştır<sup>93</sup>. Şartın nihaî düzenlemesinde ise hükmün öznesine yer verilmemiş, herhangi bir gruba veya herkese bu hakkın tanındığının belirtilmesi yerine, sadece sığınma hakkının teminat altına alınmasıyla yetinilmiştir. Ancak bu teminatın kimler için söz konusu olduğu yönünde bir açıklama yapılmamıştır. Hakkın öznesinin belirli olmaması, söz konusu hakkın açıkça bireylere tanınan bir hak olmadığı yönündeki bir görüşün oluşmasına sebebiyet vermiştir. Bu görüşe göre Şart’ta düzenlenen sığınma hakkı, Birliğe âit bir hak olup, bireysel bir hakkı nitelememektedir<sup>94</sup>.

Sığınma hakkının içeriğine ilişkin olarak taslaklar ve nihai düzenleme arasındaki önemli bir farklılık da ilk taslağın İngilizce metninde sığınma hakkının karşılığı olarak “*right of asylum*” ifadesinin kullanılması, ikinci taslakta ise “*right to asylum*” ifadesinin tercih edilmiş olmasıdır<sup>95</sup>. Son ifade, Şartın nihaî düzenlemesine de yansımıştır. İngilizce metindeki “*right of asylum*” ifadesi, sığınma hakkının daha kapsamlı bir içeriğe sahip olduğunu çağrıştırmaktayken, “*right to asylum*” ifadesi ise daha çok sığınmaya erişim (sığınma arama) veya sığınmaya başvuru anlamını taşımaktadır<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> Doc. CHARTE 4137/00, 24.02.2000 naklen **Lerch**, s. 20.

<sup>93</sup> Doc. CHARTE 4284/00, 05.05.2000 naklen **Lerch**, s. 20.

<sup>94</sup> **Lerch**, s. 22.

<sup>95</sup> Doc. CHARTE 4137/00, 24.02.2000 ve Doc. CHARTE 4284/00 05.05.2000, naklen **Lerch**, s. 20.

<sup>96</sup> Hükümde bu yönde kullanılan “*right to*” ve “*right of*” ifadelerinin farklı dillerde birbirlerinin yerine kullanılabileceğini, dolayısıyla bir ölçüt olarak değerlendirilemeyeceğini temel alan karşı görüşü için bkz. **Gil-Bazo**, s.41. Şart’ın hazırlık çalışmaları iki dilde yürütülmüştür. Fransızca ile birlikte İngilizce de bu çalışmalarda temel dil olarak kullanılmıştır. Bu sebeple, kanımızca, sığınma hakkına ilişkin olarak kullanılan İngilizce ifadeler, hem hazırlık çalışmalarındaki gelişimi hem de düzenlemenin lafzî anlamını yansıtmaları açısından önem taşımaktadır. Şart’ın hazırlık çalışmalarında Fransızca ile birlikte İngilizce dilinin kullanılması yönündeki bilgi için

#### 4. Birliğin Yapısı ve Amacı Açısından

Birliğin yapısı ve amacı açısından sığınma hakkının değerlendirilmesi noktasında, Birliğin uluslararası korumayı belirli bir sistematik altında düzenlemeyi hedeflediği AOSS'nin görünümü belirgin bir bakış açısı sağlayacaktır. Zira Birliğin genel yapısı ve genel amaçları, AOSS'ye zaten yansıtılmış bulunmaktadır. Bu sebeple, Birliğin sığınma hakkına bakışı, en açık şekilde AOSS'nin yapısı ve amacı incelendiğinde ortaya çıkabilecektir. Birlik hukukunun AOSS'ye yönelik düzenlemeleri sığınma hakkının ne anlam ifade ettiğinin belirlenmesi yönünde önem arz etmektedir.

Bu bağlamda, AOSS'nin önemli hukukî düzenlemelerinden olan Vasıf Yönergesi (*Qualifications Directive*)<sup>97</sup>, Usul Yönergesi ve Dublin Tüzüğü yol gösterici olabilir.

AOSS'nin uluslararası koruma statülerine ilişkin en temel kaynağı olan Vasıf Yönergesi, uluslararası korumayı mülteci statüsü ve ikincil koruma statüsü ekseninde sağlamaktadır. Mülteci statüsü, 1951 Sözleşmesi'nde yer alan mülteci tanımı temel alınarak şekillendirilmiştir<sup>98</sup>. İkincil koruma statüsü ise, mülteci statüsü tanımının şartlarını taşımayan ancak yine de uluslararası koruma ihtiyacı olan bireylere tanınmaktadır<sup>99</sup>.

---

bkz. Doc. CHARTE 4137/00 CONVENT 8, 24 Feb.2000, draft art.17 naklen, *Gil-Bazo*, s.43 vd. ve d.n. 36.

<sup>97</sup> Council Directive 2011/95/EU of 13 December 2011 on *Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted (recast)*, OJ 2011 L 3337/9.

<sup>98</sup> Yönerge'nin 2. maddesinin (d) bendinde mülteci, şu şekilde tanımlanmıştır: “*madde 12 kapsamına girmeyen ve ırk, din, milliyet, siyasi görüş ya da belirli bir toplumsal gruba üye olmak nedeniyle zulüm göreceğine dair haklı nedenlere dayanan bir korkuyla vatandaşı olduğu ülkenin dışında olan ve söz konusu korku nedeniyle o ülkenin korumasından yararlanmak istemeyen bir üçüncü ülke vatandaşı ya da, yukarıda belirtilen nedenlerle önceki daimi ikamet yeri olan ülkenin dışında olup da o ülkeye dönemeyen ya da, söz konusu korku nedeniyle, dönmek istemeyen ve madde 12'ye tâbi olmayan vatansız bir kişi anlamına gelir*”.

<sup>99</sup> Yönerge'nin 2. maddesinin (f) bendinde, ikincil koruma statüsü tanımı şu şekilde yapılmıştır: “*ikincil korumaya uygun kişi, mülteci olarak nitelendirilemeyen ve madde 17 (1) ve (2) kapsamına girmeyen, menşe ülkesine ya da, vatansızsa önceki daimi ikamet*



Vasıf Yönergesi'nin 13. ve 18. maddelerinde, üye devletlerin, Yönergede yer alan mülteci ve ikincil koruma statüsü tanımlarına uygun olarak, statü sağlama yükümlülüğünden bahsedilmiş, ancak sığınma hakkı bu düzenlemede açıkça yer almamıştır. Sığınma hakkının Şart'ta yer almasından sonra Vasıf Yönergesi'nde, bu hakkın tanınmasına veya anlamının belirlenmesine yardımcı olacak herhangi bir değişiklik de yapılmamıştır. Elbette böyle bir değişikliğin yapılmamış olması, tek başına sığınma hakkının çerçevesini belirlemez. Ancak Yönergenin birincil hukuk kaynağı hâlindeki Temel Haklar Şartında yer alan bir hakkı kısıtlaması da beklenemez<sup>100</sup>. Buradan hareketle, Yönerge'de 1951 Sözleşmesinin mülteci tanımının uyarlanması ile oluşturulan mülteci statüsü ve ikincil koruma statüsü tanımlarına gönderme yapılarak, söz konusu statüyü kazanmak için gereken şartları sağlayan bireylere, statü sağlanmasının yeknesak bir temelde<sup>101</sup> teminat altına alınmış olması<sup>102</sup>, AOSS'nin sığınmaya bakışının belirli statülere indirgenerek oluşturulduğunu göstermektedir. Burada vurgulanması gereken husus, Yönerge'de yer alan uluslararası koruma statülerine yer verilmek suretiyle sağlanan teminatın, sığınma sağlanma olarak algılanmaması gerektiğidir. Bu teminattan anlaşılan, **statü şartlarını taşıyan bireylere** uluslararası korumanın sağlanabileceğidir. Ancak bu durum bireysel anlamda bir sığınma sağlanma hakkı olarak değerlendirilemez. Zira sığınma sağlanma hakkının bireylere tanınmış olması durumunda, devletlerin, sığınmacıları ülkeye kabul etme yükümlülüğü doğacaktır. Oysa sığınmacılar, fiilî olarak statü şartlarını taşısa bile Birliğin uluslararası koruma sorumluluğuna

---

*yeri olan ülkeye iade edildiği takdirde madde 15'te tanımlanan şekilde ciddi bir zarara maruz kalma riski olduğuna dair sağlam gerekçeler gösterilen ve kendisini söz konusu risk nedeniyle o ülkenin korumasına bırakamayan ya da, bırakmak istemeyen bir üçüncü ülke vatandaşı ya da vatansız bir kişi anlamına gelir”.*

<sup>100</sup>Yönerge'nin başlangıç kısmının 10. paragrafında Yönerge'nin temel haklara saygılı olduğu ve özellikle Şart'ta tanınan ilkelere uyduğu belirtilmiştir; ayrıca bkz. yuk. dn. 20.

<sup>101</sup> Bkz. ABİHA md. 78.

<sup>102</sup> Bkz. Vasıf Yönergesi, md.13: “Üye Devletler, II. ve III. Bölümlere istinaden mülteci olarak nitelenen bir üçüncü ülke uyrukluya ya da vatansız bir kişiye mülteci statüsü verirler”; md.18: “Üye Devletler, II. ve V. Bölümlere istinaden ikincil korumaya uygun bir üçüncü ülke uyrukluya ya da devletsiz bir kişiye ikincil koruma statüsü verirler”.

yönelik tedbirlerinden dolayı, üye devletlerin ülkesel sınırları içerisinde, dolayısıyla Birlik sınırları içerisinde kabul edilmeyebilirler.

AB'nin sığınmaya ilişkin düzenlemelerinin ve sığınma üzerindeki AB politikalarının gelişimi incelendiğinde, AB içerisinde nispeten liberal bir sistem yaratılmaya çalışılırken, bu sisteme erişimin oldukça zorlanarak, bugün sıklıkla ifade edildiği şekilde bir “Kale Avrupası” (*Fortress Europe*) oluşturulmasıyla sonuçlandığı görülmektedir<sup>103</sup>. AB'nin üçüncü ülkelere vize uygulamalarının kısıtlayıcı olması, kaçış hâlinde olan sığınmacıların vize sağlayamamaları durumunda, yasadışı yollardan AB'ye giriş yapmalarına veya sınır güvenliği konusundaki işbirliği uygulamalarının<sup>104</sup> güçlendirdiği güvenlik bariyerine takılarak, sınırlardan içeriye hiç girememelerine yol açmaktadır. Yasadışı yollardan AB sınırlarına girmeyi başaran sığınmacılar açısından ise, sığınma talepleri Birliğe giriş yapma şekillerine bağlı olarak, transit üçüncü bir ülke üzerinden gelmeleri durumunda, bu ülkenin “güvenli üçüncü ülke” olması sebebiyle değerlendirmeye alınamayabilmektedir. Sığınmacının, bir üye devlet üzerinden bir başka Birlik üyesi devlete geçerek sığınma talebinde bulunması durumunda da, bu kez, ilk giriş yaptığı ülkeye gönderilerek, sığınma talebinin bu ülke tarafından incelenmesi söz konusu olabilmektedir. Sığınmacının bir şekilde giriş yaptığı üye devlet tarafından sığınma talebinin esastan incelenmesi durumunda ise; bu kez, “güvenli menşe ülke”den gelmiş olması sebebiyle, sığınma talebinin

---

<sup>103</sup> **Albrecht, H. J.**: “Fortress Europe? –Controlling Illegal Immigration, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2002, C.10, S.1, s. 1 vd; **Islam, S.**: “Fortress Europe”, *Index on Censorship*, 1994, C. 23, S. 3, ss. 37–43; **Caviedes, A.**: *The Open Method of Co-ordination in Immigration Policy: A Tool For Prying Open Fortress Europe*, *Journal of European Public Policy*, 2004, C.11, S.2, ss. 299 vd, 303 vd.

<sup>104</sup> Sınır güvenliğine ilişkin Birlik içerisindeki işbirliği uygulamalarının en belirgin ayağı *Frontex* olarak bilinen Avrupa Sınır Örgütü'dür. AB'ye üye devletlerin dış sınırlarının entegre yönetimi için operasyonel bir işbirliği sağlayan *Frontex*, 26 Ekim 2004 tarihinde kabul edilen 2007/2004 sayılı Konsey tüzüğü ile kurulmuş ve 3 Ekim 2005 tarihinde Varşova'da faaliyetlerine başlamıştır. *Frontex*'e ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. **Köktaş, A./Yılmaz, Ö.**: “Avrupa Birliği Entegre Sınır Yönetimi Modeli”, *Polis Bilimleri Dergisi*, 2010, C.12, S.2, ss. 14-16; **Peers**, *JHA Law*, ss. 216-220.

temelden yoksun veya açıkça temelden yoksun bulunarak, “hızlandırılmış usule” dâhil edilmesi durumu ortaya çıkabilmektedir<sup>105</sup>.

Bu görünüm çerçevesinde, sığınmacıların, ancak Birlik sınırları içerisine kabul edilmiş ve statü belirleme işlemleri olumlu sonuçlanmış olmak kaydıyla sığınma hakkına sahip olabilecekleri ifade edilebilir. Bu da göstermektedir ki, sığınma hakkının Birliğin sığınmaya ilişkin sistemi çerçevesindeki anlamı, temel bir hak olarak sığınma sağlanma içeriğini değil de, uluslararası hukukta kabul gördüğü şekilde sığınma arama ve sığınmadan faydalanma içeriğini haizdir.

Nitekim sorumluluk aktarımının, Birliğin ortak sığınma yapısının ayaklarından birini teşkil etmesi, sığınma hakkının sınırlarını da göstermektedir<sup>106</sup>. Sığınma hakkının bireysel bir hak olarak kabul edilmesi, sorumluluk aktarımı yöntemlerinin gözden geçirilmesine sebebiyet vereceğinden, Birliğin ortak sığınma sisteminin yapısı ve amacıyla da çelişecektir.

Kaldı ki, Temel Haklar Şartının Dibacesinde, düzenlemenin, AB hukukunun insan hakları koruması kaynaklarında yer alan hakların teyit edilmesini amaçladığı belirtilmiş, yine düzenlemenin 51(2).maddesinde, “*Şart’ın Topluluk veya Birlik bakımından yeni bir görev veya yetki yaratmayacağı ve Antlaşmalarda tanımlanan görev ve yetkileri değiştirmeyeceği*” belirtilmiştir. Buradan hareketle, sığınma hakkına ilişkin hükmün, sığınma hakkına yönelik mevcut anlayışın korunması amacıyla daha fazlasını taşımadığı açık olarak ortadadır<sup>107</sup>. Elbette, ABAD’ın sığınma hakkını bu noktada nasıl yorumlayacağı da önem arz etmektedir. Ancak, ABAD’ın sığınma hakkı konusunda, Temel Haklar Şartı’nın mevcut hakları teyit etme amacı güttüğü yönündeki genel eğiliminden sıyrılıp, bireyi sığınma sağlanma hakkı ile donatacak radikal bir yorumla yol vermesi olası görünmemektedir.

<sup>105</sup> Peers, JHA Law, s. 296.

<sup>106</sup> Dublin Tüzüğü ve Usul Yönergesi çerçevesinde sorumluluk aktarımına ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. dn. 43.

<sup>107</sup> Temel Haklar Şartı’nın “yeni haklar” oluşturmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. **Hepple, B.**: “(European Developments) The EU Charter of Fundamental Rights”, Industrial Law Journal, 2001, C. 30. S.2, s. 227.

## SONUÇ

Sığınma, doğası gereği insan hakları ile sıkı bir ilişki içerisinde. Çünkü bireyler temel haklarının korunması için sığınma eylemini gerçekleştirir. Bireyin bu ihtiyacının menşe devleti dışında bir başka devlet tarafından karşılanması ise hiç kuşkusuz kendisine ikame bir koruma sağlanması anlamına gelmektedir. Böylelikle, sığınmacının kendisine sığınma sağlanması yönünde bireysel bir hakka sahip olduğu düşünülebilir. Oysa sığınmaya devlet penceresinden bakıldığında, sığınma hakkının anlamı birey açısından daha dar bir çerçevede tezahür etmektedir. Bu bakış açısı uluslararası hukuka da yansımış; uluslararası hukukta birey açısından sığınma hakkından anlaşılan, sığınma arama hakkı ve sığınmadan faydalanma hakkı olmuştur.

Şart'ta yer alan sığınma hakkının yorumlanması neticesinde ise bu hakkın uluslararası hukukta genel kabul gören anlayışın bir uzantısından öteye geçememiş olduğu görülmektedir<sup>108</sup>. Şart'ta yer alan düzenleme ile Birlik hukuku çerçevesinde uluslararası korumaya uygun olduğu kabul edilen bireylere koruma sağlanması Birlik çatısı altında bir kez daha teminat altına alınmıştır<sup>109</sup>. Ancak bu durum, sadece Birliğe girişine izin verilen ve statü tanıma işlemleri olumlu sonuçlanan sığınmacılara statülerinden kaynaklanan hakların verilmesi anlamını taşımaktadır. Bir başka deyişle, Şart'ta yer alan sığınma hakkının, birey açısından sığınma arama ve sığınmadan faydalanma içeriğine sahip olduğu görülmektedir.

---

<sup>108</sup>Temel Haklar Şartında düzenlenen sığınma hakkının bireysel bir hak olduğu ve sığınma sağlama içeriğini de taşıdığı yönünde, karşı görüşü için bkz. *Gil-Bazo*, s. 52. *Gil-Bazo*, Temel Haklar Şartı'nda sığınma sağlama hakkının "uluslararası korumaya uygun olan bireyler açısından" teminat altına alındığı görüşünü savunmaktadır. Kanımızca, bu yönde bir teminat, sığınma sağlama hakkının temel bir hak olarak tanındığı anlamına gelmeyecektir. Gerek 1951 Sözleşmesi'nin gerek Kurucu Antlaşmaların sığınma hakkı konusunda sessiz kalmış olması, gerekse AOSS'nin yapısının sığınma sağlama hakkına cevaz verecek bir çatıya sahip olmaması, Şart'ın 18. maddesi ile sağlanan "teminat"ın uluslararası hukukta kabul edilen genel anlayış doğrultusunda sadece "sığınma arama ve sığınmadan faydalanma" hususunda söz konusu olabileceğini göstermektedir.

<sup>109</sup> Benzer yöndeki görüşü için bkz. *Lerch*, s. 22; *Zalimene*, s.2.

Böylelikle, sığınma kavramı, her ne kadar insan hakları temelinde Şekillenmiş olsa da, AB'nin en önemli temel haklar kaynağı olan Şart'a uluslararası hukuktaki görünümüne paralel bir Şekilde, bir egemenlik hakkı olarak yansımıştır. Birliğe üye devletlerin hem uluslararası hukuktaki pozitif düzenlemelerin Őekillenmesinde hem AB'nin sığınmaya ilişkin politikaları ve düzenlemelerinin oluŐturulmasında önemli birer aktör olması, bu sonucun olağan karşılanmasını gerektirecektir.

### KAYNAKÇA

- Albrecht, Hans Jörg:** “Fortress Europe? –Controlling Illegal Immigration, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2002, C.10, S.1, ss.1-22.
- Allain, Jean:** The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement, International Journal of Refugee Law, 2001, C.13, S.4, ss. 533-558.
- Battjes, Hemme:** European Asylum Law and International Law, Leiden 2006.
- Baykal, Sanem:** “Temel Haklar”, içinde, *Akçay, B./Bayraktaroğlu Özçelik G. (eds.): Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar*, Ankara 2010, ss. 371-399.
- Boed, Roman:** “The State of the Right of Asylum in International Law”, Duke Journal of Comparative and International Law, 1994-1995, C. 5, S. 5, ss. 1-33.
- Caviedes, Alexander:** “The Open Method of Co-ordination in Immigration Policy: A Tool For Prying Open Fortress Europe”, Journal of European Public Policy, 2004, C.11, S.2, ss.289-310.
- Chalmers, Damian / Davies, Gareth / Monti, Giorgio:** European Union Law, Cambridge 2010.
- Chowdhury, Subrata Roy:** A Response to the Refugee Problems in Post Cold War Era: Some Existing and Emerging Norms of International Law, International Journal of Refugee Law, 1995, C. 7, S. 1, ss. 100-118.

- Clayton, Gina:** Textbook on Immigration and Asylum Law, Oxford 2010.
- Çiçekli, Bülent:** Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Ankara 2009.
- Di Federico, Giacomo:** The EU Charter of Fundamental Rights, From Declaration to Binding Instrument Heidelberg-London-New York, 2011
- Dummet, Ann / Nicol, Andrew:** Subjects, Citizens, Aliens and Others, London 1990.
- Dworkin, Ronald:** Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom, New York-Toronto 1993.
- Dworkin, Ronald:** "Life is Sacred: That's the Easy Part", New York Times Magazine, May 16 1993.
- Edwards, Alice:** Human Rights, Refugees and the Right "to Enjoy" Asylum, International Journal of Refugee Law, 2005, C. 17, S. 2, , ss. 293-330.
- Ersava, Füsün:** "AB'nin Anayasallaşma Sürecinde Temel Haklar Şartı", Avrupa Çalışmaları Dergisi, Bahar 2004, C. 3, S. 2, ss. 1-9.
- European Council on Refugees and Exiles (ECRE),** Position on Sharing the Responsibility: Protecting Refugees and Displaced Persons in the Context of Large Scale Arrivals, March 1996, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/403a40744.html> (07.05.2012).
- Foster, Michelle:** International Refugee Law and Socio-Economic Rights, Refugee from Deprivation, Cambridge 2007.
- Gil-Bazo, Maria - Teresa:** "The Charter of Fundamental Rights of The European Union and The Right To Be Granted Asylum in The Union's Law", Refugee Survey Quarterly, 2008, C. 27, S.3, ss.33-52.
- Gilbert, Geoff:** "Right of Asylum: A Change of Direction", International and Comparative Law Quarterly, 1983, C. 32, ss. 633-650.
- Goodin, Robert E.:** "What is so Special about Our Fellow Countrymen?", Ethics, 1998, C. 98, S.4, s. 663-686.

- Goodwin--Gill, Guy S. / McAdam Jane:** The Refugee in International Law, New York 2007.
- Göçmen, İlke:** Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri, Ankara 2008.
- Göçmen, İlke:** Keeping a(n) (Un)Fair Balance between the “Judicial Cooperation in Criminal Matters” and Fundamental Rights: The Contributions of the Court of Justice of the European Union, The Academic Association for Contemporary European Studies Conference on Exchanging Ideas on Europe 2012 Old Borders – New Frontiers (yayımlanmamış tebliğ metni), 3-5 September 2012, Passau, Germany, s. 20. Tebliğ metninin tamamına <http://events.uaces.org/documents/papers/1201/gocmen.pdf> adresinden ulaşılabilir.
- Grahl Madsen, Atle:** Territorial Asylum, London 1980 (Territorial Asylum).
- Grahl Madsen, Atle:** The Status of Refugees in International Law, Leiden 1972.
- Griffin, James:** Well-Being, Its Meaning, Measurement and Moral Importance, New York 2002.
- Guild, Elspeth:** “The Europeanisation of Europe’s Asylum Policy”, International Journal of Refugee Law, 2006, C. 18, S. 3-4, ss. 630-651.
- Hannum, Hurst:** “Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law”, 1995-1996, Georgia Journal of International and Comparative Law, C. 25, ss. 287-398.
- Hathaway, James C.:** The Law of Refugee Status, Toronto-Vancouver 1991.
- Henkel, Christoph:** “Constitutionalism of The European Union: Judicial Legislation and Political Decision Making by the European Court of Justice”, Wisconsin International Law Journal, 2000-2001, C. 19, S.2, ss. 153-180.

- Hepple, Bob:** “(European Developments) The EU Charter of Fundamental Rights”, *Industrial Law Journal*, 2001, C. 30, S.2, ss. 225-231.
- Humphrey, John:** *No Distant Millenium: The International Law of Human Rights*, Paris 1989.
- Humphrey, John:** “The International Bill of Rights: Scope and Implementation”, *William and Mary Law Review*, 1976, C. 17, ss. 527-541.
- Hurwitz, Agnés:** *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford 2009.
- Islam, Shada:** “Fortress Europe”, *Index on Censorship*, 1994, C. 23, S. 3, ss. 37-43
- Juss, Satvinder S.:** “The Decline and Decay of European Refugee Policy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, C. 25, S. 4, ss. 749-792.
- Nayar, Kaladharan M. G.:** “The Right of Asylum in International Law, Its Status and Prospects”, *Saint Louis University Law Journal*, 1972-1973, C. 17, ss. 17-46.
- Kohen, Ari:** *In Defense of Human Rights a Non Religious Grounding in a Pluralistic World*, Routledge Innovations in Political Theory, New York 2007.
- Köktaş, Arif / Yılmaz, Ömer:** “Avrupa Birliği Entegre Sınır Yönetimi Modeli”, *Polis Bilimleri Dergisi*, 2010, C.12, S.2, ss. 1-21.
- Lambert, Héléne / Messineo, Francesco ve Tiedemann, Paul:** “Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy, and Germany: Requiescat in Pace?”, *Refugee Survey Quarterly*, 2008, C. 27, S.3, ss. 16-32.
- Lauterpacht, Hersch:** “The Universal Declaration of Human Rights”, *British Year Book of International Law*, 1948, C. 5, ss. 354-381.
- Lauterpacht, Elihu / Bethlehem Daniel:** “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion”, içinde, *Feller, E/Türk, V. ve Nicholson F. (eds.): Refugee Protection in International Law UNHCR’s Global*



Consultations on International Protection, Cambridge 2003, ss. 87-177

- Lerch, Marika:** “European Identity in International Society- A Constructivist Analysis of the EU Charter of Fundamental Rights”, Web Papers on Constitutionalism & Governance Beyond the State, S.2, 2003.
- McAdam, Jane:** Complementary Protection in International Refugee Law, Oxford-NewYork 2007.
- Meron, Theodor:** Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford 1989.
- Metin, Yüksel:** “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2002, C. 57, S. 4, ss. 35-63.
- Morgenstern, Felice:** “The Right of Asylum”, British Yearbook of International Law, 1949, C.26, ss. 327-357.
- Mubanga-Chipoya, CLC:** Final Report, The Right of Everyone to Leave any Country, Including His Own and Return to His Country: UN Doc.E/C.4/Sub.2/1988/35; June 1988, ss. 103-106, naklen, **Clark, Tom:** “Human Rights and Expulsion: Giving Content to the Concept of Asylum”, International Journal of Refugee Law, 1992, C. 4, S. 2, ss. 189-204.
- Noll, Gregor:** “Risky Games? A Theoretical Approach to Burden-Sharing in the Asylum Field”, Journal of Refugee Studies, 2003, C. 16, S. 3, ss. 236-252.
- Özcan, Mehmet:** Avrupa Birliği Sığınma Hukuku Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, Ankara 2005.
- Peers, Steve:** “Human Rights, Asylum and European Community Law”, Refugee Survey Quarterly, 2005, C. 24, S.2, ss. 24-38.
- Peers, Steve:** EU Justice and Home Affairs Law, Oxford-New York 2011, ss. 99-101 (JHA Law).
- Peker, Bülent / Sancar, Mithat:** Mülteciler ve İltica Hakkı Yaşamın Kısıyındakilere HoŐgeldin Diyebilmek, Ankara 2001.
- Perry, Michael J.:** The Idea of Human Rights Four Inquiries, New York 1998.
- Schachter, Oscar:** International Law in Theory and Practice, Dordrecht 1991.

- Shacknove, Andrew E.:** “Who is a Refugee?”, *Ethics*, January 1985, C. 95, S. 2, ss. 274- 284.
- Shah, Prakash A.:** *Refugees, Race and the Legal Concept of Asylum in Britain*, London 2000.
- Sidorenko, Olga Ferguson:** *The Common European Asylum System: Background, Current State of Affairs, Future Direction*, The Hague 2007.
- Sohn, Louis B.:** “The Human Rights Law of the Charter”, *Texas International Law Journal*, 1977, C. 12, ss. 129-140.
- Suhrke, Astri:** “Burden-Sharing During Refugee Emergencies: The Logic of Collective versus National Action”, *Journal of Refugee Studies*, 1998, C. 11, S. 4, ss. 396-415.
- Tally, Kritzman A. / Yonatan, Berman:** “Responsibility Sharing and the Rights of Refugees: The Case of Israel”, *George Washington International Law Review*, 2009, C. 41, S.3, ss. 619-649.
- Taneri, Gökhan:** *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (non-refoulement) İlkesi*, Ankara 2012.
- Taşdemir, Hakan / Demir, Hasan:** “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, *Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Güz 2002, C.2, S.3, ss. 85-100.
- Thieleman, Eiko R.:** *Burden Sharing: The International Politics of Refugee Protection*, The Centre for Comparative Immigration Studies Working Paper, No. 134, San Diego 2006 (Paper prepared for the Conference “Immigration Policy after 9/11: US and European Perspectives”, University of Texas Austin, 2-3 March 2006).
- Thielemann, Eiko R. / Dewan, Torun:** “The Myth of Free-Riding: Refugee Protection and Implicit Burden Sharing”, *West European Politics*, March 2006, C. 29, S. 2, ss. 351-369.
- Thielemann, Eiko R.:** “Between Interests and Norms: Explaining Burden-Sharing in the European Union”, *Journal of Refugee Studies*, 2003, C.16, S. 3, ss. 253-273

- Tokuzlu, Lami Bertan:** Non-Refoulement Principle in a Changing European Legal Environment with Particular Emphasis on Turkey, A Candidate Country at the External Borders of The EU, İstanbul 2006 (yayımlanmamış doktora tezi).
- Waldock, Humphrey:** Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention, içinde, The European Convention of Human Rights, London 1965.
- Weis, Paul:** “The United Nations Declaration on Territorial Asylum”, Canada Yearbook of International Law, 1969, C.7, ss. 92-149.
- Zalimiene, Skirgaile:** Competence of the National Court to Act on Its Own Motion in a European Context, Direct Applicability of Articles 18 and 47 of the European Union Charter of Fundamental Rights, Seminar on the “Asylum and Immigration Law: the National Judge between National and European Standards”, Association of the Councils of State and the Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union, Brussels, 17 December 2010, [www.juradmin.eu/seminars/Brussels2010/Paper\\_Zalimiene.pdf](http://www.juradmin.eu/seminars/Brussels2010/Paper_Zalimiene.pdf) (02.02.2011)



## ULUSLARARASI HUKUKTA SAVAŞA VARMAZAN KUVVET KULLANMA YOLLARI

Arş. Gör. M. Yusuf EREN\*

### ÖZET

*Uluslararası toplum çok dinamik bir yapıya sahiptir. Devamlı şiddet ve savaşa eğilim vardır. Birleşmiş Milletler örgütü, bu olumsuz durumu bir nebze engelleyebilmek için, uluslararası hukuka “kuvvet kullanma yasağı” adı altında çok önemli bir ilke kazandırmıştır. Ancak uygulamaya bakıldığında, söz konusu yasağın tam olarak hayata geçirilemediği görülmektedir. Bunun en önemli sebeplerinden birisi, “misilleme”, “zararla karşılık” ve “karışma” olarak ortaya çıkan savaşa varmazan kuvvet kullanma yollarının, uluslararası hukuka uygun olup olmadığı hususunda tam bir görüş birliğinin sağlanamamış olmasıdır. Misilleme yöntemi, kuvvet içermediğinden dolayı söz konusu kuvvet kullanma yasağına aykırılık teşkil etmez. Zararla karşılık yöntemlerinin birçoğu kuvvet kullanma eylemleri bulundurur. Bu bakımdan kuvvet kullanma içeren zararlar karşılık eylemleri uluslararası hukuka aykırıdır. Karışma yöntemi ise, egemen ve bağımsız devletlerin içişlerine karışmama ilkesine aykırı olmasına rağmen, insani gerekçelerle yapılan müdahalelerin uluslararası hukuka göre uygun olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Kuvvet Kullanma Yasağı, Misilleme, Zararla Karşılık, Karışma, Ambargo

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

## THE USE OF FORCE NOT AMOUNTING TO WAR

### ABSTRACT

*The international community has a very dynamic nature. There is a continuous trend of violence and war. To prevent this negative situation, The United Nations, gained a very important principle to international law, called "the prohibition of the use of force". However, in practice, we can see that the prohibition had not been implemented at all. One of the most important reasons for this, is there is no complete consensus whether to accordance with international law in the use of force not amounting to war such as retorsion, retaliation and intervention. Because of not containing any force, retorsion does not constitute a violation of the prohibition of the use of force. Retaliation methods contains many of the acts of use of force. In this regard, acts of retaliation which are involving the use of force, are contrary to international law. Although the intervention method is contrary to the principle of non-interference in the internal affairs of a sovereign and independent states, interventions for humanitarian reasons must be presumed to conform to international law.*

**Keywords:** Prohibition of Use of Force, Retorsion, Retaliation, Intervention, Embargo

### I. GİRİŞ

Barış kelimesi genel anlamda düşmanlığın olmaması; şiddetten, kavgadan, savaştan uzaklaşma; uyum, birlik, bütünlük içinde yaşama anlamlarına gelmektedir. İnsan fitratının en saf duygularından olan sevgi, hoşgörü, uzlaşma gibi melekeler aslında "barış" olgusunun da temelini oluşturmaktadır. İnsanlar söz konusu melekeleri kaybetmeye başladıkça; yaşama, yaşatma, uzlaşma gibi insanın içgüdüsel olarak bünyesinde barındırması gereken temel değerler, yerini ego, hırs, şiddet ve kaosa bırakır. Bunun sonucunda toplumsal düzende değişiklikler boy göstermeye başlar. Günümüzde en ufak olayları bile büyütürken sorun haline getirmek artık insanoğlunun yeni fitratı konumuna gelmiş bulunmaktadır. Barış ve hoşgörü gibi iki kıymetli değer, anlamlarını "şiddet"le yer değiştirmiştir. Şiddet en dar kapsamıyla aile içerisinde

başlayarak, halka halka genişleyerek devletlerin birbirleriyle savaşmasına kadar ulaşmıştır.

Toplumun her kesiminde şiddet örneklerine ve bunların nedenlerine rastlamak mümkündür. Ancak tüm dünyanın geleceğini ilgilendiren şiddet örnekleri ise devletlerarasında cereyan etmektedir. Uluslararası düzeyde şiddet, uluslararası hukukun aktörleri tarafından yürütülen ve siyasi düzene yeni bir denge getirmek amacıyla olan silahlı çatışmalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Dünya genelinde barış ve huzuru sağlamak için, öncelikle devletlerarasındaki ilişkilerin düzeltilerek söz konusu çatışmaların ortadan kaldırılması gerekmektedir. Uluslararası şiddetin kısıtlanması ya da yasaklanması olmasa bile düzenlenmesi düşüncesi oldukça eskilere dayanmaktadır. Bu konuda Roma İmparatorluğundan başlayarak Birleşmiş Milletler (BM) örgütünün kurulmasına kadar tarih boyunca şiddeti sınırlamak adına birçok adım atılmıştır. Söz konusu adımların başarı düzeyi tartışmaya açık olsa da, toplumların nihai amacı “küresel barışı” sağlamak olmuş ve bunu sağlayabilmek için verilen mücadeleler gün geçtikçe artmıştır.

Bugün uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Birleşmiş Milletler örgütü üstlenmiştir. Bu doğrultuda BM Antlaşması uluslararası arenada devletlerarasında kuvvet kullanılmasını kural olarak yasaklamıştır<sup>1</sup>. Uygulanan uluslararası hukukta kuvvet kullanılmasının yasaklanmasının ilk kabulü 16.10.1925 tarihinde Almanya, İngiltere, İtalya, Fransa ve Belçika arasında imzalanan *Ren Misaki* ile ve birçok devlet arasında ise 27.08.1928 tarihinde imzalanan *Briand-Kellogg Paktı* ile gerçekleştirilmiştir<sup>2</sup>. Ancak söz konusu antlaşmalar uluslararası barışı korumakta yetersiz kaldıklarından ve evrensel nitelik taşımadıklarından dolayı, kuvvet kullanmanın uluslararası

<sup>1</sup> Bkz. BM Antlaşması md. 2/4: “Teşkilatın üyeleri, milletlerarası münasebetlerinde gerek bir başka devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletlerin amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir surette, tehdide veya kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar”.

<sup>2</sup> PAZARCI, Hüseyin; Uluslararası Hukuk, Ankara 2010, s. 517.

ilişkilerde evrensel düzeyde yasaklanması BM Antlaşması ile gerçekleştirildiği kabul edilmektedir.

Uluslararası hukuk kural olarak kuvvete başvurmayı yasaklamakla birlikte, bazı durumlarda birtakım kuvvete başvurma yolları, devletler tarafından kendilerince meşru olarak kabul edilmiştir. Sınırlı kuvvet kullanma yolları olarak da adlandırılan ve uluslararası hukukta “savaşa varmayan zorlama yolları” olarak kabul edilen bu yöntemler, doktrinde halen büyük tartışmalara sebep olmaktadır. Söz konusu yöntemler, nitelikleri itibarıyla kuvvet içermelerine rağmen, devletler bazı durumlarda bu yöntemlerin kendilerince bir hak olduğunu kabul ederek, bu yöntemlerin kuvvet kullanma yasağına aykırılık teşkil etmediğini iddia etmektedir.

Bugün uluslararası arenada karşılaştığımız kuvvet kullanma yollarının neler olduğu ve bu yolların uluslararası hukukun günümüzde geldiği noktada sahip oldukları nitelik ve statülerinin incelenmesi çok önemli bir konudur. Yukarıda bahsi geçen “küresel barışı” sağlama adına devletlerin başvurdukları şiddet ve kuvvet yollarının tespit edilmesi ve bunları bir nebze de olsun sınırlayarak denetim altına alınması hususuna büyük dikkat verilmesi gerekmektedir. Çalışmanın amacı, söz konusu bakış açısıyla, savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarını ayrıntılı bir şekilde ele almak, uluslararası hukukun temel kuralı olan “kuvvet kullanma yasağı” ile olan ilişkilerini değerlendirmek ve uluslararası hukuk bakımından gerçekten yasal bir zemine dayanıp dayanmadıklarını tespit etmektir.

## **II. SAVAŞA VARMAYAN KUVVET KULLANMA YOLLARI**

Milletler Cemiyeti (MC) antlaşması ve kendisinden sonra imzalanan Briand-Kellogg Paketi sadece hukuksal anlamda savaşı yasaklamıştır. Ancak 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe giren BM Antlaşması'nın md. 2/4 hükmü, sadece savaş ile sınırlı kalmayarak her türlü kuvvet kullanmayı yasaklamaktadır. Bu durumda, 19. yüzyılda oldukça sık olarak başvurduğu bilinen savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarının da yasaklanıp yasaklanmadığı hususu önemli bir sorun teşkil etmektedir.



Bu konuda ortaya atılan görüşlerden birisi, md. 2/4 hükmünün açık bir şekilde kuvvet kullanmayı yasakladığını iddia ederek, bu kapsama giren her türlü kuvvet içeren eylemin uluslararası hukuka aykırılık teşkil ettiğini ve bunun sonucu olarak savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarının da hukuka aykırı olduğunu savunmaktadır.

Savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarının uluslararası hukuka uygun olduğunu savunanlar ise iki grupta toplanmaktadır. Bunlardan birincisi, md. 2/4'te konulan yasağı sadece bu maddedeki terimlerin anlamıyla sınırlı bir şekilde yorumlamaktadır. Buna göre, bir devletin toprak bütünlüğünü ve siyasi bağımsızlığını ihlal etmeyen veya BM'nin amaçlarıyla bağdaşmayan tüm kuvvet kullanma yollarının hukuka uygun olduğu ileri sürülmektedirler.

İkinci bir görüş ise, yasağın kapsayıcı ve genel niteliğini kabul etmesine rağmen BM Antlaşması'nda öngörülen mekanizmanın kurulamaması nedeniyle bazı savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarının yeniden hukuka uygun hale geldiğini ileri sürmektedirler. Bu son iki görüşe ilave olarak, savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarının 51. maddedeki meşru savunma hakkının geniş yorumlanmasıyla kullanılabileceğini de iddia edenler vardır.

Bu son görüşlerin kabul edilmesi durumunda, birçok sınırlı kuvvet kullanma yolu md. 2/4'teki yasağın kapsamı dışında kalarak uluslararası hukuka göre uygun duruma gelmektedir. Bahsi geçen sınırlı kuvvet kullanma yollarını “*misilleme*”, “*zararla karşılık*” ve “*karışma*” (*müdahale*) olarak üç başlık altında incelemek mümkündür.

### A. MİSİLLEME

Misilleme kavramı etimolojik açıdan Latince kökenli ‘retortus’ kelimesinden gelmekte<sup>3</sup> ve uluslararası alanda “retorsion” olarak kabul edilmektedir. Bu kelimenin Türkçedeki karşılığı kötü bir davranışa aynen verilen karşılık veya kısasa kısas anlamına gelmektedir<sup>4</sup>. Bir uluslararası

<sup>3</sup> The American Heritage Dictionary of the English Language, 4. Baskı, Boston, 2000.

<sup>4</sup> Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu resmi internet sitesi, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (09.11.2012).

hukuk terimi olarak ise misilleme, bir devletin, kendisine karşı bir başka devletçe uluslararası hukuka aykırı olmayan ancak çıkarlarını zedeleyen eylemlerine aynı biçimde karşılık vermesidir<sup>5</sup>. Diğer bir anlatımla, bir devletin uluslararası hukuka aykırı olmayan bir fiiline karşı bir başka devletin yine uluslararası hukuka aykırı olmayan bir davranışla cevap vermesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bugün öğretilerdeki bir görüş, bu geleneksel görüşten farklı olarak, bir devletin “uluslararası hukuka aykırı” fiiline karşı da uluslararası hukuka aykırı olmayan yollarla cevap verilmesinin olanaklı olduğunu ve bu önlemin de bir misillemeyi oluşturduğunu kabul etmektedir<sup>6</sup>.

Misillemenin, somut bir olay vesilesiyle, haksızlık yapan bir devlete karşı uygulanması, devletlerarasındaki dostluk ve iyi komşuluk ilişkileriyle bağdaşmayan sevimsiz önlemler olarak kabul edilmesinden dolayı öğretilerde eleştirilmektedir<sup>7</sup>.

Yapılacak olan misilleme eyleminin uluslararası hukuka uygun bir davranış olması gerekmektedir. BM Antlaşması md. 2/4’te belirtilmiş genel yasağa göre misillemenin kuvvet kullanımı veya tehdidi içermemesi bir zorunluluktur. Yine uluslararası hukuka uygunluk için misilleme, karşı devletin bir hakkına değil, sadece çıkarlarına zarar vermekle sınırlı olması gerekmektedir<sup>8</sup>.

Misilleme uluslararası hukukun yasaklamamış olduğu bir zorlama yöntemi olduğu, ayrıca kuvvet kullanılmasını gerektirmediği için, BM Antlaşmasına da aykırı değildir. Bu sebeple misilleme gerektiren eylem, hukuksal anlamda haksız bir eylem niteliği taşımamaktadır. Bu eylemde

---

<sup>5</sup> MERAY, Seha L.; Devletler Hukukuna Giriş, C. 2, Ankara 1975, s. 412; P. Reuter et J. Combacau; Institutions et relations internationales, Paris 1980, s. 216; DUPONT, Pierre-Emmanuel; “Countermeasures and Collective Security: The Case of the EU Sanctions Against Iran”, Journal of Conflict & Security Law, Oxford University Press, 2012, s. 11; PAZARCI; s.438; BOZKURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ; Devletler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2010, s. 268; KARABULUT, Bilal; “Uluslararası Yaptırımların Hukuksal Bir Analizi”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 3, S. 12, 2007, s. 20.

<sup>6</sup> PAZARCI; s.438.

<sup>7</sup> ÜNAL, Şeref; Uluslararası Hukuk, Ankara 2005, s. 308; DOĞAN, İlyas; Devletler Hukuku, Ankara 2008, s. 127.

<sup>8</sup> PAZARCI; s. 438; BOZKURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ; s. 268.

bulunan devlet, bu şekilde davranmaya uluslararası hukuk açısından yetkilidir. Söz konusu devlet, diğer devletin bir hakkına değil, hukukça korunmamış bir çıkarına zarar vermektedir. İşte bu yüzden misillemenin, buna yol açan eyleme karşı, kesinlikle aynı biçimde ve aynı araçlarla yapılması ve hatta söz konusu iki fiil arasında denklik olması da gerekmez. Önemli olan, misillemenin uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamış, fakat dostça sayılmayacak bir davranış şeklinde karşımıza çıkmasıdır<sup>9</sup>. Sonuç olarak şartları yerine getirilerek gerçekleştirilen bir misilleme, uluslararası hukuka uygun bir kuvvet kullanma biçimidir.

Yapılacak olan misilleme eylemlerinin neler olabileceği, somut olayın özelliklerine göre ilgili devletin kendi takdirindedir. Uluslararası uygulamada karşımıza çıkan belli başlı misilleme önlemlerini şu şekilde belirtmek mümkündür: ilgili devlet vatandaşlarına sıkı kurallar uygulama, aşırı vergi oranları ve farklı gümrük tarifeleri belirleme<sup>10</sup>, limanların ilgili devlet gemilerine kapatılması, ilgili devletle ticari ilişkilerin kesilmesi, ekonomik ve teknik yardımın antlaşmalara aykırı düşmeyecek biçimde kesilmesi, diplomatların istenmeyen kişi ilan edilmesi, diplomatların ülke içerisindeki hareketlerinin sınırlanması, kısaca boykot olarak anılan mal ithaline izin verilmemesi, karşı devletin yurttaşlarından vize istenmesi ya da ülkeye girişlerinin yasaklanması<sup>11</sup>.

## **B. ZARARLA KARŞILIK**

### **a. Tanım ve Tarihi Gelişim**

Zararla karşılık kavramı etimolojik açıdan Fransızca kökenli ‘représailles’ kelimesinden gelmekte<sup>12</sup> ve uluslararası uygulamada “reprisal” veya “retaliation” olarak kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Eski dilde misilleme ve zararlar karşılık arasında herhangi bir ayırım yapılmadan, her

<sup>9</sup> MERAY; s. 412; PAZARCI; s. 439; BOZKURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ; s. 268.

<sup>10</sup> MERAY; s. 412.

<sup>11</sup> PAZARCI; s. 439.

<sup>12</sup> KARABULUT; s. 20.

<sup>13</sup> Bkz. Oxford Dictionary, <http://oxforddictionaries.com/definition/english/retaliation?q=retaliation> (16.11.2012).

iki kavram da mukabele-i bilmisil olarak kabul edilmekteydi<sup>14</sup>. Günümüzde ise her iki kavram, farklı nitelik ve anlamlar taşıyan ayrı birer hukuk terimi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir uluslararası hukuk terimi olarak zararlar karşılık, bir devlete karşı yönelen hukuk dışı bir davranışa, yine bu devlet tarafından hukuk dışı bir davranışla karşılık verilmesidir<sup>15</sup>. Daha farklı bir ifadeyle, bir devletin uluslararası hukuka aykırı olarak yapmış olduğu haksız bir eylem neticesinde zarar gören devletin, bu tür haksız eylemlerin bir daha tekrarlanmasını önlemek ya da zarar veren devletin hukuka uygun davranmasını sağlamak amacıyla yine uluslararası hukuka aykırı bir yolla zorlayıcı önlemlerde bulunması zararlar karşılık anlamına gelmektedir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, zararlar karşılık ile misilleme birbirine anlam bakımından benzemekle beraber, ikisini birbirinden ayıran özellikler mevcuttur. Öncelikle, misilleme uluslararası hukuka aykırı olmayan ancak bir çıkarı zedeleyen davranışa karşı kuvvet kullanma yolunu oluştururken, zararlar karşılık için uluslararası hukuka aykırı bir eylemin varlığı zorunludur. İkinci olarak, yapılacak misilleme eylemi için gerçekleştirilecek karşı önlem uluslararası hukuka uygun bir fiil olmak zorundayken, zararlar karşılığında karşı önlem uluslararası hukuka aykırı bir eylemden oluşmaktadır.

Zararlar karşılığın geçmişi uygulamada Hammurabi Kanunları'na kadar gitmektedir. Söz konusu kanunun 196 – 200 maddeleri arasında açıkça zararlar karşılık örnekleri verilmektedir<sup>16</sup>. Antik Yunan devrinde de zararlar karşılık örneklerine rastlamak mümkündür. O dönemin site

---

<sup>14</sup> GİRİTLİ, İsmet; Türkiye'de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları, İstanbul 1958, ss. 89-90; Pazarcı'dan naklen atıf yapılmıştır bkz. PAZARCI; s. 439.

<sup>15</sup> OPPENHEIM, L. – LAUTERPACHT, H.; International Law, C. II, London 1952, s. 136; TUCKER, R.W.; "Reprisals and Self-Defense: The Customary Law", A.J.I.L., C. 66, 1972, ss. 586-595; MERAY; s. 414; PAZARCI; s. 439; BAŞEREN, Sertaç H.; Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları, Ankara 2003, s. 151; ÜNAL; s. 309.

<sup>16</sup> Bkz. Hammurabi Kanunları, md. 196: "Eğer bir adam başka bir adamın gözünü çıkarırsa onun gözü de çıkarılır." ; md. 197: "Eğer bir kişi başkasının kemiğini kırarsa onun kemiği de kırılır." ; md. 200: "Bir adam kendisi ile eşit olan birinin dişini kırarsa onun da dişini kırılır".

devletlerinde, herhangi bir yabancı kişi bir vatandaşa zarar verdiğinde, bu yabancı kişinin vatandaşı olan başka bir kimse yakalanarak cezalandırılılabiliyordu. Roma hukukunda uygulamasına rastlanmayan zararlar karşılık, gerçek yasal zeminini Orta Çağ'dan itibaren kazanmıştır. Zararla karşılığın anlamı da yüzyıllar içerisinde gelişme göstermiştir. Başlangıçta kişilerin uğradığı zararın giderilmesi için alınan tazminat olarak ifade edilmiştir. Zaten zararlar karşılık Fransızca kökenli *reprendre*, yani gerçek anlamıyla “geri almak” tan gelmektedir<sup>17</sup>. Bir yabancı vatandaş tarafından zarar gören kişi, kendi iç hukuk sisteminde uğradığı zarar için tazminat elde edemediyse, kendisine, haksız eylemde bulunan kimseden veyahut bu kimsenin vatandaşlarından uğradığı zararı geri alma hakkı tanıyan “*lettre de marque*” adında özel bir yetki belgesi verilmekteydi<sup>18</sup>. Böylece zararlar karşılık, yetkilendirilmiş birisinin yabancı bir vatandaşa karşı, genellikle bir borç ilişkisini kurtarma ve iç hukuktaki zorlama yöntemini icra etme yetkisi olarak teşkil etmekteydi. 18. yy ile birlikte zararlar karşılık daha farklı bir şekile bürünerek *lettre de marque* uygulaması yavaş yavaş ortadan kalkmaktaydı. Devlet yöneticilerinin hükümlerlik güçleri gözle görülür derecede bu dönemde değişime uğramıştı. Devletler kendi halkları üzerinde iç egemenliklerini tam olarak sağladıktan sonra, diğer üçüncü devletler ile ilişkilerinde, dış egemenliklerini de kuvvetlendirme çabası içerisinde girmiştir. Böylece zararlar karşılığın konusunda değişime gidilmiştir. Bu çeşit “özel” zararlar karşılık, sonraları yerini “kamusal” zararlar karşılığın bırakmış ve özel kişi yerine ve adına bu önlemleri devletler kendileri almaya başlamışlardır. Zararla karşılık terimi de, bir devletin işlediği haksız eylemleri düzeltmek amacıyla başvurduğu bütün savaşa varmayan zorlamaları anlatır hale gelmiştir<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> BARSALOU, Olivier; “The History of Reprisals Up to 1945: Some Lessons Learned and Unlearned for Contemporary International Law”, *Military Law and The Law of War Review*, S. 49/3-4, 2010, s. 341.

<sup>18</sup> BARSALOU; s. 341.

<sup>19</sup> MERAY; s. 415.

İslam hukukunda ise mukabele-i bilmisil kavramıyla karşımıza çıkan zararlar karşılık, sadece devletlerarası ilişkilerde değil özel ve kamu hukuku alanlarında da geniş bir kapsam ve uygulama alanı bulmuştur<sup>20</sup>. Kur'an, mukabele-i bilmisil konusunu, uğranılan haksızlık ve saldırılara karşı aynı oranda denk bir ceza ile karşılık verilmesi temeline dayandırmaktadır<sup>21</sup>. Devletlerarası ilişkilerde düşmanın tecavüz ve haksızlığı, mukabele-i bilmisil (zararlar karşılık) meşruluk sebebi olduğu gibi meşruluk sınırının aşılmasını, bir haksızlık giderilirken yeni bir haksızlığa yol açılmaması hususunda hassasiyet gösterilmesi istenmektedir<sup>22</sup>. Böylece İslam hukukunda, konumuz itibariyle uluslararası ilişkiler bakımından bir menfaatin ihlal edilmesi durumunda, devletlere uğradığı haksızlığı gidermek veya önlemek için sadece aynı oranda karşılık verilmesi öngörülmüş, ancak hoşgörülü ve barışçıl politikalar izlemenin devletlerarası ilişkiler için daha makbul olduğu çıkarımını yapmak mümkündür.

#### **b. Zararlar Karşılığın Koşulları**

Zararlar karşılık hukuktan kaynaklanan hakları güvence altına almak ve bu hakların çiğnenmesi durumunda karşı tarafı cezalandırmak için bir yaptırım niteliği taşımaktadır. Daha açık bir ifadeyle zararlar karşılık, başka bir devletin hukuka aykırı fiiline aynı şekilde karşılık verilmesidir. Uluslararası hukukun teamül kurallarına göre, zararlar karşılık önlemi alan devletin bu fiili aslında uluslararası hukuka aykırı olmakla birlikte, öteki devletin uluslararası hukuka aykırı olan bir fiiline karşı işlendiği için meşruluk kazanmaktadır<sup>23</sup>.

Devletler tarafından bir karşı önlem yolu olarak kullanılan zararlar karşılığının birtakım koşullara uygun olarak yürütülmesi gerekmektedir. Zararlar karşılık yöntemi uygulanırken her şeyden önce, diğer devletin uluslararası hukuka aykırı bir fiilde bulunmuş olması gerekmektedir.

---

<sup>20</sup> ÖZEL, Ahmet; "İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil / Misilleme / Karşılıklılık", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 5, 2005, s. 59.

<sup>21</sup> Bkz. Kur'an-ı Kerim: 2/194; 16/126; 22/60; 42/40; 5/45.

<sup>22</sup> ÖZEL; s. 65.

<sup>23</sup> MERAY; s. 414.

Olayda uluslararası hukuka aykırı bir fiil yoksa, devletin zararlar karşılık yoluna gitmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda zararlar karşılıklı bulunan devlet, haksız konuma düşerek sorumlu tutulur.

Zararlar karşılık önlemine başvurabilmek için gerekli olan ikinci koşul, zarar gören devletin, haksız eylemde bulunan devletten doğan zararı düzeltilmesi için talepte bulunması gerekmektedir<sup>24</sup>. Bu konuyla ilgili olarak Portekiz ile Almanya arasındaki *Nauliaa* olayı örnek olarak gösterilebilir. Olay 1914 yılında I. Dünya Savaşı başladıktan sonra, ancak Portekiz henüz tarafsızken, Güney Afrika sömürgesinde görevli olan üç Alman vatandaşının Portekiz sömürgesi olan Nauliaa bölgesinde öldürülmesi üzerine patlak vermiştir. Bu olaya karşılık, Alman ordusu, bir zararlar karşılık önlemi olarak, Portekiz sömürgesinin sınır karakoluna saldırıp tahribata sebep olmuştur. Bu uyuşmazlık daha sonra uluslararası hakemliğe sunulmuştur. Alman-Portekiz Hakemlik Mahkemesinin *Nauliaa Davası*'na ilişkin 1928 yılında belirtmiş olduğu kararında, Almanya'nın Portekiz'den durumun düzeltilmesini isteme yoluna gitmeden kuvvet kullanma yoluna gittiğini belirterek Almanya'nın saldırısının haksız olduğuna karar vermiş ve Almanya'yı tazminat vermeye hükmetmiştir. Sonuç olarak bir devletin zararlar karşılık önlemine başvurmadan önce diğer devlete bunu en azından bir bildirimle haber vermesi gerekmektedir. Eğer bir devletin vatandaşı öteki devletin bir eylemi sebebiyle zarar gördüyse, zarar gören devletin zararlar karşılık önlemine başvurması için öncelikle zarar gören ilgili vatandaşların ilgili devletteki iç hukuk yollarını tüketmesi gerektiği hususu da aynı konu içerisinde değerlendirilebilir<sup>25</sup>.

Zararlar karşılığın üçüncü koşulu, zararlar karşılıklı bulunacak devletin eylemi, zarar veren devletin eylemiyle orantılı olmalıdır<sup>26</sup>. Fakat buradaki orantılılığın derecesini saptamak her zaman tam olarak mümkün

<sup>24</sup> FALK, Richard A.; "The Beirut Raid and the International Law of Retaliation", A.J.I.L., Vol. 63, No. 3, 1969, s. 431.

<sup>25</sup> PAZARCI; s. 440.

<sup>26</sup> FALK; s. 431; HALLECK, Henry Wager; "Retaliation in War", A.J.I.L., Vol. 6, No. 1, 1912, s. 110.

olmayabilir. Zararla karşılık veren devlet yeniden kendisine zarar vermeyi önleyecek şiddette önleme başvurusu gerekmektedir. *Nauliaa* davasında, mahkeme, haksız eylemle zararlar karşılık arasında tam bir aynılık olması gerekmeseyse bile, Almanya'nın aldığı tedbirlerin aşırı olduğunu tespit etmiş ve bu yüzden de haksız bulmuştur. Devletler Hukuku Enstitüsü de, zararlar karşılık hakkını kötüye kullanan devletlere karşı, haksız eylemi ilk işlemiş devletin de zararlar karşılığında bulunabileceğini belirtmiştir<sup>27</sup>.

Nihayet zararlar karşılık eyleminde bulunulabilmesi için gerekli olan son şart, zararlar karşılığında bulunacak devletin bu eylemini sadece zarar veren devlete karşı yöneltmesi gerektiğidir. Böylece, zararlar karşılık önlemi sadece zarar veren ile zarar gören devlet arasında cereyan edebilecek ve üçüncü devletleri hiçbir şekilde etkilemeyecektir.

### **c. Zararla Karşılık Yöntemleri**

Zararla karşılık eylem çeşitleri birçok şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Bunlar kuvvet kullanmayı içerebileceği gibi, kuvvet kullanma içermeyen yöntemler de olabilmektedir. Söz konusu zararlar karşılık eylemi kuvvet kullanmayı içermiyorsa, bir antlaşma ya da örf ve adet kuralını uygulamamak veya yabancıların toplu halde sınır dışı edilmesi gibi yöntemlerle karşımıza çıkabilir<sup>28</sup>. Uluslararası uygulamada, haksız eylemde bulunan devlete karşı aynı yöntemlerle zararlar karşılık verme zorunluluğu yoktur. Zararla karşılığında bulunacak devlet herhangi bir yöntemi seçme konusunda serbesttir, hatta daha önce hiç kullanılmamış bir yol bile seçme hakkına sahiptir. Kuvvet kullanma içeren belli başlı zararlar karşılık yöntemlerine ambargo, barış içinde abluka, boykot, barış içinde işgal ve bombardıman örnek olarak gösterilebilir.

#### **i) Ambargo**

Ambargo kavramı etimolojik olarak İspanyolca *embargo* sözcüğünden gelmekte ve “tutuklama” anlamına gelmektedir<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> MERAY; s. 417.

<sup>28</sup> KESKİN, Funda; Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Ankara 1998, s. 95.

<sup>29</sup>Bkz. Oxford Dictionary, <http://oxforddictionaries.com/translate/spanishenglish/embargo?q=embargo> (16.11.2012).



Uluslararası hukuk terimi olarak ambargo ise, bir devletin limanlarında, iç sularında veya karasularında bulunan yabancı gemilerin, söz konusu sulardan ayrılmalarının yasaklanmasıdır<sup>30</sup>. Ambargo, devletin menfaatlerini korumak amacıyla bir iç tedbir şeklinde belirebileceği gibi, savaşa varmayan bir zorlama yolu veyahut açılması muhtemel bir savaş için önceden tedbir alma şeklinde de ortaya çıkabilmektedir<sup>31</sup>.

Bir zararlar karşılık yöntemi olarak ambargo, kendisine karşı bir başka devlet tarafından işlenmiş haksız bir eylemi, başka bir şekilde düzeltme ya da onarma imkânı bulunmayan bir devletin, limanlarında ya da karasularında bulunan ve haksız eylemi işlemiş devletin bayrağını taşıyan gemilerin, bu sulardan çıkmamalarını buyurmasıdır<sup>32</sup>. Bunun hukuksal sonucu gemilere el konulması veya zapt edilmesi olarak algılanmamalıdır. Söz konusu haksız eylem düzeltildiği veya taraflar arasında anlaşma sağlandığı takdirde ambargo da kalkmaktadır.

Günümüzde ambargo kavramı, sadece gemilerin ülkeden çıkışının engellenmesi olarak değil, daha geniş bir anlamda yorumlanmaya başlamıştır. Artık ambargo denildiğinde bir devletten, özellikle silah, petrol ve savaş malzemeleri gibi belirli stratejik malların dışsattımının yasaklanması da anlaşılabilir<sup>33</sup>. Nitekim yakın tarihimizde ambargonun bu ikinci anlamıyla ilgili de birçok örnek mevcuttur<sup>34</sup>. Malların dışsattımına konulan ambargo her zaman bir hukuki temele dayanmak zorunda değildir. Uygulamada daha çok siyasi nitelikli konularda ambargo uygulandığı görülmektedir.

<sup>30</sup> MERAY; s. 418; PAZARCI; s. 441; ECER, Vehbi; “İslam Tarihinde İlk Ambargo Uygulaması”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 2, 1988, s. 146.

<sup>31</sup> MERAY; s. 418; ECER; s. 146.

<sup>32</sup> MERAY; s. 418.

<sup>33</sup> PAZARCI; s. 441.

<sup>34</sup> 1974 yılındaki Kıbrıs Barış Harekâtı’nda ABD Türkiye’ye silah ambargosu koymuş ve ambargo uzun süre devam etmiştir. Yine 1970 yılı başlarında ABD’nin Sovyetler Birliği’ne buğday ambargosu uygulaması, BM Güvenlik Konseyi’nin 1966 yılında İngiliz sömürgesi Rodezya’ya akaryakıt, silah, uçak, motorlu araçlar ve bunların yedek parçalarının gönderilmesinin yasaklanması örnek olarak gösterilebilir. Bkz. MERAY; s. 420; ECER; s. 147.

Ambargonun geçmişine bakıldığında, en çok başvurulan zararlar karşılık yollarından birisi olduğu rahatlıkla görülebilir. Bir ülkenin en önemli dayanak noktalarından biri olan ekonomik gücün kontrol altına alınması, yaptırıma maruz kalan ülkeyi hem ekonomik hem askeri hem de siyasi bakımdan oldukça zor durumda bırakacağından ambargo, bu yola başvurulmasının en önemli sebebidir.

### **ii) Barış İçinde Abluka**

Barış içinde abluka, olağan savaş dönemlerinde gerçekleştirilen abluka eyleminin, barış dönemi içerisinde savaşa varmayan bir zorlama yolu olarak gerçekleştirilmesidir. Bir uluslararası hukuk terimi olarak barış içinde abluka, bir devletin başka bir devlet üzerinde hem maddi hem psikolojik baskı kurmak gayesiyle, savaş gemileri aracılığıyla bu devletin deniz kıyılarını ve limanlarını denetim altına alarak, deniz yolundan gelebilecek her türlü maddi ve askeri ulaşımların kesilmesidir<sup>35</sup>.

Her ne kadar barış içinde ablukanın, savaş döneminde yapılan ablukadan bir farkının olup olmadığı öğretilerde tartışma konusu olsa bile<sup>36</sup>, yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, barış içinde ablukadan bahsedebilmek için öncelikle taraflar arasında savaş ilişkisinin olmaması, yani barış düzeni içerisinde gerçekleştirilmiş bir önlemin bulunması gerekmektedir.

Tarih boyunca birçok örneğine rastlanan barış içinde abluka<sup>37</sup>, savaş döneminde yapılan ablukadan farklı olarak sadece deniz yoluyla yapılabilmektedir. Savaş dönemindeki ablukalar, deniz savaşlarında

<sup>35</sup> HOGAN, Albert E.; *Pacific Blockade*, Oxford 1908, s. 11; MERAY; s. 420; PAZARCI; s. 442.

<sup>36</sup> HOGAN; s. 183; POTTER, Pitman B.; “Pacific Blockade or War”, *A.J.I.L.*, C. 47, S. 2, 1953, s. 273.

<sup>37</sup> 1831’de Fransa’nın uyruklarının uğradıkları haksız eylemleri Portekiz’e onattırmak için, Tagus’u abluka etmesi; 1837 Yeni Granada ablukası; 1838’de yine Fransa’nın, Meksika ve Arjantin limanlarını ablukası; 1842 San Salvador, 1842 ve 1844 Nikaragua ablukaları; 1850’de İngiltere’nin, Don Pacifico olayında, Yunan limanlarını ablukası; 1862’de, İngiltere’nin Brezilya limanlarını abluka etmesi; 1879 Boliviya ablukası; 1893’de Fransa’nın Formosa’yı; 1884’de Fransa’nın Tayland’ın Menam limanını abluka etmesi; 1888 Zanzibar ablukası; 1902’de Almanya, İngiltere ve İtalya’nın, borçlarını ödemek istemeyen Venezuela’nın limanlarını abluka edişleri tarihteki önemli ablukalara örnek olarak gösterilebilir. Bkz. MERAY; s. 421; HOGAN; ss. 73-149.

olabileceği gibi kara savaşlarında da karşımıza çıkabilmektedir. Söz gelimi kara savaşlarında abluka, düşman tarafından işgal edilmiş bir kente ya da bölgeye giriş çıkışların denetim altına alınması ve bu denetim dışında dışarıya ile tüm temasın kesilmesi suretiyle ortaya çıkmaktadır. Ancak barış içinde ablukada sadece deniz kıyıları ve limanlar denetim altında tutulabilmektedir.

Yapılan denetim, abluka altına alınmış devletin bayrağını taşıyan gemilerin bu limanlara girmelerini veya buralardan çıkmalarını önlemeye çalışmakta, ablukayı yarıp giriş veya çıkış yapmaya kalkışan gemilere de el konulmasını kapsamaktadır. Ancak burada dikkat çekilmesi gereken bir husus, abluhanın sadece taraf iki devlet arasında cereyan etmesi, üçüncü devlet gemilerine ve ticaretlerine abluhanın uygulanmaması gerektiğidir<sup>38</sup>. Böylece üçüncü devlet gemileri her şekilde abluka altındaki devlet limanlarına girip çıkabilmekte serbesttir. Ne var ki, BM Antlaşması'na göre barış içinde abluka Antlaşma'ya aykırı davranan bir devlete karşı, VII. bölüm uyarınca barışın tehdidi, bozulması ve saldırı durumunda alınacak eylemler kapsamında değerlendirilerek bir zorlama önlemi olarak kullanılabilir ve Antlaşma'nın 2. maddesinin 6. fıkrası uyarınca da, Birleşmiş Milletlere üye olmayan üçüncü devletlerin bu ablukaya uymaları istenebilir<sup>39</sup>.

Bugün için başarılı bir abluka uygulanması, ablukayı uygulayan devletin ekonomik gücünden ziyade askeri gücüne bağlı olmaktadır. Bu bakımdan ablukaya mağdur olan devletler genellikle zayıf ve askeri bakımdan güçsüzdür.

### **iii) Boykot**

Bir savaşa varmayan zorlama yolu olarak boykot, bir devletin vatandaşlarının, haksız bir eylem işlendiği kanısına vardıkları bir başka devletten gelen malları satın almama ve kullanmama konusunda ortak bir davranış ve iradede bulunmalarıdır<sup>40</sup>. Boykot, genel olarak boykot uygulanacak olan ülkenin bütün mal ve hizmetlerine karşı

<sup>38</sup> HOGAN; ss. 11-16; POTTER; s. 273; MERAY; s. 420.

<sup>39</sup> POTTER; ss. 273-274.

<sup>40</sup> MERAY; s. 423.

uygulanabileceği gibi, sadece belirli mal veya hizmet grupları üzerine de uygulanabilir. Boykot; ekonomik, siyasi, askeri veya ideolojik amaçlı olabilir. Boykotun özelliği, şiddetli protesto, söz ve hareket haline alınan olumsuz ve pasif bir davranış olmasıdır<sup>41</sup>. Boykotların devlet politikası olarak uygulandıkları veya en azından devlet destekli uygulamalar oldukları söylenebilmektedir. Böylece devletin desteklemediği, sadece halkın kendi kendine uygulamış oldukları boykot akımları uluslararası hukukun konusuna girmemektedir.

Tarihte birçok boykot uygulamasına rastlamak mümkündür. Osmanlı topraklarında yaşanan ilk ekonomik boykot, II. Meşrutiyet'in ilanından hemen sonra, 6 Ekim 1908'de Bosna-Hersek'i kendi topraklarına katan Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'na karşı yapılmıştır. Bir başka örnek, Yunanistan'ın Girit adası üzerindeki isteklerinden vazgeçmemesi ve Osmanlı vatandaşı olan Rumları, kendi siyasal amaçlarına yönlendirmek için Osmanlı ülkesinde gizli faaliyetlerde bulunması, Osmanlı'yı Yunanistan'a karşı 1909 - 1911 yılları arasında boykot yapmaya itmiştir<sup>42</sup>. ABD'nin, bağımsızlık mücadelesi esnasında İngiltere'ye, 1931 yılında Çin'in Mançurya'nın işgal edilmesi üzerine Japonya'ya, ırk ayrımı uyguladığı yıllarda çoğu ülke vatandaşının Güney Afrika Cumhuriyeti'ne yönelik uygulamaları da yine boykot örnekleri olarak gösterilebilir<sup>43</sup>.

#### ***iv) Barış İçinde İşgal ve Bombardıman***

Savaşa varmayan bir zorlama yolu olarak karşılaşılan diğer yollar da barış içinde işgal ve bombardımandır. Burada da bir başka devletin haksız fiiline karşı bir başka devletin özde kuvvet kullanmasına rağmen, taraflar arasında savaş amacı bulunmadığı için bir savaş durumu söz konusu değildir ve uzun süreli işgal önlemi veya bombardıman eylemi barış içinde kabul edilmiştir<sup>44</sup>. Söz konusu iki eylem de BM

---

<sup>41</sup> ECER; s. 146.

<sup>42</sup> KERİMOĞLU, Hasan Taner; "1913-1914 Rumlara Karşı Boykot ve Hüseyin Kazım Bey'in Bir Risalesi", ÇTTAD, S. 13, 2006, s. 92.

<sup>43</sup> KARABULUT; s. 19.

<sup>44</sup> MERAY; ss.424-425; PAZARCI; s. 442.

Antlaşması'nın kuvvet kullanma ilkesine ayrı düştüğü gerekçesiyle öğretide uluslararası hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir.

#### **d. Zararla Karşılığın Uygulamadaki Yeri**

Bilindiği üzere, BM Antlaşması md. 2/4'e göre devletlerin tek taraflı olarak kuvvete başvurmaları yasaklanmıştır. Bunun sonucu olarak, devletlerin tek taraflı olarak, savaşa varmayan kuvvet kullanma yöntemlerinden, silah kullanılmasını gerektiren yollara başvurusu hukuken mümkün değildir<sup>45</sup>. Böylece BM sistemiyle birlikte, önceki uygulamadan farklı olarak devletler haklarını korumak için kuvvet kullanma yöntemi olarak zararlar karşılık yoluna başvuramaz. Nitekim BM Güvenlik Konseyi'nin uygulamaları da aynı doğrultudadır. Bugüne kadar İsrail ile Arap devletleri arasında gerçekleşen birçok kuvvet kullanma eylemleri, Güvenlik Konseyi tarafından zararlar karşılık oldukları ve zararlar karşılığın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle kınanmıştır.

Günümüzde uluslararası hukuktan doğan uyumsuzluklara yaptırım uygulamak devletlerin tekelinde olan bir durum değildir. Bunun sebebi, daha önce de belirtildiği üzere, uluslararası barış ve güvenliğin muhafazasının BM'nin güvencesi altında olmasıdır. Böyle olunca devletler söz konusu uyumsuzlukların çözümü hususunda sadece barışçı çözüm yollarına başvurmak durumundadırlar. Çünkü kuvvet kullanma içeren bir yola başvurmak BM'nin yetkisindedir. Durum böyle olmasına rağmen, BM kurulduktan sonra, savaş durumu ilan edilmeksizin devletlerin kuvvet kullanma yollarına gittikleri görülmüştür. Bunun en büyük sebebi, BM Antlaşması'nda öngörülen ortak güvenlik mekanizmasının kurulamaması ve uluslararası hukuk ihlallerinin değil önlenmesi, cezalandırmakta bile yetersiz kalmış olmasıdır. Bu durum, kuvvet içeren zararlar karşılık eylemlerinin meşruluğunu tekrar tartışmaya açmıştır. Kimi yazarlar özellikle Güvenlik Konseyi'nin uygulamalarını göz önünde tutarak, makul nitelikli ya da kışkırtmaya dayanan ya da sınırlı kuvvet kullanılmasına karşılık olarak ölçülü zararlar karşılık

---

<sup>45</sup> BROWNLIE; s. 281.

önlemlerinin olanaklı olduğunu kabul etmektedirler<sup>46</sup>. Doktrinde hâkim görüş ise, silahlı kuvvet kullanılmasını gerektiren zararlar karşılık eylemlerinin, BM Antlaşması md. 2/4'ün genel hükmü sebebiyle yasak olduğu yönündedir.

Uygulamada devletler zararlar karşılık eyleminde bulunurken, eylemlerinin yasal dayanağını meşru savunma hakkına dayandırdıkları da görülmektedir. Oysa meşru savunma hakkı, BM Güvenlik Konseyi harekete geçene kadar derhal uygulanabilen geçici bir haktır. Zararlar karşılık yoluna ise ihlalde bulunan devlet sorumluluğu kabul etmediği veya hukuki yollara müracaattan çekindiği takdirde gidilebilir ki bu da haksız eylem üzerinden belirli sürenin geçmesi anlamına gelmektedir. Meşru savunma hakkının asıl amacı silahlı saldırıyı savuşturmaktır. Zararlar karşılığa başvuran devlet ise, haklarını ihlal eden diğer bir devleti cezalandırarak mevcut ihlalden dönmeye ya da gelecekteki ihlallerden kaçınmaya zorlar<sup>47</sup>. Böyle bir özellik ise meşru savunma kavramıyla çelişki göstermektedir.

BM uygulamasında Güvenlik Konseyi birçok kez kuvvet kullanılmasını içeren ve meşru savunma hakkına dayandırılarak meşrulaştırılmaya çalışılan zararlar karşılık eylemleri hakkında kararlar vermiştir. Bu olaylardan dikkat çekenlerden birisi Yemen ile İngiltere arasında cereyan etmiştir. 1964 yılında Yemen'in silahlı saldırısından yakınan Güney Arabistan Federasyonu İngiltere'den yardım istemiş ve bunun üzerine İngiltere, bir hava saldırısı düzenleyerek Yemen'de bulunan Harib kalesine saldırmıştır. Güney Arabistan Federasyonu ve İngiltere, müdahalelerinin askeri gücü olmayan bir devletin md. 51'e göre müttelikinden talep ettiği bir kolektif meşru savunma eylemi olduğunu iddia etmişlerdir<sup>48</sup>. Güvenlik Konseyi kararında, zararlar karşılığın BM amaç ve ilkelerine aykırı olduğu belirtildi ve hem İngiliz askeri eyleminin hem de bölgedeki diğer saldırı ve olayları üzüntüyle karşıladığını açıklayarak İngiltere'nin meşru savunma iddiasını reddetmiştir. Bu ve

---

<sup>46</sup> MERAY; s. 428.

<sup>47</sup> BAŞEREN; s. 158.

<sup>48</sup> BAŞEREN; s. 159.

bunun gibi birçok olay karşısında BM uygulamasının, zararlar karşılık ve meşru savunma fiilleri arasındaki farkı net bir şekilde ifade ettiğini ve meşrulaştırılmaya çalışılmış zararlar karşılık eylemlerinin kınandığını görmekteyiz. Bu bakımdan kuvvet içeren zararlar karşılık fiillerinin, uluslararası hukuka göre aykırı olduğu, tartışmasız olarak kabul edilebilir.

### C. KARIŞMA (MÜDAHALE)

Büyük yıkımlara sebep olan Dünya savaşlarının ardından, küresel çapta bir düzen ve birlik kurmayı hedefleyen Birleşmiş Milletlerin oluşumuyla, uluslararası düzende devletlerin egemenliği ve eşitliği ilkesi hâkim olmaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak, egemen bir devlet kendi topraklarının sınırları içerisinde tam bir yetkiyle hareket etme gücüne sahip olurken, diğer devletler de egemen bir devletin içişlerine karışmama yükümlülüğü ile bağlı kılınmıştır<sup>49</sup>. Bunun yasal dayanağı ise BM Antlaşması'nın 2/1'inci ve 2/7'inci maddeleridir. Md. 2/1; "*Örgüt, tüm üyelerinin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur.*" diyerek devletlerin egemenliğini ön plana çıkarırken, md. 2/7; "*işbu Andlaşma'nın hiçbir hükmü. Birleşmiş Milletlere herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları işbu Andlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz,...*" ifadesini kullanarak bir devletin iç işlerine giren konulara müdahale edilmemesi gerektiğini açık bir şekilde belirtmektedir<sup>50</sup>.

Karışma ya da müdahale terimi, uluslararası ilişkilerde son yüzyılda yaygın olarak kullanılmaya başlanırken, anlamı konusunda net bir görüş birliğine varılamamıştır. Herhangi bir olayın savaş mı müdahale mi olduğu konusunda kesin bir ayırımın olmaması, devletlerin durumu kendi çıkarlarına hizmet ettiği şeklinde yorumlamasına sebep olmuştur. Örneğin, 1902'de Büyük Britanya ve Almanya'nın Venezuela'ya uyguladığı ablukayı karışma (müdahale) olarak değerlendiren ve karşı çıkan Amerika Birleşik Devletleri'ne, söz konusu Avrupalı Devletler tarafından, ortada bir karışma değil, "savaş hali"nin mevcut olduğu

<sup>49</sup> TOSUN, Fatih; "Uluslararası Hukuk'ta "Kuvvet Kullanma ve Karışma" Kavramlarının Değişen Anlamı", Güvenlik Stratejileri Dergisi, S. 9, 2009, s. 108.

<sup>50</sup> TOSUN; s. 108.

yanıtını vermişti<sup>51</sup>. Bu bakımdan, ilke olarak uluslararası hukuka aykırı olan karışma kavramının tanımını ve karışma yasağının kapsamı konusunu nitelikleriyle birlikte incelemekte fayda vardır.

#### **a. Tanım ve Niteliği**

Uluslararası hukukta “intervention” terimiyle kullanılan müdahale kavramından anlaşılması gereken, bir devletin bir başka devletin iç veya dış işlerine, zorlayıcı ya da emredici bir şekilde ve bu devletin bir konudaki tutumunu değiştirmek ya da bu devlette bazı değişiklikler oluşturmak amacıyla karışmasını ifade etmektedir<sup>52</sup>. Karışan devlet, diğer devlete kendi iradesini kabul ettirme amacı güttüğünden, karışma kavramı uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi içerisinde yer alan arabuluculuk ya da dostça girişimden farklı bir nitelik taşımaktadır. Karışma terimi geniş olarak yorumlandığında, saldırıya yakın bir hareket, siyasi ya da ekonomik baskı, kimi zaman açıkta bir savaş gemisi bulundurulması ve hatta devletlerin iç işlerinin tartışılması bile karışma olarak kabul edilebilmektedir<sup>53</sup>.

Günümüzde karışma kavramıyla ilgili önemli belge ve bildirimler mevcuttur. Bu konuyla ilgili yukarıda da açıklanan BM Antlaşmasının md. 2/1 ve md. 2/7 hükümlerinin yanı sıra, 6 Aralık 1949’da kabul edilen 375 sayılı Genel Kurul kararının ekinde yer alan “*Devletlerin Hak ve Ödevleri*” konulu bildirgesi, 21 Aralık 1965’te kabul edilen Genel Kurul’un 1965 tarih ve 2131 sayılı “*Devletlerin İç İşlerine Karışmanın Yasaklanması ve Bağımsızlık ve Egemenliklerinin Korunması Bildirisi*” ve 1970 “*Devletler Arasında Dostça İlişkiler Bildirisi*” gibi karışma konusuna daha fazla açıklık getiren belgeler de mevcuttur. Söz konusu bildirgelerin ortak özelliği, her devletin, iç egemenlikleri bakımından tam olarak yetkili olduğunu belirtmesi ve hiçbir devletin başka bir devletin iç veya dış işlerine, hangi nedenle olursa olsun, karışma hakkının olmadığını ifade etmeleridir. Buna bağlı olarak da söz konusu bildirimler, her türlü

---

<sup>51</sup>CHESTERMAN, Simon; “Legality versus Legitimacy: Humanitarian Intervention, the Security Council and the Rule of Law” Security Dialogue, C. 33/3, 2002, s. 297.

<sup>52</sup>MERAY; s. 429; KESKİN; s. 103.

<sup>53</sup>KESKİN; s. 103.



karışmanın uluslararası hukuka göre aykırılık teşkil ettiğini belirttiklerinden dolayı, her türlü kuvvet kullanmayı ve kuvvet kullanma tehdidini yasaklayan BM Antlaşması md. 2/4 ile de uyumludurlar.

Bir devletin diğer bir devletin ulusal yetkisine giren işlere karışması her zaman karışma niteliğinde olmayabileceğini savunanlar vardır. Buna göre karışmanın söz konusu olabilmesi için eylemin mutlaka zorlama unsuru taşıması gerekmektedir<sup>54</sup>. Ancak genel kabul gören görüşe göre karışma kuvvet kullanma içerebilir ya da içermeyebilir<sup>55</sup>.

Karışma eyleminin yapılması için mutlaka bir kuvvet kullanımına ihtiyaç yoktur. Ekonomik veya siyasi yollarla da bir ülkenin iç egemenliğine karışmada bulunulabilir. Ancak bu tür eylemler md. 2/4'ün, yani kuvvet kullanmama ilkesinin ihlali değildir; yalnızca karışmama ilkesinin ihlalidir. Bu bakımdan söz konusu karışma eylemleri uluslararası hukukun kuvvet kullanma yasağını ihlal etmemektedir. Nitekim Nikaragua Davası'nda bu konuyu ele alan Uluslararası Adalet Divanı, ABD'nin 1985'de Nikaragua'ya ticaret ambargosu uygularken müdahale etmeme kuralına aykırı davranmadığına karar vererek, ekonomik veya siyasî her tür baskının anılan kuralı ihlâl etmediğine karar vermiştir<sup>56</sup>.

Bir savaşa varmayan zorlama yolu olarak karışma eylemleri uluslararası hukuka göre aykırı olmasına rağmen, devletlerarasındaki uygulamaya bakıldığında kuvvet kullanma içeren karışmaların oldukça fazla olduğu görülmektedir. Özellikle BM'nin kurulmasından sonra karışma içeren kuvvet kullanma olaylarında önemli bir artış gözlenmektedir. Belli başlı karışma örneklerini şu şekilde belirtebiliriz: SSCB; 1956'da Macaristan'a 1968'de Çekoslovakya'ya, 1980'de Afganistan'a, ABD ise Latin Amerika'da 1952'de Guatemala'ya, 1961'de Küba'ya, 1965'te Dominik Cumhuriyeti'ne, 1973'de, Şili'ye, 1982'de Grenada'ya, 1989'da Panama'ya, müdahale ederken, Afrika'da, 1964'te Kongo'ya, 1978'de Zaire'ye, Asya'da ise Vietnam'a müdahale etmiştir. İngiltere ve Fransa 1956'da Mısır'a, Belçika, 1960 ve 1964'te Kongo'ya,

<sup>54</sup> BAŞEREN; s. 96.

<sup>55</sup> KESKİN; s. 103.

<sup>56</sup> BAŞEREN; s. 96.

1978’de Zaire’ye, 1971’de Hindistan Bangladeş’e, 1974’te Türkiye Kıbrıs’a, 1976’da İsrail Uganda’ya, 1977’de Almanya Somali’ye, 1978’de Tanzania Uganda’ya, 1978’de Vietnam Kamboçya’ya, 1982’de İsrail Lübnan’a, 1978’de Hindistan Sri Lanka’ya müdahalelerde bulunmuştur<sup>57</sup>. Bu durumda, karışmaya ilişkin genel ilke ve uygulama birbirinden çok farklı görünmektedir. Devletlerin özellikle insani nedenlerle müdahalelerde bulunmaları hakkaniyet gereği olduğu kabul edilmektedir. Durum böyle olunca, doktrinde kimi etkenlerin karışmayı haklı hale getirebileceği öne sürülmüştür.

### **b. Karışmanın Hukuka Uygun Olduğu İleri Sürülen Durumlar**

İnsan hakları ihlallerinin yoğun olarak mevcut olduğu durumlarda bu ihlallere son vermek amacıyla yapılan Bangladeş ve Uganda’daki karışmaların bu olumsuz durumu sona erdirmesi, Somali örneğinde BM insancıl operasyonlarının halk üzerindeki olumlu etkisi, karışmama ilkesinin tartışmasız olarak uygulanması gerektiği düşüncesinin çok da doğru olmadığı fikrine yol açmıştır<sup>58</sup>.

Bir savaşa varmayan zorlama yolu olarak karışmanın, uluslararası hukuka göre uygun olduğu ileri sürülen nedenlerin başında, insan hakları ihlallerinin önlenmesi amacıyla yapılan insancıl nedenlerle karışma gelmektedir. Bunun yanı sıra yurt dışındaki vatandaşların korunması amacıyla karışma, self determinasyon hakkını kullanan bir halka yardım için karışma ve ilgili devletin çağrısı üzerine karışma gibi farklı örnekleri mevcuttur.

### ***j) İnsancıl Nedenlerle Karışma***

Aslında uzun bir geçmişe sahip olan insancıl nedenlerle karışma, geçtiğimiz son yüzyılda daha büyük önem arz etmeye başlamıştır. Bunun sebebi ise insan haklarına verilen önemin evrensel düzeyde artmasıdır. Uluslararası hukukta “insanî müdahale” olarak da anılan insancıl nedenlerle karışma kavramı, müdahalede bulunan bir devletin, bir başka devletin vatandaşlarını, o devletin kendi zulmünden kurtarmak için,

---

<sup>57</sup> KESKİN; s. 107.

<sup>58</sup> KESKİN; s. 107.

bireysel kuvvet kullanması şeklinde tanımlamaktadır<sup>59</sup>. Daha farklı bir ifadeyle, herhangi bir devlet tarafından insan haklarının ağır ve yaygın biçimde ihlal edilmesi veya devlet otoritesinin çökmesi sonucunda ortaya çıkan insanî nitelikli krizleri önlemek veya engellemek amacıyla, ihlal veya krizden sorumlu devletin izni olmaksızın ona karşı, bir başka devlet tarafından gerçekleştirilen askeri kuvvet kullanımına insancıl müdahale denmektedir<sup>60</sup>.

İnsancıl müdahale hakkının, BM Antlaşması md. 2/4'teki kuvvet kullanılmasının yasaklanmasından önce, uluslararası örf ve adet hukukunda da kabul gördüğü şeklinde yaygın bir yanlış kanı vardı<sup>61</sup>. Oysa o dönemde, bu tehlike içerisindeki kişilerin müdahalede bulunan devletin kendi vatandaşları olması durumunda insancıl müdahale olduğu anlaşıyordu. Artık bu kavram sadece devletin kendi vatandaşı olmayan üçüncü kişileri kurtarmak için müdahalede bulunması olarak kabul edilmektedir<sup>62</sup>.

Öğretide insani müdahalenin uygulanabilirliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Kimi yazarlara göre, BM Antlaşması md. 2/4'ün açık bir şekilde, bir devletin egemenliğine ve ülkesel bütünlüğüne karşı kuvvet kullanılmasını yasakladığından dolayı, bu kuralı aşan her türlü kuvvet kullanımının uluslararası hukuka aykırı olacağı görüşündedirler. Bu görüşü savunanlara göre, bir devletin egemenliği altındaki bir halka insani nedenlerle müdahale yapılmasına izin verilmesi, söz konusu istisnanın çok rahatlıkla kötüye kullanılabilmesine olanak tanımaktadır<sup>63</sup>. Nitekim İkinci Körfez Krizindeki Irak örneğinde, BM Antlaşması'nın öngördüğü meşruluğu sağladığını söylemek oldukça güçtür.

İnsani müdahalenin uluslararası hukuka göre uygun olduğunu savunanlara göre ise, insani müdahalenin md. 2/4'e aykırı olmayacağı gibi, md. 2/7'nin VII. Bölüm kapsamında müdahale yapılmasına izin

<sup>59</sup> BAŞEREN; s. 174.

<sup>60</sup> TÜRKMEN, Füsün; İnsan Haklarının Yeni Boyutu: İnsancıl Müdahale, İstanbul 2006, s. 24.

<sup>61</sup> CHESTERMAN; s. 297.

<sup>62</sup> KESKİN; s. 126.

<sup>63</sup> DURAN, Hasan; "Yeni Bir Müdahale Şekli 'İnsani Müdahale'", Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, C. 6, S. 1, 2001, s. 89.

verdiğini iddia etmektedirler<sup>64</sup>. Bu konuda verilebilecek en güzel örnek, 1991 Körfez Savaşı sırasında Iraklı Kürtlerin Saddam Hüseyin'in şiddetine karşı uluslararası toplum tarafından yasal olarak korunmasına imkân veren ve BM Antlaşması'nın VII. Bölümü gereğince bu durumun uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiğine hükmeden 688 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararıdır. Yine Güvenlik Konseyi'nin aynı doğrultuda Somali, Bosna Hersek ve Ruanda olaylarında da müdahaleyi uygun gösterdiği kararları mevcuttur. İnsancıl nedenlerle kuvvet kullanımı Birleşmiş Milletler düzeni dışında da kullanılmaya başlanılmıştır. Kosova krizinde, Rusya ve Çin'in vetosu nedeniyle, Sırbistan'a kuvvet kullanımı için Güvenlik Konseyi'nden karar alınamaması üzerine NATO kuvvet kullanımına gitmiştir<sup>65</sup>. Bu tür kuvvet kullanımı, md. 2/4'ün hükümlerinin fiilen yürürlükten kalkması anlamına gelecektir de denilebilir<sup>66</sup>.

Tüm eleştirilere, siyasi ve hukuki engellere rağmen, başlangıçta BM Antlaşması çerçevesinde kabul görmesi imkânsız olan insancıl nedenlerle karışma kavramı, elli yılda BM'nin en yüksek siyasi karar organı olan Güvenlik Konseyi'nde ele alınacak kadar uzun bir yol kat etmiştir. Önemli olan husus, söz konusu kuvvet kullanma eyleminin, salt insan hakları ihlallerinin engellenmesi maksadıyla gerçekleştiriliyor olmasıdır. Yani insanî müdahale bahanesiyle siyasi, ekonomik veyahut daha farklı bir rant kazanma amacı güden kuvvet kullanılmasının, uluslararası hukuka aykırı olduğundan şüphe yoktur.

### ***ii) Yurt Dışındaki Vatandaşların Korunması Amacıyla Karışma***

Her devlet kendi vatandaşlarını korumak arzusunda ve aynı zamanda mükellefiyetindedir. Bu sebeple devletler vatandaşlarının haklarını korumak adına tarih boyunca mücadeleler vermiştir. Özellikle yurt dışında yaşayan vatandaşların korunması hususu daha büyük önem konusu olmuştur. Önceleri, devletler yurt dışında bulunan kendi

---

<sup>64</sup> DURAN; s. 90.

<sup>65</sup> İPEK, Aydın; Anayasa ve Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Kuvvet Kullanımı (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007, s. 251.

<sup>66</sup> ÇAYCI, Sadi; Silahlı Kuvvetlerin Kullanılması, Ankara 1995, s. 9.

vatandaşlarına yöneltilen bir kuvvet kullanma olayını, doğrudan kendilerine yapılmış sayarak bu tür eylemlere karşılık verirken meşru savunma hakkı kapsamında hareket ettiklerini iddia etmişlerdir. BM Antlaşması'nın kabul edilmesinden sonra bir devletin başka bir devletin sınırları içinde bulunan vatandaşlarını kurtarmak için operasyon yapması güçleşmiştir. Bunun sebebi yine md. 2/4'teki her türlü tek taraflı kuvvet kullanımlarının yasaklanmış olmasıdır.

Tarih içerisinde yurt dışındaki vatandaşların korunması için karışma eylemlerine girişildiği görülmektedir. Örnek verecek olursak ABD'nin 1989 yılında Panama'ya yaptığı müdahale gösterilebilir. Daha önce 1948'de Arap devletleri ve İsrail karşılıklı, 1951'de İngiltere İran'a karşı, 1952'de yine İngiltere Mısır'a karşı, 1960'da Belçika Kongo'ya karşı, 1965'te ABD Dominik Cumhuriyeti'ne karşı, 1976'da ABD Lübnan'a karşı, yine 1976'da İsrail Uganda'ya karşı, 1980'de ABD İran'a karşı, 1983'te ABD Grenada'ya karşı ve 1990'da yine ABD Liberya'ya karşı yaptıkları müdahalelerde kendi vatandaşlarını korumayı hedeflediklerini ileri sürmüşlerdir<sup>67</sup>.

Bu tür karışma eylemleri, hayati tehlike altındaki kişileri kurtarmakla sınırlı kalan kuvvet kullanımlarını içerdiğinden uluslararası kamuoyundan fazla tepki toplamamıştır. Ancak, söz konusu karışma eylemini gerçekleştirmek için de birtakım şartlar vardır<sup>68</sup>. Karışma eyleminde bulunacak olan devletler, amaçlarının kendi vatandaşlarını kurtarmak olduğunu söyleseler bile bu yolun kötüye kullanılmaya çok açık olduğu aşikârdır. Bu sebeple öncelikle, söz konusu mağdur durumundaki vatandaşların o an ciddi bir tehdit altında olmaları gerekmektedir. İkinci olarak bu vatandaşların içerisinde bulunduğu devletin bu kişileri koruyamayacak olması ya da korumada isteksiz olması gerekmektedir. Üçüncü olarak karışmanın sadece tehlikede olan bu kişileri kurtarmak amacıyla yapılması gerekmektedir. Son olarak karışma eyleminde bulunmadan önce her türlü diplomatik girişimlerin ve barışçı çözüm yollarının sonuçsuz kalması ve müdahalede bulunma konusunda

<sup>67</sup> KESKİN; s. 109.

<sup>68</sup> KESKİN; s. 110.

başka bir alternatif yolun kalmamış olması gerekmektedir. Söz konusu şartlar gerçekleşmesinden sonra kuvvet kullanan devletin, işlevini yerine getirir getirmez ev sahibi ülke topraklarını terk etmesi gerekmektedir<sup>69</sup>. Yurt dışındaki vatandaşları korumak için kuvvet kullanılmasını hukuka aykırı bulanlara göre bile bu durumda kuvvet kullanılması saldırı ya da silahlı saldırı değildir ve yurt dışındaki vatandaşları korumak için kuvvet kullanılması *Jus cogens* nitelikteki kuvvet kullanma yasağını ihlal etmez<sup>70</sup>. Uygulamada, vatandaşların korunması için karışmada bulunulması, insancıl nedenlerle karışmadan daha haklı bir gerekçeye dayandığı kabul edilmektedir.

### **iii) Devam Eden İç Çatışmalara Karışma**

Günümüzde uluslararası hukuk bakımından iç çatışmalar değerlendirilirken, ikili bir ayırım yapılmaktadır. Bunlar self-determinasyon hakkına dayanan iç çatışmalar ve bu hakka dayanmayan iç çatışmalardır. Söz konusu iç çatışma, hükümetin denetimi altında, yerel hukuk ve düzen veya terörist faaliyetler ile sınırlı ise burada bir self-determinasyon hakkına dayanmayan iç çatışma söz konusudur. Böyle bir durumda, söz konusu hükümetlere karışılmaması gerektiği konusunda şüphe yoktur. Ancak hükümetler üçüncü devletlerden yardım almakta serbesttir<sup>71</sup>.

Self-determinasyon hakkına dayanan iç çatışmalara karışma durumu ise daha farklıdır. Self-determinasyon hakkına göre, her halk kendi kaderini belirleme hakkına sahiptir. Buna göre bir devlet içerisindeki belli bir halkın self-determinasyon hakkını kullanması, söz konusu devletin iç işlerini ilgilendiren bir mesele sayılmamakta ve uluslararası hukuku ilgilendiren bir sorun haline gelmektedir. 1970 Dostça İlişkiler Bildirisi gereği self-determinasyon hakkının kullanılmasının kuvvet kullanılarak engellenmesi yasaklanmıştır. Böylece self-determinasyon hakkını kullanan bir topluluğa karşı kuvvet kullanılması, BM Antlaşması md. 2/4'e göre aykırılık teşkil ettiği yorumu yapılabilir.

---

<sup>69</sup> İPEK; s. 255.

<sup>70</sup> BAŞEREN; ss. 172-173.

<sup>71</sup> KESKİN; s. 115.

Aynı doğrultuda BM Genel Kurulu'nun 1973 yılında bir kararı daha vardır. Portekiz'den bağımsızlığını kazanmaya çalışan Gine-Bissau'ya karşı Portekiz'in kuvvet kullanması "saldırı fiili" olarak değerlendirilmiş ve Portekiz söz konusu kuvvet kullanma olayı sonucunda kınanmıştır<sup>72</sup>.

Yukarıdaki bilgilerden de yola çıkarak, self-determinasyon hakkına dayanan bir iç çatışmada sömürge yönetimine karşı savaşan halka yardım etmek söz konusu devletin iç işlerine karışmak olarak değerlendirilmemektedir. Ancak buradaki en önemli sorun, söz konusu yardımın niteliği konusunda karşımıza çıkmaktadır. Self-determinasyon hakkına yönelik yapılan yardımların askeri nitelik taşıması durumu uluslararası hukuka göre uygun mudur? Bu konuda öğretilerde bir görüş birliği olmamasına rağmen, silah haricindeki her türlü yardımın uluslararası hukuka göre uygun olduğu konusunda görüş birliği hâkimdir.

#### ***iv) İlgili Hükümetin Çağırmasıyla Karışma***

Devam eden iç çatışmalara ilişkin olarak, ilgili hükümetin çağrısıyla karışmada bulunulmasının uluslararası hukuka uygun olduğu ilke olarak kabul edilmektedir<sup>73</sup>. BM Antlaşması md. 2/4 genel olarak her türlü silahlı kuvvet kullanılmasını yasaklasa da, bir devlet kendi ülkesinde söz konusu kuvvet kullanılmasını bizzat kendisi talep etmiş ise, bu durum kuvvet kullanma yasağına aykırılık teşkil etmez. Söz konusu talep, yasal bir hükümet tarafından açık bir şekilde verilmesi gerekse de, bazı durumlarda zımni bir kabul de rızanın varlığı açısından yeterli görülmektedir<sup>74</sup>. Yine talebin, baskı yoluyla elde edilmemesi gerekmektedir. Yasal hükümet tarafından ve bu hükümetin kendi özgür iradesiyle çağrıda bulunulması koşuluyla, talep karışmama ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır<sup>75</sup>.

İlgili hükümetin bir üçüncü devleti çağırması için ille de kendi ülkesinde bir iç ayaklanma olması gerekmez. Yeri geldiğinde bir komşu

<sup>72</sup> KESKİN; s. 119.

<sup>73</sup> KESKİN; s. 121.

<sup>74</sup> TOPAL, Ahmet Hamdi; Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, İstanbul 2005, s. 101.

<sup>75</sup> KESKİN; s. 123.

devletin hukuka aykırı eylemlerine hedef olunması ve hatta kendi ülkesinde bir uçak kaçırılma eylemi gerçekleşmesi bile, söz konusu devletin bir üçüncü devletten yardım istemesi için yeterlidir. Sonuç olarak yasal bir hükümetin, ülkenin bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığını korumak için bir başka devletten yardım istemesi uluslararası hukuka uygun ve BM Antlaşması md. 2/4'e de aykırı olmayan bir eylemdir.

Uygulamada söz konusu gerekçeyle devletlerin bir başka devlete karışması örneklerini şu şekilde sıralayabiliriz: Sovyetler Birliği'nin 1956 Macaristan, 1968 Çekoslovakya ve 1979 Afganistan karışmaları, ABD'nin 1958 Lübnan ve 1983 Grenada karışmaları<sup>76</sup>.

### III. SONUÇ

Devletlerin şiddete başvurması, geçmişten günümüze kadar dünyanın en büyük sorunu olmuştur. Şimdiye kadar insanlığın vicdanında derin yaralar açan söz konusu şiddet olayları; abluka, bombardıman gibi daha sınırlı kuvvet yollarından, savaş gibi çok daha geniş ve şiddet içeren kuvvet kullanma yollarına kadar ulaşabilmektedir. Zaten bu insanlık dramlarının önüne geçmek için kurulan Birleşmiş Milletler örgütü, uluslararası hukuka, en büyük ve temel ilkelerden biri olan “kuvvet kullanma yasağı” nı kazandırarak insanlığa en büyük hizmetlerden birini yapmıştır. Ancak teoride çok başarılı gözükse de söz konusu yasağın, pratikte uygulanabilirliği konusunda ciddi şüpheler vardır. Bu şüphelere sebebiyet veren faktörler, daha çok savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarında ortaya çıkmaktadır. Devletler siyasi, ekonomik ya da daha farklı nedenlerle, “*misilleme*”, “*zararla karşılık*” ve “*karışma*” olarak kabul edilen söz konusu yöntemleri kullanarak uluslararası arenada kuvvet kullanmaya devam etmektedirler. Bahsi geçen savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarının hukuka uygun olup olmadığı konusunda görüş birliği olmadığından dolayı, her birini ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Misillemenin uluslararası hukuka uygun olduğu, ancak kuvvet içeren zararlar karşılığın uluslararası hukuka aykırı olduğu konusunda bir belirsizlik olmadığı daha önce açıklanmıştır. Asıl mesele karışma

---

<sup>76</sup> KESKİN; s. 122.



kavramında ortaya çıkmaktadır. Ancak bu kavramın değerlendirmesini yaparken, çalışmanın giriş bölümünde sözü edilen “evrensel barış”a ulaşmak için, insan haklarının korunmasının had safhada tutulması gerektiği unutulmamalıdır. Bu nedenle dünyanın en büyük sorunu olan insanî dramların önüne geçilmesi için, siyasi rant amacı taşıyan kuvvet kullanma yollarının uluslararası hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki BM örgütünün kuruluş amacı, devletleri diğer devletlerden korumak değil, uluslararası barış ve güvenliği sağlamaktır. Bu bakımdan insani nedenlerle yapılan karışma eylemleri, uluslararası hukuka göre mümkün olmalıdır. Bazı yazarlar, insancıl nedenler ileri sürülerek yapılan karışmaların hiçbirisinin sırf bu nedenle ve insan hakları ihlallerine engel olmak maksadıyla yapılmadığını, hatta bir devletin başka bir çıkarı olmadan tek başına insan hakları ihlalleri olan bir devlete müdahale etmesini beklemenin akıl işi olmadığını ileri sürmektedirler. Bu yaklaşım tarzı tüm dünya devletlerini töhmet altında bırakan ve küreselleşen dünyada yaşanması beklenen evrensel barışın umutsuzca yok edilmesi anlamına gelmektedir. İçerisinde Türkiye’nin de bulunduğu pek çok devletin, çıkar amacı gütmeyen, insan hakları ihlallerinin önlenmesi adına ellerinden gelenin en iyisini yaptıklarına bugüne kadar çok defa şahit olunmuştur. Bu sebeple savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarından, özellikle insani nedenlerle karışmanın uluslararası hukuka göre mümkün olması vicdan gereğidir.

### **KAYNAKÇA**

**BARSALOU, Olivier;** “The History of Reprisals Up to 1945: Some Lessons Learned and Unlearned for Contemporary International Law”, *Military Law and The Law of War Review*, S. 49/3-4, 2010.

**BAŞEREN, Sertaç H.;** *Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları*, Ankara 2003.

**BOZKURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ;** *Devletler Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2010.

- CHESTERMAN, Simon;** “Legality versus Legitimacy: Humanitarian Intervention, the Security Council and the Rule of Law” Security Dialogue, C. 33/3, 2002.
- ÇAYCI, Sadi;** Silahlı Kuvvetlerin Kullanılması, Ankara, 1995.
- DOĞAN, İlyas;** Devletler Hukuku, Ankara 2008.
- DUPONT, Pierre-Emmanuel;** “Countermeasures and Collective Security: The Case of the EU Sanctions Against Iran”, Journal of Conflict & Security Law, Oxford University Press, July 2012.
- DURAN, Hasan;** “Yeni Bir Müdahale Şekli ‘İnsani Müdahale’”, SDÜ İİBF Dergisi, C. 6, S. 1, 2001.
- ECER, Vehbi;** “İslam Tarihinde İlk Ambargo Uygulaması”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 2, 1988.
- FALK, Richard A.;** “The Beirut Raid and the International Law of Retaliation”, A.J.I.L., Vol. 63, No. 3, 1969.
- GİRİTLİ, İsmet;** Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları, İstanbul 1958.
- HALLECK, Henry Wager;** “Retaliation in War” , A.J.I.L., Vol. 6, No. 1, 1912.
- HOGAN, Albert E.;** Pacific Blockade, Oxford 1908.
- İPEK, Aydın;** Anayasa ve Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Kuvvet Kullanımı (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007.
- KARABULUT, Bilal;** “Uluslararası Yaptırımların Hukuksal Bir Analizi”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 3, S. 12, 2007.
- KERİMOĞLU, Hasan Taner;** “1913-1914 Rumlara Karşı Boykot ve Hüseyin Kazım Bey’in Bir Risalesi”, ÇTTAD, S. 13, 2006.

- KESKİN, Funda;** Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Ankara 1998.
- MERAY, Seha L.;** Devletler Hukukuna Giriş, C. 2, Ankara 1975.
- OPPENHEIM, L. – LAUTERPACHT, H.;** International Law, C. II, London 1952.
- ÖZEL, Ahmet;** “İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil / Misilleme / Karşılıklılık”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 5, 2005.
- P. Reuter et J. Combacau;** Institutions et relations internationales, Paris 1980.
- PAZARCI, Hüseyin;** Uluslararası Hukuk, Ankara 2010.
- POTTER, Pitman B.;** “Pacific Blockade or War”, A.J.I.L., C. 47, S. 2, 1953.
- TOPAL, Ahmet Hamdi;** Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, İstanbul 2005.
- TOSUN, Fatih;** “Uluslararası Hukuk’ta “Kuvvet Kullanma ve Karışma” Kavramlarının Değişen Anlamı”, Güvenlik Stratejileri Dergisi, S. 9, 2009.
- TUCKER, R. W.;** “Reprisals and Self-Defense: The Customary Law”, A.J.I.L., C. 66, 1972.
- TÜRKMEN, Füsun;** İnsan Haklarının Yeni Boyutu: İnsancıl Müdahale, İstanbul 2006.
- ÜNAL, Şeref;** Uluslararası Hukuk, Ankara 2005.



## AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI SİSTEMİ

Arş. Gör. Volkan ASLAN\*

### ÖZET

İnsan haklarının bölgesel örgütler eliyle korunup güçlendirilmesi açısından Avrupa Konseyi, Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği'nin çalışmaları dikkat çekmektedir. Bu çalışmada Amerikalılar arası sistem ele alınarak, sistemin işleyişi açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda öncelikle, çalışmanın konusunu teşkil eden Amerikalılar arası insan hakları sistemi açısından 3 farklı seviyenin bulunduğunu baştan ifade etmek gerekir. İlki, Amerikan Devletleri Örgütü'ne üye devlet vatandaşları açısından Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyon'u eliyle Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirisi'nden ve Örgüt Şartı'ndan kaynaklanan haklara ilişkin olarak minimal koruma sağlanmasıdır. İkinci seviyede ise Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olup da Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkisini kabul etmeyen devletler bulunmaktadır. Üçüncü seviyede ise hem Sözleşme'ye taraf olan, hem de Mahkeme'nin yetkisini kabul eden devletler bulunmaktadır<sup>1</sup>.

Çalışmada öncelikle Amerikan Devletleri Örgütü hakkında genel bilgiler verilmiş ve Örgüt çatısı altında kabul edilen insan hakları belgelerine ilişkin kısa açıklamalar yapılmıştır. Sonrasında ise Amerikalılar arası insan haklarını koruma mekanizmalarından bahsedilmiş; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ile Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin işleyişi ele alınmıştır. Bu bağlamda Komisyon ile Mahkeme'nin oluşumu, nitelikleri, başvuru

---

\*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, volkan.aslan@istanbul.edu.tr.

<sup>1</sup> Dinah Shelton, **Regional Protection of Human Rights**, New York, Oxford University Press, 2008, s.1030.

koşulları, önlerinde uygulanacak usuller bahis konusu edilmiştir. Ayrıca, sistemde var olan hukuki yardım fonu ile Mahkeme'nin diğer faaliyetlerine de kısaca değinilmiştir. Öte yandan yeri geldikçe Amerikalılar Arası Sistem'in Avrupa İnsan Hakları Sistemi'nden farklarına da değinilmiştir. Sonuç kısmında ise sistemin genel bir değerlendirilmesi yapılarak, var olan eksiklikler belirtilmiş ve söz konusu eksikliklerin ne şekilde giderilebileceğine ilişkin önerilerde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan Devletleri Örgütü, İnsan hakları.

## THE INTER AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

### ABSTRACT

In the context of protection of human rights by regional organizations, the works of the European Council, Organization of American States and African Union constitute salient examples. This study examines the Inter American System and its mechanism. Primarily, it must be known that there are three level of protection under the framework of this system. First one is minimal protection provided by the Inter-American Commission on Human Rights related to the rights arising from The American Declaration of the Rights and Duties of Man and the Charter of the Organization of American States. On the second level there are states which have ratified The American Convention on Human Rights but haven't recognized the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. Lastly, the states which have ratified The American Convention on Human Rights and recognized the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights generate the third level.

This study begins with the general information about the Organization of American States and the human rights instruments accepted under the framework of this organization. Then, protection mechanisms of the system and operation of both of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human

Rights are mentioned. In this context, knowledge about the Commission's and the Court's composition, application requirements, procedures before the Commission and the Court and the other activities of the Court are explained. Moreover, the differences between American and European systems are discussed in some matters. In the conclusion part, the deficiencies of the system and recommendations are provided by evaluating the system generally.

**Keywords:** Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, Organization of American States.

## A. Amerikan Devletleri Örgütü(ADÖ)

### 1. Kuruluşu

Amerikan Devletleri Örgütü, batı yarıküredeki en eski ve en büyük devletlerarası kurum olup,<sup>2</sup> ikinci dünya savaşının bitimiyle beraber kurulan üç devletlerarası organizasyondan biridir.<sup>3</sup> Tarihine kısaca bir göz atmak gerekirse;<sup>4</sup> bağımsızlıklarını kazandıkları ilk yüzyılda Amerikan devletleri, anayasaları ve yasalarıyla günümüz modern devletlerinin temellerine sahip olmuşlardır. Her ne kadar Latin Amerika'daki ve Karayipler'deki bu devletler bağımsız bir yönetime sahip idilerse de ayrıca kendi aralarında ittifaklar kurma yoluna gitmişlerdir. Böylelikle söz konusu devletler, ticaret, eğitim, iş, iletişim, teknoloji ve hukuki konularda işbirliği içerisinde bulunarak ülkelerini geliştirebileceklerini

<sup>2</sup> Barbara Lee Bloom, **The Organization of American States**, New York, Infobase Publishing, 2008, s.12.

<sup>3</sup> Diğer iki organizasyon ise Birleşmiş Milletler(1945) ve Avrupa Konseyi(1949)'dir, Francisco Forrest Martin vd., **International Human Rights and Humanitarian Law Treaties, Cases and Analysis**, United States of America, Cambridge University Press, 2006, s.5.

<sup>4</sup> Aslında Örgütün kökleri 200 yıldan çok daha öncesine uzanmaktadır. Her ne kadar 1826'da düzenlenen Panama Kongresi'nde, Güney Amerikalı devrimci önder Simon Bolivar'ın federasyon kurma girişimi başarısız olsa da; bu fikir, Amerikan ülkeleri arasında işbirliği ve kolektif güvenlik ideali oluşturma yolunda öncü olmuştur. Zira söz konusu girişimden sonra bir dizi konferanslar ve birlik kurma yolunda atılan çabalar 1889'lu yıllardan başlayarak artan bir hızda devam etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Bloom, **The Organization of American States**, s. 24-28.

düşünmüşlerdir. Öte yandan, ikinci dünya savaşının bitimiyle birlikte küresel toplum, dünyanın değişmekte olduğunu ve ülkelerin birbirleri ile kuracakları iletişimde farklı yollar bulmaları gerektiği yolunda fikir geliştirirken; uluslararası barışa ve sivil topluma yönelik tehditler ülkeler arasında çok daha geniş çaplı işbirliği yapılmasını zorunlu kılmaktaydı. Zira söz konusu süreç yaşanmadan önce bahsedilen bu ülkeler ikili ve çok taraflı birçok anlaşmaya imza koymuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, 1947'lere kadar Amerikan kıtası üzerindeki birlik denemeleri salt uyuşmazlıkların barışçıl çözümünde odaklanıyordu<sup>5</sup>. Haliyle, savaşın bitimiyle birlikte barışçıl bir dünya ve diğer ülkelerin müdahalesi olmaksızın var olacak güvenlik, devletlerin en büyük amaçlarını teşkil etmekteydi. Birleşmiş Milletler bu amaçlarla kurulurken, söz konusu birliğin Şart'ı<sup>6</sup> bölgesel örgütlere yerel çatışmaları sona erdirmeye ve saldırgan devletlere karşı ortak mücadele etme hususunda izin veriyordu<sup>7</sup>. Amerikan Devletleri Örgütü de örgüt üyesi devletlere silahlı saldırı gerçekleşmesi halinde yardım ve destek sağlama amaçlarıyla 21 devlet tarafından Örgüt Şartı'nın<sup>8</sup> imzalanmasıyla, 1948'de kuruldu. Kurulmasından itibaren her ne kadar ABD örgütü, soğuk savaş sürecinde üye devletleri komünizmden korumak için aygıt olarak görse de Latin Amerika devletleri açısından Örgütün ekonomik gelişmeyi destekleyici işlevi önem arz etmekteydi<sup>9</sup>.

Dünya üzerindeki konjonktürün değişimi ile birlikte, üye devletlerin de ilgileri bundan nasibini almıştır. Keza, her ne kadar temel amaçların çoğu değişmediyse de dış müdahale olasılığının azalmasıyla

<sup>5</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**, İstanbul, Kavram Yayınları, 3.basım, 1994, s. 43.

<sup>6</sup> Birleşmiş Milletler Şartı, 26 Haziran 1945'te San Fransisco'da imzalanmış ve 24 Ekim 1945'te yürürlüğe girmiştir.

<sup>7</sup> Birleşmiş Milletler Şartı, Bölüm VIII, m.52,53,54.

<sup>8</sup> ADÖ şartı, 9. Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansı esnasında, Bogota-Kolombiya'da 1948'de imzalanmış; 13.12.1951 tarihinde Kolombiya'nın 14.devlet olarak onay belgesini vermesiyle yürürlüğe girmiştir. Bkz: Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. baskı, İstanbul, Legal Yayınları, Nisan 2010, s. 23.

<sup>9</sup> Bloom, **The Organization of American States**, s.15-16.



birlikte amaç yönünden üye ülkelerdeki düşük yaşam standartlarını iyileştirmek amacı öne çıkmış ve bu yönde Örgüt Şartı birçok kez değiştirilmiştir<sup>10</sup>. Zira şuan ki Örgüt Şartı'nın 2.maddesinde, üye ülkelerle işbirliği içerisinde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimin sağlanması, örgütün amaçlarından biri olarak sayılmıştır.

## 2. Organları

Amerikan Devletleri Örgütü, birçok organa sahip olmakla birlikte, söz konusu organların en önemlileri; Genel Kurul, Danışma Kurulu, Sürekli Konsey, Bütünsel Gelişim Konseyi, Hukuk Komitesi, İnsan Hakları Komisyonu ve Genel Sekreterliktir. Tüm üye devletlerin temsil edildiği ve bir oy hakkına sahip oldukları Genel Kurul, en yüksek organ olup örgütün genel davranışlarını ve tutumunu belirler. Danışma Kurulu ise, üye devletlerin dış işleri bakanlarından oluşup herhangi bir üye devletin istemi üzerine toplanır ve ortak ilgede bulunan sorunlarla ilgili olarak karar verir<sup>11</sup>. Sürekli Konsey, Örgüt Şartı ve Amerikalılar arası sözleşmelerle belirlenen sınırlar çerçevesinde, Genel Kurul veya Danışma Kurulu'nun kendisine bildirdiği herhangi bir konu üzerinde karar verdiği gibi geçici olarak danışma organı sıfatıyla da görev yapabilir. Amerikalılar Arası Bütünsel Gelişim Konseyi'nin amacı ise Amerikan devletleri arasındaki işbirliğini güçlendirerek, ülkelerin gerekli gelişimini ve özellikle sefaletin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır. Amerikalılar Arası Hukuk Komitesi ise hukuki konularda Örgütün danışma organı olup uluslararası hukukun ilerleyici gelişimi ve kodifikasyonunun gelişimi konularında çalışır. Bir diğer organ olan İnsan Hakları Komisyon'un ana görevi, insan haklarının gözlenmesi, korunması ve geliştirilmesi konularında çalışmak ve bu hususlarda Örgütün danışma organı rolünü görmesidir. Genel Sekreterlik, Örgütün merkezi ve sürekli organı olup

<sup>10</sup> Şart, 1967'de Buenos Aires protokolüyle, 1985'te Cartagena de Indias protokolüyle, 1992'de Washington protokolüyle ve 1993'te Managua protokolüyle değişikliklere uğramıştır; ayrıca bkz: Bloom, **The Organization of American States**, s. 17.

<sup>11</sup> Örgüt içindeki oylama mekanizmasında her üye ülkenin bir oyu vardır ve kararlar oy çokluğuyla alınır. Birleşmiş Milletler'deki mekanizmanın aksine veto mekanizması söz konusu değildir. Şartı değiştirmek gibi önemli kararlarda üçte ikilik çoğunluk gerekir. Bkz: Bloom, **The Organization of American States**, s. 19.

merkezi Washington DC'dedir. Bu organlar dışında özel konularda uzmanlaşmış, özel kurullar bulunmaktadır<sup>12</sup>.

## **B. Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Gelişimi**

### **1. Amerikan İnsan Hak ve Ödevler Bildirisi (Bildiri)**

İkinci dünya savaşının sona ermesiyle birlikte Amerikan Devletleri Örgütü ve özellikle Birleşmiş Milletler, insan haklarının uygulanmasına ilişkin evrensel iddialarla uluslararası hukuki metinler hazırlayarak söz konusu metinleri imzalayan ülkelere toprakları üzerindeki herkese bu metinlerde geçen hakları sağlama hususunda yükümlülük getirmişlerdir<sup>13</sup>. Böylelikle insan haklarının korunması, ülkelerin öncelikleri arasında üst sıraya yükselmiştir.

Amerikalılar arası sistemde ilk insan hakları tartışması, Amerikalılar arası barışın güçlendirilmesi konferansında (Buenos Aires 1936) gündeme gelmiş olmakla birlikte;<sup>14</sup> bu yolda düzenleme yapılmasına ilişkin olarak yapılan teklifler reddedilmiştir. 1938'de bir araya gelen Amerikan devletlerinden diplomatlar ise insan hakları üzerinde müzakerelerde bulunarak özellikle kadınların eşitliği ve işçi hakları konusunda düzenleme yapılması gerektiği yolunda kararlar almışlardır<sup>15</sup>. İnsan hakları açısından esas önemli gelişme ise Chapultepec, Meksika'da 1945'te yapılan konferansta gerçekleşmiş; konferansa katılan temsilciler, oluşturulan komiteden uluslararası insan hak ve ödevlerine ilişkin bir bildiri taslağı hazırlanmasını istemişlerdir. Bu bağlamda hazırlanan bildiri, Bogotá- Kolombiya'da yapılan toplantıda Örgüt Şartı'nın imzalanmasıyla birlikte kabul edilmiştir<sup>16</sup>. Söz konusu bildiri,

---

<sup>12</sup> **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System** (updated to february 2011), Secretariat of the Inter- American Court of Human Rights, San Jose, Costa Rica, 2011, s.1.

<sup>13</sup> David Kinley, **Civilising Globalisation: Human Rights and the Global Economy**, New York, Cambridge University Press, 2009, s.11.

<sup>14</sup> Bloom, **The Organization of American States**, s. 81.

<sup>15</sup> **A.e.**

<sup>16</sup> 9. Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansı, Bogota- Kolombiya, Nisan 1948, karar (resolution) 30; İnsan haklarına ilişkin söz konusu bildirin neden bir sözleşme içerisinde düzenlenmediği sorgulanabilir niteliktedir. Ancak, içişlerine karışmama doktrini ve bu doktrinin yarattığı koşullar sebebiyle bildirin sözleşme formu içerisinde

vatandaşlara insan haklarını bildiren ve bu bağlamda vatandaşların korunması için devletlere ödevler yükleyen ilk uluslararası örgütçe yapılmış bildirimdir<sup>17</sup>.

## 2. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme)

1948'te Bildiri'nin kabul edildiği Bogotá'da düzenlenen konferans sırasında alınan, "İnsan Haklarını koruyacak Amerikalılar Arası Mahkeme" başlıklı kararda söz konusu hakların, adli bir organ tarafından korunması gerektiği ve hiçbir hakkın bir mahkeme tarafından güvence altına alınmadığı sürece gerçek bir korumadan yoksun olacağı belirtilmişti.<sup>18</sup> Sonrasında, 1949 yılında yapılan Amerikalılar arası konsey toplantısındadır<sup>19</sup>, konseyde yer alan hukukçulardan bir komite kurularak söz konusu mahkemenin kurulması ve bu yolda gereken organların oluşturulmasına yönelik bir statü hazırlanması istenilmiştir. Sonrasında söz konusu komite, kurulacak mahkemeye temel olacak maddi hukuk kurallarının bulunmamasının sıkıntı yarattığını ve bu yolda normlar içeren bir sözleşmenin teklif edilmesi yoluyla bu sıkıntının giderilebileceğini belirtmiştir<sup>20</sup>. 1954'te toplanan 10. Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansı'nda ise; Örgüt bağlamında bu konuda çalışmalar yapılması amacıyla karar verilmesi için 11.konferansın beklenilmesi gerektiği yolunda karar kılınmış ve konseyin hâlihazırdaki projelerin ve eski tecrübelerin ışığında görevini sürdürmesi gerektiğine karar verilmiştir<sup>21</sup>. Lakin 11.konferans toplanmamıştır.

1960'lı yıllardan itibaren üye ülkelerde, 1948 tarihli bildirin güncelleştirilmesi yolunda eğilimlerin belirmesiyle Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi hazırlanmış ve söz konusu sözleşme 25 devletin

---

"formüle edilemediği" ifade edilmiştir, bkz: Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**, s. 75.

<sup>17</sup> Bloom, **The Organization of American States**, s. 81.

<sup>18</sup> **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System**, s.12.

<sup>19</sup> The Organization of American States and The Inter-American System for the Promotion and Protection of Human Rights "Human Rights," the Fifth Meeting of Consultation (1949).

<sup>20</sup> **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System**, s. 13.

<sup>21</sup> The Tenth International American Conference, Caracas-Venezuela, 1954 in its Resolution XXIX "Inter-American Court for the Protection of Human Rights,".

imzasıyla 22 Kasım 1969'da San José, Kosta Rika'da kabul edilmiştir<sup>22</sup>. 1978'de de Grenada'nın sözleşmeyi onaylayan 11. devlet olarak onaylama belgesini tevdi ile Sözleşme yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye, Orta ve Güney Amerika'daki devletlerden çoğu taraf olmakla birlikte Kanada ve ABD, sözleşmeyi onaylamayan devletlerarasındadır. İlginç olan ise ABD'nin sözleşmeyi imzalayıp da bunun üzerinden 30 yılı aşkın bir zaman geçmesine karşın onaylama işlemini yapmayan tek devlet olmasıdır.<sup>23</sup> ABD ve Kanada'nın bu tutumu, iç işlerine olası bir müdahaleden çekinmeleriyle açıklanabilir. Ayrıca ABD'nin sözleşmeyi onaylamamasının nedenlerinden birisi olarak sözleşmenin bazı maddelerinin ABD'nin bazı eyalet hukuklarıyla çelişmesi de gösterilmektedir<sup>24</sup>. Şuan itibariyle sözleşmeye 24 devlet taraftır.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, içerdiği kişisel sorumluluklar başlığı altındaki bölümde haklar ve ödevlerden bahsederken her insanın ailesine, toplumuna ve insanlığa sorumluluğunun bulunduğunu ve sözleşmenin güvence altına aldığı hakların bazı faktörlerce; örneğin başkalarının haklarıyla sınırlandırılmış olduğunu ifade etmiştir<sup>25</sup>. Sözleşme, 82 madde içermekte ve “yollama hükmü nitelikli”<sup>26</sup> 26.madde hariç medeni ve siyasi hak ve özgürlüklere (klasik haklar) yer vermektedir. Bildiri'nin aksine Sözleşme, taraf devletlerin bağımsızlığını veya güvenliğini tehdit eden bir savaş, kamusal bir tehlike yahut öteki bir olağan üstü halin varlığı durumunda taraf devletlerin sözleşmeden

<sup>22</sup> Söz konusu sözleşme, Amerikalılar Arası İnsan Hakları İhtisas Konferansı'nda kabul edilmiştir; ayrıca bkz: Bloom, **The Organization of American States**, s.89.

<sup>23</sup> Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.1232; Allan R. Brewer-Carias, **Constitutional Protection of Human Rights in Latin America**, United States of America, Cambridge University Press, 2009, s.29; Belirtmek gerekir ki, Avrupa Konseyi'ne üye olabilmek için bir devletin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylama gibi bir siyasi yükümlülüğü söz konusu iken; ADÖ sisteminde böyle bir yükümlülük söz konusu değildir, David Harris, “Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement”, **The Inter American System of Human Rights**, Edited by David Harris and Stephen Livingstone, New York, Clarendon Press Oxford, 1998, s.2, dipnot.4.

<sup>24</sup> Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**, s. 94.

<sup>25</sup> René Provost, **International Human Rights and Humanitarian Law**, New York, Cambridge University Press, 2005, s.66-67.

<sup>26</sup> Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 1238.

kaynaklanan yükümlülüklerinden bir kısmını askıya alabilmelerine imkân da tanımaktadır (m.27).<sup>27</sup> Söz konusu askı hali, tehdit teşkil eden durumun süresi ile sınırlı olacak ve uygulanmasında herhangi bir ayırım gözetilmeyecektir. Ancak her halükarda sözleşmede sayılan birtakım haklar açısından bir kısıtlama, olağanüstü hallerde dahi yapılamayacaktır (m.27/2).<sup>28</sup> Görüldüğü üzere söz konusu madde birçok insan haklarına ilişkin anlaşmada bulunan hükümlere benzemektedir.<sup>29</sup> Ayrıca Sözleşme-Avrupa’da olduğu gibi- taraf devletler arasında ikili ilişkiler kurmaktan ziyade insan haklarının korunması için tarafsız bir hukuki rejim amacı gütmektedir<sup>30</sup>.

Sözleşme’ye ek 2 protokol söz konusu olup, bunlardan ilki ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve özgürlüklere ilişkin San Salvador Protokolü; diğeri ise ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin Paraguay protokolüdür<sup>31</sup>. Öte yandan belirtmek gerekir ki, Amerikalılar arası sistemde, insan haklarına ilişkin başka sözleşmeler de mevcuttur. Bunlar arasında, Amerikalılar Arası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (1985), Kişilerin Cebri Kaybedilmeleri Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme (1994), Kadın Haklarına İlişkin Sözleşmeler (1933, 1948, 1994) yer almaktadır<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Harris, “Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement”, s.8-9.

<sup>28</sup> Olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacak Sözleşme hükümleri; kişilik hakkı (m.3), yaşam hakkı (m.4), insanca muamele görme hakkı (m.5), kölelik yasağına ilişkin hüküm (m.6), kanunların aleyhe yürümesi yasağını öngören hüküm (m.9), din ve vicdan özgürlüğü (m.12), aile haklarına ilişkin hüküm (m.17), isim hakkı (m.18), çocuk haklarına ilişkin hüküm (m.19), vatandaşlık hakkı (m.20), siyasi faaliyette bulunma hakkı (m.23) ve bu hakların korunması için gerekli olan yargısal güvencelerdir.

<sup>29</sup> Örn., Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 4.maddesi (Söz konusu sözleşme, BM Genel Kurulu’nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. Yürürlüğe giriş: 3 Ocak 1976); ayrıca bkz: Harris, “Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement”, s.17.

<sup>30</sup> A.e., s. 11.

<sup>31</sup> San Salvador Protokolü, 1988’de imzaya açılmış ve 1999’da yürürlüğe girmiştir. Söz konusu protokolü şimdiye dek 16 ülke onaylamıştır. Paraguay protokolü ise, 1990 yılında imzaya açılmış olup şu ana kadar 12 ülke tarafından onaylanmıştır, (Çevrimiçi) <http://www.oas.org/juridico/english>, Erişim tarihi: 13 Aralık 2011.

<sup>32</sup> Söz konusu sözleşmeler/protokoller, taraf devletler açısından Amerikan komisyonunun şikayet başvuruları çerçevesinde incelemeye yetkili kılındığı belgeler olarak

Bu bahiste son olarak, Amerikan ülkelerindeki insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerin anayasal değeri ile ilgili olarak ilgili belgelerdeki hükümlerin farklı statüye tabi tutulduklarını belirtmek gerekir. Amerikan ülkeleri, söz konusu hükümlere anayasaüstü değer verdikleri gibi (örneğin, Kolombiya Anayasası m.93, Venezuela Anayasası m.23), bu hükümlere anayasa ile yasalar arasında değer biçen ülkelere (örneğin Kosta Rika Anayasası m.7, El Salvador Anayasası m.144) de rastlanmaktadır. Ayrıca söz konusu hükümleri yasalarıyla eşdeğerde tutan ülkelere rastlandığı gibi (örneğin Meksika Anayasası m.133), anayasa hükümleri ile eşdeğerde tutan ülkelere de rastlanmaktadır<sup>33</sup>. Örneğin, Arjantin Anayasasında bu yolda bir hüküm vardır.(m.75.22)<sup>34</sup> Bir örnek vermek gerekirse Arjantin Yüksek Mahkemesi, ceza muhakemesi kanununda yer alan bazı hükümleri, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı oldukları gerekçesiyle iptal etmiştir<sup>35</sup>. Ayrıca aynı ülkede, Komisyon ve Mahkeme kararlarının anayasal hükümlerin yorumunda yol gösterici ve bağlayıcı kararlar olduğu kabul edilmiştir<sup>36</sup>. Aynı şekilde, Arjantin, El Salvador, Bolivya, Kolombiya, Kosta Rika gibi ülkelerin yüksek mahkemelerinin, Sözleşme ve Mahkeme'nin bu bağlamda yaptığı yorumun bağlayıcı olduğunu ifade ettikleri belirtilmektedir<sup>37</sup>. Böylelikle, uluslararası insan haklarına ilişkin yükümlülükler vasıtasıyla içtihatlar açısından tekdüzelik gerçekleştirilmekte;<sup>38</sup> insan haklarının ulusalüstü korunması açısından

---

belirlenmiştir, Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.1243; Bu belgelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: **A.e.**, s.1289-1315.

<sup>33</sup>Brewer-Carias, **Constitutional Protection of Human Rights in Latin America**, s. 32-54.

<sup>34</sup>**A.e.**, s.39.

<sup>35</sup>Carlos Ayala Corao, "Reception de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional," in *Revista del Tribunal Constitucional*, No:6, Sucre, Bolivia, Nov.2004, pp.275 ff'den aktaran, Brewer-Carias, **Constitutional Protection of Human Rights in Latin America**, s.39.

<sup>36</sup>**A.e.**

<sup>37</sup>**Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, Organization of American States Inter-American Court of Human Rights, San Jose, Costa Rica, 2011, s. 55.

<sup>38</sup>Diego García-Sayán, "The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America", **Texas Law Review**, Vol. 89:1835, 2011, Austin, University of Texas at Austin School of Law Publications, 2011, s.1862.

güvence sağlayan maddelerin iç hukuklarda doğrudan uygulanması sağlanmaktadır<sup>39</sup>.

### C. Koruma Mekanizmaları

İnsan haklarının korunması ile ilgili Amerikalılar arası sistem iki ayrı hukuki dayanağa sahiptir ki bu durum, korumaya ikili bir kurumsal yapı kazandırmıştır<sup>40</sup>. Birisi, doğrudan Amerikan Devletleri Örgütü'nün Şartı'ndan ve Amerikan İnsan Hak ve Ödevler Bildirisi'nden<sup>41</sup>, diğeri ise Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda denetim görevini Komisyon ve Mahkeme yapmaktadır<sup>42</sup>. Bu ikili yapı, kapsam olarak birçok kez örtüşürken çeşitli ortak kurumlara sahiptir. Örneğin, Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu hem Şart bazlı rejimin hem de Sözleşme bazlı rejimin organıdır. Zira birçok kez her

<sup>39</sup> **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 55.

<sup>40</sup> Dinah Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, 2nd edition, Great Britain, Oxford University Press, 2006, s. 208; Shelton, **Regional Protection of Human Rights**, s. 68; Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**, s. 45.

<sup>41</sup> Uluslararası İnsan Hakları Beyannameşi gibi Amerikan Bildirisi de aslında hukuken bağlayıcı olacak şekilde düzenlenmemiştir. Lakin ADÖ Şartı'ndaki insan haklarına ilişkin hükümlerle beraber bildiri, dolaylı bir şekilde ADÖ üyesi devletler açısından hukuken bağlayıcılık kazanmıştır. Özellikle 1967 Buenos Aires Protokolü ile Şart'da yapılan değişikliklerle bu durum açık bir şekilde öngörülmüştür. Ayrıca Komisyon'un kurulması ve statüsünde (m.2) insan haklarının, "Bildiri de belirtilenler olarak anlaşılması gerektiği"nin vurgulanması ile birlikte Bildiri de önemli bir normatif belge haline gelmiştir. Böylelikle, sözleşmeden ayrı ve bağımsız olarak bildirideki hakların ihlalinin ileri sürülebildiği bireysel şikayet başvurusu mekanizması söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda örneğin Kanada, Örgüt'e katılmakla ve ABD zamanında bildiriye imza koyduğu için Amerikan Komisyonu, her iki ülke aleyhine yapılan bireysel şikayet başvurusunu dinlemeye yetkilidir, Shelton, **Regional Protection of Human Rights**, s. 101; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş** s. 1231; ayrıca bkz: Harris, "Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement", s.4; Ancak ABD, her ne kadar kendisinin Bildiri ile uyumlu olup olmadığının gözlenmesi hususunda komisyonun yetkili olduğunu kabul etse de yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmemesine ilişkin yapılan gözlemin hukuki olmadığını belirtmektedir, A.e., s.6; Komisyon'un bu yetkisi, "sözleşmeyi aşan (extra-conventional) sorumluluklar" içinde mütalaa edilmektedir. Zira bu sorumluluklar, Bildiri'nin ihlal edildiği iddialarıyla ilgili olarak bu devletlere karşı bireysel başvurularla ilgilenmeyi içerir, her ne kadar mahkemenin yetkisinin münhasıran sözleşmeden doğması sebebiyle mahkemeye başvurulması mümkün olmasa da. Bu konu ile ilgili olarak bkz: Walter Kalin- Jörg Künzli, **The Law of International Human Rights Protection**, New York, Oxford University Press, 2009, s. 270.

<sup>42</sup> Ayrıca bkz: Sözleşme- part II- Chapter VI m.33.

iki rejim aynı davaya uygulanabilir ki bu da insan hakları ihlallerine karşı hükümetlere karşı kurumsal baskıyı güçlendirmektedir<sup>43</sup>. Bu sistem ADÖ'nün bir yaratımıdır ve bir yandan Örgüt, statüsü ile insan haklarına yollama yaparken, siyasi organları eliyle de sistemin yürümesi açısından rol oynamaktadır. Bu haliyle Amerikalılar arası sistem birçok yönden diğer insan haklarının korunmasını amaç edinmiş yerel sistemlerden farklıdır<sup>44</sup>. Zira Amerikalılar arası sistem birbirleriyle örtüşen iki insan hakları belgesi (Bildiri ile Sözleşme) üzerine kurulu olup bu yönüyle Avrupa sisteminden daha karmaşıktır ve farklılaşır. Ayrıca Komisyon'un sözleşmeye taraf olup olmamalarına bakılmaksızın devletler üzerinde yetkisi varken; Mahkeme'nin çekişmeli davalar açısından yetkisi yalnızca sözleşmeye taraf olan ve Mahkeme'nin yetkisini tanıyan devletler açısından söz konusudur<sup>45</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde olduğu gibi (m.35)<sup>46</sup> Amerikan İnsan Hakları Sisteminde de yapılan başvurunun kabul edilmesi için, iç hukuk yollarının tüketilmesi, söz konusu tüketimden itibaren 6 ay içinde başvurulması ve ihlalle ilgili olarak bir başka uluslararası başvurunun mevcut bulunmaması koşulları

---

<sup>43</sup> Thomas Buergenthal, "The Inter-American System for the Protection of Human Rights", **Human Rights in International Law- Legal and Policy Issues**, Edited by Theodor Meron, United States of America, Clarendon Press Oxford, 1989, s. 439; Shelton, **Regional Protection of Human Rights**, s. 101.

<sup>44</sup> Amerikalılar arası insan hakları sisteminin diğer bölgesel sistemlerden; örneğin Avrupa sisteminden farklı olmasının sebeplerinden biri de ülkelerin siyasi ve demokrasi tarihlerindeki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Zira Avrupa sistemi kurulduğundan bu yana hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu, bağımsız yargı organlarının mevcut bulunduğu demokrasilerle ilgilenirken; 1960'lardan bu yana Amerikalardaki durum hiç de böyle değildir: Askeri diktatörlükler, aksi siyasi görüşe karşı vahşice bir baskı, terör, sindirilmiş ve bağımsız olmayan yargı organları söz konusudur. Bunun sonucu olarak da Amerika'daki insan hakları ihlalleri sıradan olanın aksine çoğunlukla geniş çaplı, ağır ihaller olmuştur, Harris, "Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement", s. 2; Komisyon'un uyguladığı yerinde ziyaret (loco visit) uygulamasının da söz konusu ağır ve geniş çaplı ihallerden kaynaklandığı söylenebilir. Keza üye ülkelerdeki hukuk devleti anlayışı ve demokrasi geliştikçe Komisyon'un söz konusu uygulaması azalmış; günümüzde bireysel başvurular çok daha fazla önem kazanmıştır.

<sup>45</sup> Harris, "Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement", s. 2.

<sup>46</sup> Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, s. 112.



aranmaktadır (Sözleşme m.46)<sup>47</sup>. Her ne kadar, Avrupa sisteminde koruyucu doktrin daha zengin olsa da-kişiler üye devletlere karşı doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilmektedirler-Amerikan sisteminde 1979'dan bu yana Komisyon ve Mahkeme görevlerini yerine getirme hususunda başarılı olmuşlar ve birçok davada üye devletleri insan hakları ihlalleri sebebiyle suçlu bulmuşlardır<sup>48</sup>. Ancak, sistemler arasında etkileşim de yok değildir. Zira Mahkeme ve Komisyon, taraf devletlerin ulusal hukuklarındaki ortak noktaları dikkate aldıkları gibi, Avrupa insan hakları mahkemesinin kararlarına da atıfta bulunmakta ve bu kararları takip etmektedirler<sup>49</sup>. Ayrıca, Mahkeme ilk yıllarında, çekişmeli dava tecrübesi söz konusu olmadığından usul kurallarının<sup>50</sup> yapımında Avrupa sisteminden etkilenmiştir<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının istisnası da öngörülmüştür. Nitekim olanaksız olması halinde iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasına gerek yoktur- Sözleşme m.46; Avrupa İnsan hakları Sözleşme'sinde böyle bir istisna öngörülmemişken, içtihatlar yoluyla bu istisna yaratılmıştır, Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.1251; Öte yandan belirtmek gerekir ki, komisyon önünde ilk itirazda bulunmamış olan devlet, ya iç hukuk yollarının bulunmadığını ya da bunların zamanında tüketilmiş olduğunu kabul etmiş duruma gelir. **A.e.**, s. 1255.

<sup>48</sup> Brewer-Carias, **Constitutional Protection of Human Rights in Latin America**, s.31.

<sup>49</sup> Örn. bkz: I/A Court H.R., **Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras**. Interpretation of the Judgment of Reparations and Costs. Judgment of August 17, 1990. Series C No. 9, para.26; Harris, "Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement", s. 11.

<sup>50</sup> Mahkeme, ilk usul kurallarını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uluslararası Adalet Divanı'nın kurallarını model alarak 23.düzenli oturumunda, Temmuz-Ağustos 1980'de kabul etmiştir. Söz konusu kurallar, 1991, 1996, 2000,2003 ve 2009 yıllarında değiştirilmiştir. Şu an yürürlükte olan kurallar, Mahkeme tarafından 2009 yılının Kasım ayında kabul edilen kurallardır. Bkz: (Çevrimiçi), [http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/basic20.Rules\\_Court.pdf](http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/basic20.Rules_Court.pdf), Erişim tarihi: 12 Aralık 2011; **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System**, s.15.

<sup>51</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade, "The Operation of the Inter-American Court of Human Rights", **The Inter American System of Human Rights**, Edited by David Harris and Stephen Livingstone, New York, Clarendon Press Oxford, 1998, s. 146.

## 1. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu

### a. Genel Olarak

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu<sup>52</sup>, Amerikan Devletleri Örgütü'nün özerk bir organı olup insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ile ilgili Amerikalılar arası sistemin iki kolundan biridir. Komisyon, 1959'da oluşturulmuş ve yalnızca 6 yıl sonra, bireysel başvuruları kabul etme, üye ülke hükümetlerinden bilgi isteme ve tavsiyelerde bulunma yetkileriyle donatılmıştır. Merkezi, Washington DC'de yer almaktadır ama bazen farklı ülkelerde de toplanabilmektedir<sup>53</sup>.

Yetkileri, Örgüt Şartı'nda, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Komisyon'un Statüsü'nde<sup>54</sup> belirtilmiştir. Komisyon, vatandaşları oldukları devletten bağımsız 7 üyeden oluşur. Üyeler, Örgüt Genel Kurulu tarafından 4 yıllık bir süre için seçilir ve bir kez daha seçilmek mümkündür.

Komisyon'un, bir taraf devletteki insan hakları ihlallerine ilişkin şikâyetleri incelemek, ülkelerle ilgili insan hakları raporları hazırlamak ve yayımlamak, sözleşmenin daha çok devlet tarafından onaylanmasını sağlamak gibi temel işlevlerinin yanı sıra; Mahkeme önünde bulunmak, anlaşmaların yorumlanmasında danışmanlık yapmak, sözleşmelerde değişiklik önerileri yapmak, üyelerine yaptırım uygulaması amacıyla ADÖ'yü tahrik etmek gibi görevleri bulunmaktadır.<sup>55</sup> Komisyon, kişiler yahut hükümet dışı organizasyonlar tarafından iletilen şikâyetlerin yanı

---

<sup>52</sup> Komisyon, ADÖ şartında (m.106) doğrudan insan haklarına özgülenmiş bir birim olarak düzenlenmiştir. Şart'ın ilk halinde Komisyon'un, özerk bir birim olduğu öngörülmüşken; ADÖ şartında 1970 yılında yapılan değişiklikle Şart, Komisyonu artık ADÖ'nün özerk bir birimi olarak nitelendirmeyi aşarak onu doğrudan "ADÖ'nün bir temel organı olarak" belirlemiştir, Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**, s. 50, 175; Şart'ın en güncel halinde Komisyon, m.53/e'de Örgüt organlarından biri olarak belirtilmektedir.

<sup>53</sup> Bloom, **The Organization of American States**, s. 84.

<sup>54</sup> Söz konusu Statü, ADÖ Genel Kurulu tarafından Ekim 1979'da, La Paz, Bolivya şehrinde toplanan dokuzuncu düzenli oturumda onaylanmıştır. Bkz: Resolution No:447.

<sup>55</sup> Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**, s. 130- 145.

sıra devletlerarası şikâyetleri – aleyhine başvuru devletinin bu yetkiyi tanınması koşuluyla- de incelemektedir<sup>56</sup>.

Komisyon, uluslararası insan hakları mekanizmalarındaki birçok özdeş organa karşı fonksiyonlarının çeşitliliği açısından farklılık arz etmektedir<sup>57</sup>. Pratikte, hem yerinde ziyaretler (loco visits) yapmakta<sup>58</sup> ve raporlar hazırlamakta, bir yandan da bireysel başvuruları kabul etmektedir. Ayrıca anlaşma ve diğer belgelerin yazımına katılmakta ve bölgede insan haklarının korunmasına ilişkin tematik raporlar hazırlamaktadır.<sup>59</sup> Ancak belirtmek gerekir ki yerinde ziyaretler ve ülke raporlarına nazaran bireysel başvuruların komisyonun faaliyetleri açısından önemi artmıştır. Zira sözleşmenin, davaların mahkeme önüne getirilip nihai karar alınması yolunda düzen getirmesiyle birlikte ve ayrıca Güney ve Orta Amerika ülkelerindeki demokrasi ve hukuk devleti anlayışının gelişmesiyle büyük çaptaki insan hakları ihlalleri için uygulanması söz konusu olan yerinde ziyaret uygulaması azalmıştır<sup>60</sup>.

Düzenli ve özel oturumlar halinde yılda birkaç kez toplanan Komisyon, Sözleşme'nin ihlalleri ile ilgili başvuruları incelemenin yanı sıra Örgüt Şartı ve Komisyon Statüsü'yle uyumlu olarak sözleşmeye henüz taraf olmayan fakat Örgüt üyesi olan devletlerle ilgili Amerikan Bildirisi'nin ihlal edildiğine ilişkin bildirimleri de inceleyebilmektedir<sup>61</sup>. 2010 yılında Komisyon, 16 uyuşmazlığı Mahkeme önüne getirmiş; 11 geçici önlem alınması talebiyle mahkemeye gelmiştir.

<sup>56</sup> Bkz: Sözleşme m.46-51; Avrupa sisteminin aksine Amerikalılar arası sistemde devletler arası şikâyet mekanizması opsiyoneldir, Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, s. 112.

<sup>57</sup> Harris, "Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement", s. 20.

<sup>58</sup> 1961 'den itibaren komisyon üye ülkeleri ziyaret ederek gözlemlerde bulunmaya başlamıştır. Bu bağlamda ilk ziyaret, Dominik Cumhuriyeti'ne yapılmıştır, Bloom, **The Organization of American States**, s. 84. Söz konusu yerinde ziyaretler, ziyaret edilen ülkeye ilişkin insan haklarının durumunu gösteren raporlara yol açmaktadır, Harris, "Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement", s. 3.

<sup>59</sup> **A.e.**, s. 20.

<sup>60</sup> Harris, "Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement", s. 21.

<sup>61</sup> **Annual Report of the Inter- American Commission on Human Rights 2010**, General Secretariat Organization of American States, Washington, D.C., 2011, s. 5.

### **b. Komisyon Önündeki Usul**

Amerikan Bildirisi'nin verdiği yetki kapsamında Komisyon, Örgüt üyesi devletlere ilişkin tüm iddialara bakmaya yetkili olduğu gibi; Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerden biri tarafından ihlal edildiğine ilişkin herhangi bir kişi veya kişi grubuna da Komisyon'a ihbarda bulunma hakkı Sözleşme tarafından tanınmaktadır<sup>62</sup>. Komisyon, bildiri ile ilgili bir ihlal bulunduğu takdirde tavsiyelerde bulunabilir<sup>63</sup>. Lakin söz konusu ülkeye tavsiyelerine uyma yolunda direktif veremez. Komisyon ayrıca Sözleşme'yi onaylayan ülkelerle ilgili iddialara da bakabilir. Başvuru, kabul edilebilir bulunursa, Komisyon başvuruyu taraf devlete iletir, gerekirse kanıt toplayabilir ve mahallinde soruşturma yapabilir. Komisyon bu aşamada resen yahut bir tarafın başvurusu üzerine geçici önlem kararı vererek önlemin alınmasını ilgili devletten isteyebileceği gibi; geçici önlem kararı verilmesini Mahkeme'den de bu aşamada isteyebilir- dava henüz mahkeme önüne sunulmamış olsa bile<sup>64</sup> Bu süreç boyunca Komisyon ayrıca taraflar arasında uyuşmazlığın barışçıl çözüm yolunu arar. Eğer çözüme ulaşırsa Komisyon, Örgüt sekreterine çözüme varılan uyuşmazlıkla ilgili kısa bir rapor sunar<sup>65</sup>. Bu şekilde bir çözüme ulaşılamazsa Komisyon, statüsünde belirtilen süre içerisinde, yaptığı tespit ve bulunduğu tavsiyelere ilişkin bir rapor hazırlayarak uyuşmazlık tarafı devlete sunar. Söz konusu raporun sunulmasından itibaren 3 ay içerisinde uyuşmazlık çözülmez yahut vaka Komisyon ya da ilgili devlet tarafından Mahkeme önüne getirilmezse Komisyon, önüne getirilen soruna ilişkin vardığı sonuçları ortaya koyabilir. Ayrıca durumun özelliklerine göre ilgili devletin yapması gerekenleri ve bunları hangi süre içerisinde yapması gerektiğini belirtir. Bu süre dolduğunda da devletin yapması gerekenleri yapıp yapmadığına ve söz konusu devlete ilişkin hazırladığı raporun

---

<sup>62</sup> Brewer-Carias, **Constitutional Protection of Human Rights in Latin America**, s. 31; Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, s. 112.

<sup>63</sup> Komisyon Statüsü m.20/b.

<sup>64</sup> Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, s. 208.

<sup>65</sup> Sözleşme m.48-49.

yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verir<sup>66</sup>. Eğer, uyuşmazlık Mahkeme önüne getirilmişse Komisyon davaya katılması için bir delege gönderir. Hatta bu aşamadan sonra Komisyon'un görevinin bir nevi savcılığa benzetildiği görülmektedir<sup>67</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme, başvuruları temsil eden bir kimsenin de duruşmalarda yer almasına müsaade edebilir. Komisyon, bireysel başvurular dışında ülke raporları hazırlamakta, ülkelere ziyaretler gerçekleştirmekte ve üye ülkelere sözleşme ile ilgili hususlarda teknik destek vermektedir. Şuan ki Avrupa modelinin tam tersine Afrika ve Amerika sistemlerinde mahkemelerde doğrudan dava açılmayıp komisyonlara başvurulması zorunlu olduğundan komisyonlar davalarda birincil role sahiptirler<sup>68</sup>.

## 2. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi

### a. Genel Olarak

Amerikan ülkelerinde bir insan hakları mahkemesi kurulması yoluyla insan haklarının korunması fikri uzun bir geçmişe sahip olmakla birlikte<sup>69</sup>, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme), 18 Temmuz 1978'de, Grenada'nın onaylama belgesini tevdi ile birlikte Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ya da diğer ismiyle San José Paketi'nin (Sözleşme) yürürlüğe girmesiyle kurulmuştur. Sözleşmenin 33.maddesi uyarınca Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) ve Mahkeme, insan haklarının korunması için faaliyet gösterecek iki organ olarak düzenlenmiştir. Lakin Mahkeme ile Komisyon, sözleşme çerçevesinde hiyerarşik bir ilişki içerisinde değildir. Komisyon, zamanla ADÖ organı olarak yapılaştırılırken; Mahkemenin Statüsü'nde<sup>70</sup> (m.1), mahkemenin yargısal erke sahip ve idari işlevleri de olan özerk bir yargısal birim olduğu hüküm altına alınmıştır<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Sözleşme m.51; ayrıca bkz: Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, s. 211-216; Walter- Künzli, **The Law of International Human Rights Protection**, s. 232.

<sup>67</sup> **Castillo Paez Case** (1997) 34 Inter American Court of Human Rights (ser.C), Separate opinion of Judge A.A. Cancado Trindade, paras 16-17'den aktaran Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, s. 216.

<sup>68</sup> Walter- Künzli, **The Law of International Human Rights Protection**, s. 209.

<sup>69</sup> **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System**, s.12.

<sup>70</sup> Mahkeme statüsü, 1979 yılında, La Paz- Bolivya'da toplanan Örgüt Genel Kurulu normal oturumunda onaylanmıştır. Bkz: AG/RES 448. (IX- 0/79), (Çevrimiçi)

Mahkeme Statüsü (Statü) uyarınca, Mahkeme özerk bir yargısal kurum olup merkezi San José, Kosta Rika’da bulunur. Mahkeme’nin amacı Sözleşme’nin yorumlanması ve uygulanmasıdır.<sup>72</sup> Mahkeme, ADÖ üyesi olan devletlerin vatandaşları olan yedi yargıçtan oluşur. Sözleşme m. 52 uyarınca söz konusu yargıçlar;<sup>73</sup>

“...en yüksek yargı görevlerini yerine getirme bakımından gerekli vasıflara sahip olup, en üst düzeyde ahlaki nitelikleri haiz ve insan hakları alanında yetkinlikleri tanınmış hukukçular arasından...”<sup>74</sup> seçilir.

Mahkeme Statüsü m.8 uyarınca ADÖ Genel Sekreteri, Sözleşme’ye taraf devletlerden yargıç adaylarını içeren bir listeyi sunmalarını ister. Sözleşme m.53’e uygun olarak her taraf devlet, herhangi bir ADÖ üyesi devlet vatandaşı olan en fazla 3 aday gösterir. Adaylar, görevi sona erecek yargıçı ikame etmek üzere ADÖ Genel Kurulu’nda mutlak çoğunluk ile 6 yıl için seçilirler. Bir kez daha seçilmek mümkündür. Statü m.6 uyarınca üyelik, ölüm, ehliyetsizlik, istifa veya azil gibi sebeplerle boşalırsa bir sonraki ADÖ Genel Kurulu oturumunda doldurulur. Öte yandan yargıçlar, Sözleşme m.54 uyarınca, görev süreleri dolsa dahi

---

<http://scm.oas.org/pdfs/agres/ag03793E01.PDF>, Erişim tarihi: 12 Aralık 2011; Bloom, **The Organization of American States**, s. 88; **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System**, s. 14.

<sup>71</sup> Gemalmaz, **Latin Amerika’da İnsan Hakları**, s. 206; David Harris, “Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement”, s. 23.

<sup>72</sup> Bloom, **The Organization of American States**, s. 88; **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System**, s. 14.

<sup>73</sup> Şuan ki üyeler: Diego Garcia-Sayan (başkan-Peru), Leonardo A.Franco (başkan yardımcısı-Arjantin), Manuel E.Ventura Robles (Kosta Rika), Margarette May Macaulay (Jamaika), Rhadys Abreu Blondet (Dominik Cumhuriyeti), Alberto Péres Péres (Uruguay) ve Eduardo Vio Grossi (Şili). Mahkeme Sekreteri ise Pablo Saavedra Alessandri (Şili) olup yardımcısı, Emilia Sagarez Rodriguez (Kosta Rika)’dir. Ayrıntılı bilgi için bkz: (Çevrimiçi) <http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm>, Erişim tarihi: 03 Aralık 2011; Belirtmek gerekir ki komisyon üyeliğinden farklı olarak, Mahkeme üyelerini yalnızca sözleşme tarafı devletler seçebilmektedir, Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 1247.

<sup>74</sup> Söz konusu maddenin Türkçe çevirisi, Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri- I.Cilt Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2010, s. 752’den alınmıştır.

yargılamaya başladıkları ve halen derdest olan davalara bakmaya devam ederler<sup>75</sup>.

Davaya taraf devletler Mahkeme önündeki yargılamada, tayin ettikleri vekilleri ile temsil edilirken; Komisyon da bu amaçla atadığı delegeler vasıtasıyla temsil edilir.

Yargıçlar, Mahkeme'nin düzenli bir şekilde görevini yerine getirmesi için düzenli oturumlarda yerlerini alırlar.<sup>76</sup> Ayrıca özel oturumlar da gerçekleştirilebilir<sup>77</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, yargıçlar yerine getirdikleri görevleri dolayısıyla düzenli bir maaş almazlar. Yalnızca, katıldıkları oturumlar ve yaptıkları raportörlük hizmetleri için belli bir ücret (honorarium) alırlar. Ayrıca, yargıçların çoğunun çağrısıyla Mahkeme başkanı tarafından özel oturumlar açılabilir. Statü m.16 uyarınca her ne kadar yargıçlar Mahkeme'nin bulunduğu şehirde ikamet etmek zorunda olmasalar da; başkanın görevini “sürekli” olarak yerine getirmesi gerekir. Diğer yandan, davalarda geçici yargıçlar da görev alabilmektedir<sup>78</sup>. Örneğin, 2010 yılında 6 geçici yargıç, 7 çekişmeli davada görev almıştır<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 1.

<sup>76</sup> Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi sürekli çalışan değil, yılda belli oturumlar halinde toplanan yapıya sahiptir, Harris, “Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement”, s. 3.

<sup>77</sup> 2010 yılında 86 (25 Ocak- 4 Şubat), 87 (17-28 Mayıs), 88 (23 Ağustos- 4 Eylül) ve 89 (21-27 Kasım). dönem düzenli oturumları yapılmıştır. Ayrıca 41 (12-16 Nisan) ile 42 (15-19 Kasım). dönem özel oturumları da Peru ile Ekvator ülkelerinde gerçekleştirilmiştir. Bkz: **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 6.

<sup>78</sup> Zira Sözleşme m.55 uyarınca “ ...bir vakayı görmek üzere göreve çağırılan yargıçlardan biri o vakaya taraf devletlerden birinin vatandaşıysa, bu vakadaki herhangi bir başka Taraf devlet, Mahkemede ad hoc (geçici) yargıç olarak görev yapmak üzere kendi seçeceği bir kişiyi atayabilir. Bir vakayı görmek üzere göreve çağırılan yargıçlar arasından hiçbiri o vakaya taraf devletlerden herhangi birisinin vatandaşı değilse, bu Taraf Devletlerden her biri bir ad hoc yargıç atayabilir.” Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri- I.Cilt Bölgesel Sistemler**, s. 753. Ancak belirtmek gerekir ki eğer hakim, aleyhine başvuru devletinin vatandaşı ise bireysel başvuruya ilişkin duruşmaya ve müzakereye katılmayabilir. Bkz: **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s.16; ayrıca bkz. Usul kuralları m.20.

<sup>79</sup> **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s.2.

Mahkeme başkanı ve başkan yardımcısı, iki yıllık bir süre için yargıçlar tarafından seçilirler; tekrar seçilmeleri de mümkündür (Statü m.12). Sekreterlik hizmetleri de Sekreter ve yardımcısının emirleri altında yürütülür (Statü m.14)

### **b. Mahkeme'nin Bütçesi**

Sözleşme m.72 ve Mahkeme Statüsü m.26 uyarınca Mahkeme, bütçe tasarısını hazırlayıp Genel Sekreterlik yoluyla ADÖ Genel Kurulu'nun onayına sunar. 2010 yılında Örgüt tarafından Mahkeme'ye ayrılan bütçe 1,998,100.00\$ iken aynı yıl Mahkeme'nin yaptığı harcamalar 3,783,061.47\$ civarındadır<sup>80</sup>. Eksik kalan tutar ise uluslararası işbirlikleri, devletler ve diğer kurumların yaptıkları gönüllü bağışlar eliyle karşılanmıştır<sup>81</sup>. 2011 yılı içinse ADÖ tarafından onaylanan Mahkeme bütçesi 2,058,100.00\$ civarındadır. <sup>82</sup>Tüm bu veriler göstermektedir ki ADÖ'den gelen kaynaklar yetersiz kalmaktadır. Hatta Mahkeme'nin yaptığı harcamalarda ADÖ katkı oranı yüzdesinin yıldan yıla artan harcama karşısında düşmesi endişe vericidir<sup>83</sup>.

### **c. Mahkeme'nin Yetkisi**

Sözleşme uyarınca Mahkeme, çekişmeli davalara bakma yetkisine sahip olduğu gibi tavsiye görüşü verme yetkisine<sup>84</sup> ve geçici önlem kararı verme yetkisine sahiptir. Ayrıca Mahkeme, yargı yetkisinin konusu içinde, kendi verdiği hükümleri yorumlayabilir ve tazminata

<sup>80</sup> **A.e.**, s. 19.

<sup>81</sup>Uluslararası işbirlikleri ve gönüllü bağışlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **A.e.**, s. 20-21.

<sup>82</sup> **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 20, Her ne kadar bu raporda 2011 yılı Mahkeme bütçesinin onaylandığı Genel Kurul oturum tarihi 30 Eylül 2009 olarak gösterilmişse de bu yanlıştır. Bkz: OAS General Assembly Fortieth Special Session, Washington DC, Sep 30, 2010, AG/RES. 1 (XL-E/10), (Çevrimiçi) <http://www.oas.org/consejo/GENERAL%20ASSEMBLY/40SGA.asp#inf>, Erişim tarihi: 04 Aralık 2011.

<sup>83</sup> Mahkeme Başkanı Diego Garcia-Sayan, Mahkeme'nin karşılaştığı en büyük sorunlardan biri olarak finansmana işaret etmiştir. Bu bağlamda başkan, "Mahkeme'ye ayrılan pay ADÖ bütçesinin yalnızca %2.1'sidir ve Mahkeme bugün faaliyetlerini sürdürabiliyorsa bunu gönüllü bağışlara borçludur." demektedir. Bkz: **Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 2010**, s. 19, 89.

<sup>84</sup> Walter- Künzli, **The Law of International Human Rights Protection**, s. 209-210.



hükmedebilir<sup>85</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, bireysel başvurular açısından Sözleşme'nin 48 ila 50. maddeleri arasında öngörülen Komisyon aşamasındaki usuller tüketildikten sonra davanın Mahkeme önüne getirilebilmesi söz konusu olabilir.<sup>86</sup> Örneğin Mahkeme, *Viviano Gallardo et all*<sup>87</sup> davasında, Kosta Rika hükümetinin Komisyon'a başvurmadan doğrudan davanın Mahkeme önüne sunulması istemini kabul edilemez bulmuştur. Öte yandan, yalnızca aleyhine dava açılan devletin, Mahkeme'nin bağlayıcı yetkisini kabul etmesi halinde Mahkeme'nin yetkisi söz konusu olabilir. Devletin, Mahkeme'nin yetkisini tanıdığına ilişkin bildirisi bir şarta bağlı olmadan yapılabileceği gibi karşılıklılık şartına bağlı olarak belli bir süre ya da belirli davalara yönelik de yapılabilir.<sup>88</sup> Haliyle, Mahkeme'nin yetkisini kabul etmeyen bir devlet aleyhine yapılan başvuru yalnızca Komisyon tarafından değerlendirilebilecek, Mahkeme önüne getirilemeyecektir.

Şuan için, Amerikan Devletleri Örgütü üyesi 34 devletten 21'i Mahkeme'nin çekişmeli dava yetkisini kabul etmiştir. Bu devletler: Arjantin, Barbados, Bolivya, Brezilya, Şili, Kolombiya, Kosta Rika, Ekvator, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Meksika, Nikaragua, Panama, Paraguay, Peru, Dominik Cumhuriyeti, Surinam, Uruguay ve Venezüella'dır.<sup>89</sup> Trinidad Tobago ise önceleri Mahkemenin yetkisini tanımış iken 26.05.1998 tarihli fesih bildirimini ile sözleşmeye bağlı olma halini sona erdirmiştir<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan hakları**, s. 175-188.

<sup>86</sup> Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 1254.

<sup>87</sup> **Viviano gallardo et all Case** (1981), I/A Court H.R. Series A&B No.1 (1981) 2 Human Rights Journal 108.'den aktaran Trindade, "The Operation of the Inter-American Court of Human Rights", s. 136; ayrıca bkz: Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**, s. 194; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 1255.

<sup>88</sup> **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System**, s. 14; Trindade, "The Operation of the Inter-American Court of Human Rights", s. 135.

<sup>89</sup> Onaylama ve sözleşmeye katılım durumları için bkz: **Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 2010**, Annex 79.

<sup>90</sup> Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 1249.

#### **d. Mahkeme Önündeki Usul**

Mahkeme, oturumlar halinde toplanarak görevini yerine getirir. Bu bağlamda oturumlarda çeşitli faaliyetlerde bulunur. Bunlar içinde çekişmeli davalara ilişkin duruşmalar, çözümler, geçici önlemler, verilen kararların yerine getirilip getirilmediğinin gözetimi ve tavsiye görüşü verme gibi hususlar bulunur ve kararlar verilir. Bu bağlamda Mahkeme önündeki usul, çekişmeli davalar, geçici önlem kararları ve tavsiye görüşleri başlıkları altında incelenecektir.

#### **(1) Çekişmeli Davalar<sup>91</sup>**

##### **i. Genel Olarak**

Söz konusu davalara bakma yetkisi, Mahkeme'ye bir devletin Sözleşme'de veya Amerikalılar arası sistemde uygulanabilecek diğer insan haklarına ilişkin anlaşmalarda somutlaşan herhangi bir hakkı ihlal edip etmediğine karar verme kudretini sağlamaktadır. Sözleşme'nin 66.maddesi uyarınca taraf devletler ve Komisyon, bir davayı mahkeme önüne getirebilirler. Aynı madde uyarınca Mahkeme, Sözleşme'de korunan bir hak veya özgürlüğün ihlal edildiği sonucuna varırsa; ihlalden zarar gören kimsenin ihlal edilen hak veya özgürlüğünün teminini emreder. Mahkeme ayrıca, eğer uygunsa, ihlalin sonucu olarak ortaya çıkan sonuçların ortadan kalkmasını sağlamak üzere bu zararların tazmin edilmesine ve adil bir tazminat ödenmesine de karar verecektir. Sözleşme'nin 67.maddesi uyarınca, kararın anlam veya kapsamına ilişkin bir anlaşmazlık olduğu takdirde Mahkeme, taraflardan birinin kararın tebliğinden itibaren 90 gün içinde başvurması üzerine kararın anlamını açıklar<sup>92</sup>. Görüldüğü üzere, Amerika yarım küresinde insan haklarının efektif şekilde işlenmesi için Sözleşme'nin bölgedeki tüm ülkeler için tutarlı bir şekilde açıklanması, sistem tarafından önemsenmektedir<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> 2010 yılının sona ermesiyle birlikte 21 çekişmeli dava mahkeme önünde bulunmaktadır. 111 sonuçlanmış dava açısından da gözetim sürmektedir. Bkz: **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 81.

<sup>92</sup> **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 7.

<sup>93</sup> **A.e.**, s. 8.

2010 yılında 16 çekişmeli dava Mahkeme'ye sunulmuştur<sup>94</sup>. Öte yandan Mahkeme, aynı yıl 9 karar vermiştir<sup>95</sup>.

Mahkeme, önüne sunulan davaları mümkün olduğu kadar kısa sürede tamamlamak için hatırı sayılır bir çaba göstermektedir. Zira Sözleşme'de (m.8) vurgulanan "makul süre" prensibi, yalnızca devletlerin iç hukuklarında süregelen davalar açısından değil, insan haklarına ilişkin başvuruları sonuca bağlayan uluslararası mahkeme veya organlar açısından da geçerlidir. 2006 yılından 2010 yılına kadar Mahkeme önündeki bir çekişmeli dava süresinin ortalama 17,4 ay olarak belirlendiği ifade edilmektedir<sup>96</sup>. Bu süre de, davanın Mahkeme'ye sunulmasından tazmine ilişkin hükmün bildirilmesine kadar olan süredir.

## ii. Çekişmeli davalarda aleni duruşmalar

Mahkemenin çekişmeli dava yetkisi bağlamında bir karar verinceye değin sözlü ve yazılı birkaç aşamadan geçilir. Gerekirse sözlü olan ikinci aşama kapsamında her dava için genellikle bir buçuk gün süren aleni duruşma açılır. Duruşmada Komisyon, Sözleşme'nin 50.maddesinde öngörülen rapora ilişkin argümanlarını ve davanın sonuçlanması için önemli gördüğü hususları ileri sürer. Sonrasında Mahkeme, uzmanlar ile tanıkları dinledikten sonra sözü, mağdur oldukları iddia edilen kişilere veya temsilcilerine ve aleyhine başvuru devlete vererek davanın esasına ilişkin verilerin sunulmasını sağlar. Taraflar ayrıca replik ve

<sup>94</sup> *Case of Abrill Alosilla et al. v. Peru, Case of Gelman v. Uruguay, Case of Vera Vera et al. v. Ecuador, Case of Alicia Barbani Duarte, María del Huerto Breccia et al. (Depositors of the Banco de Montevideo) v. Uruguay, Case of Torres et al. v. Argentina, Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador, Case of Narciso González Medina et al. v. Dominican Republic, Case of Jorge Fernando Grande v. Argentina, Case of Gregoria Herminia Contreras et al. v. El Salvador, Case of the Barrios Family v. Venezuela, Case of Karen Atala and daughters v. Chile, Case of Néstor José and Luis Uzcátegui et al. v. Venezuela, Case of Raúl José Díaz Peña v. Venezuela, Case of Milagros Fornerón and Leonardo Aníbal Fornerón v. Argentina, Río Negro Massacre v. Guatemala, Case of Fontevecchia and D'Amico v. Argentina.*

<sup>95</sup> Mahkeme'nin yıllara göre düzenlenmiş tabloda gösterilen, önüne getirilmiş çekişmeli davalara ilişkin bkz: *Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010*, s. 9.

<sup>96</sup> *A.e.*, s. 9.

düplik dilekçelerini de sunabilirler. Tüm bunların ardından Komisyon, son mütalaasını sunar ve Mahkeme de taraflara son sorularını sorar.

2010 yılında Mahkeme, çekişmeli davalara ilişkin 11 aleni duruşma açmıştır. Bu duruşmalarda Mahkeme, mağdur olduğu ileri sürülen 15 kişiyi, 13 tanığı, 21 uzmanı dinlemiştir. Belirtmek gerekir ki söz konusu kimselerin dinlenmesi ve söylediklerine ilişkin sorular sorulması yaklaşık bir buçuk saat sürmektedir<sup>97</sup>.

### **iii. Çekişmeli davalarda kararların verilmesi ve verilen hükmün niteliği**

Müzakere süreci günlerce sürebileceği gibi, davanın karmaşık olup olmamasına göre askıya alınarak sonra da devam ettirilebilir. Bu aşamada, yargıçlar tarafından gözden geçirilen karar taslağı okunarak tartışma açılır. Öte yandan belirtmek gerekir ki Mahkeme, dava dilekçesinde ileri sürülen deliller ile yargılamanın tüm aşamalarında tarafların ileri sürdüğü iddia ve verileri göz önünde bulundurur. Ancak Mahkeme, dava henüz önüne gelmeden elde edilen Komisyon'un tespitleriyle bağlı değildir<sup>98</sup>. Eğer karar taslağında bir değişiklik yapılması istenirse yeni taslak, belirtilen görüşler çerçevesinde şekillendirilir. Kararlarda karşı oy yazıları da yazılır. Bu şekilde verilen karar nihai olup herhangi bir üst mercie başvurma imkânı yoktur<sup>99</sup>.

Mahkeme tazminata hükmedebileceği gibi eski hale iadeye de hükmedebilir. Bu bağlamda Mahkeme öncelikle, tarafların dostça çözüme ulaşabilmeleri için belli bir süre verir; eğer böyle bir çözüme ulaşılamazsa artık tazminin nasıl olacağına kendisi karar verir<sup>100</sup>. Mahkeme, ihlal bulunduğu takdirde genellikle tazminata hükmetmekte, tazmin açısından da

---

<sup>97</sup> **A.e.**, s. 3.

<sup>98</sup> Mahkemenin, Komisyon'un bulunduğu bilgiler ve bulguları kabul edip söz konusu hususu tekrar araştırmasının gerekli olup olmadığı yönünde bir tartışma vardır. Mahkeme her iki şekilde de hareket edebilmektedir. Avrupa ile kıyaslama açısından Komisyon'un faaliyetlerini sürdürdüğü zamanlarda Avrupa Mahkemesi'nin, Komisyonun bulgularını genelde kabul etmekte olduğu ifade edilmektedir, Harris, "Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement", s. 27, dipnot 147.

<sup>99</sup> **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 5.

<sup>100</sup> Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, s. 217-218.

genellikle benzer yollarla hareket etmektedir. Öncelikle insan haklarının ihlal edildiğini ilan etmekte; ikinci olarak tarafları tazminat üzerinde anlaşmaları amacıyla bir araya gelmeye davet etmektedir<sup>101</sup>. Öte yandan, Komisyon'a başvurmadan önce iç hukuk yolları tüketilirken yapılan adli ve idari harcamaların ödenmesine de karar vermektedir<sup>102</sup>.

Parasal olmayan tazminler açısından örnek vermek gerekirse mümkünse eski hale iade, mağdurların anısına kurumların ve sokakların mağdurun adı ile isimlendirilmesine, kararın yayımlanmasına, sağlık, eğitim gibi devlet hizmetlerinden ücretsiz yararlandırmaya hükmetme, ihlalin tekrarlanmaması için yasalarda değişiklik yapılması gerektiğinin belirtilmesi gibi uygulamalar gösterilebilir<sup>103</sup>. Mahkeme ve Komisyon aynı zamanda suçluların cezalandırılmasının sözleşme anlamında bir tazmin niteliğinde olduğunu kabul etmektedirler<sup>104</sup>.

Mahkemeye göre, hasara ilişkin olarak; kapsam, karakteristik ve yararlananlar açısından uluslararası hukuktaki kurallar geçerlidir. Bu bağlamda hasarın giderilmesine ilişkin karar yerine getirilirken söz konusu kararı değiştirecek şekilde yerel kurallara göre hasarın karşılanması mümkün değildir<sup>105</sup>.

#### iv. Kararın yerine getirilip getirilmediğine ilişkin yapılan gözetim

Mahkeme kararlarının uygulanması açısından Amerikalılar arası sistem, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi gibi gözlemci (*supervisory*) bir organı sağlamamaktadır. Her ne kadar mahkemenin kararları tarafları

<sup>101</sup> I/A Court H.R., **Case of Gangaram-Panday v. Suriname**. Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 21, 1994. Series C No. 16, Dinah Shelton, "Reparations in the Inter-American System", **The Inter American System of Human Rights**, Edited by David Harris and Stephen Livingstone, New York, Clarendon Press Oxford, 1998, s. 169.

<sup>102</sup> **A.e.**, s. 169.

<sup>103</sup> Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, s. 289.

<sup>104</sup> Söz konusu durum, Mahkeme önüne gelen bir çok davanın konusunun zorla kaybolma, işkence ve ölüme ilişkin olduğu göz önünde bulundurulduğunda mantıklıdır ve muhtemel ihlalleri caydırıcı özellik göstermektedir, Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, s. 153-154.

<sup>105</sup> I/A Court H.R., **Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras**. Interpretation of the Judgment of Reparations and Costs. Judgment of August 17, 1990. Series C No. 9, Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, s. 300.

açısından bağlayıcı da olsa (Sözleşme m.68), kararların uygulanması bakımından Avrupa'da olduğu gibi etkili olunamamaktadır.<sup>106</sup> Bu kapsamda Amerikalılar arası sistemde, kararlarının yerine getirilip getirilmediğinin gözetimi açısından Mahkeme öncelikle, ilgili devletten kararı uygulama yönünde yaptığı faaliyetlere ilişkin bilgi ister. Sonrasında da mağdur veya vekilleri ile Komisyon'un bilgisine başvurur. Mahkeme, bu amaçla duruşma da açabilir. Yaklaşık iki saat süren sözlü duruşmalarda taraf devlet, Mahkeme'nin vermiş olduğu kararın yerine getirilmesi hususundaki gelişmeleri sunarken; mağdur temsilcileri ve Komisyon da konuya ilişkin gözlemlerini Mahkeme'ye sunarlar. Tarafların replik ve düplik dilekçelerini sunma imkânları olduğu gibi, yargıçlar duruşmaya katılan taraflara sorular da sorabilirler<sup>107</sup>. Sonraki aşamada Mahkeme, ya devletin kararın gereğini yerine getirdiğine ya da getirmedikine karar verir. İkinci ihtimalde, Sözleşme'nin 65.maddesiyle uyumlu olarak yıllık raporunda Genel Kurul'u bilgilendirerek verdiği hükme uymayan devletleri belirtir<sup>108</sup> ve kararın yerine getirilmesi açısından tavsiyelerini sunar<sup>109</sup>. Bu bağlamda Mahkeme, 22 davaya ilişkin olarak kararlarının yerine getirilip getirilmediğini denetlemek üzere 1 aleni ve 14 özel duruşma açmış ve konu ile ilgili 40 adet karar vermiştir<sup>110</sup>. Bu konuyla ilgili olarak belirtmek gerekir ki, Mahkeme'nin ya da Mahkeme başkanının verdiği hükümler, Kosta Rika Cumhuriyeti'nin yargı ya da idare yetkililerine usul ve kuralına uygun olarak iletilindiğinde aynen Kosta Rika mahkemelerinin verdiği hükümlerin sahip olduğu etki ve yürürlük gücüne sahiptir<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> Harris, "Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement", s. 3; Shelton, **Remedies in International Human Rights Law**, s. 113.

<sup>107</sup> **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 5

<sup>108</sup> Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**,

<sup>109</sup> Ayrıca bkz. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Usul Kuralları m.69.

<sup>110</sup> **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 10.

<sup>111</sup> Bu imkan, Mahkeme ile Kosta Rika hükümeti arasında imzalanan anlaşma ile sağlanmıştır. Söz konusu anlaşma, Mahkeme ve üyeleri ile personelinin imtiyaz ve dokunulmazlıklarını da düzenlemektedir. Anlaşma metni için bkz: AG/RES.372 (VII-0/78), (Çevrimiçi) <http://www.corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf>, Erişim tarihi: 12 Aralık 2011(bu sitede anlaşmanın yalnızca İspanyolca metni bulunmaktadır.); Ayrıca bkz: Brewer-Carias, **Constitutional Protection of Human Rights in Latin America**, s.

Kararların yerine getirilip getirilmediğine ilişkin Mahkemece yapılan gözlem usulünün amacı, Amerikalılar arası insan hakları sisteminin temelinde yatan ilkelerin etkinliğinin sağlanması için Mahkemece verilen kararların uygulanmasını sağlamak ve Mahkeme tarafından belirlenen tazmin hükümlerinin uygulanmasını kolaylaştırmaktır<sup>112</sup>. Zira devletlerin kararlara uymaları, çoğunlukla Mahkeme'nin ısrarlı istekleri sonucu gerçekleşmektedir<sup>113</sup>. Bu amacı gerçekleştirmek için Mahkeme, taraf devlet ve mağdurları duruşmaya çağırarak kararlarının yerine getirilip getirilmediğini gözlemler ve bu hususta Komisyon'un görüşünü dinler. Ayrıca bazı özel davalarda Mahkeme, hükmettiği tazminin devlet tarafından yerine getirilmesine yardımcı olmak üzere oldukça ayrıntılı, yol gösterici bilgiler ve kriterler sunarak kararının yerine getirilmesini sağlar<sup>114</sup>. Mahkeme, söz konusu faaliyetine ilişkin olarak 2007 yılından bu yana duruşmalar açmaktadır ve bu usul oldukça pozitif sonuçlar doğurarak ADÖ Genel Kurulu'nun övgülerini almıştır<sup>115</sup>.

## (2) Geçici Önlem Kararları<sup>116</sup>

### i. Genel Olarak

Mahkeme bu yetkisini Komisyon'un istemi üzerine, henüz önüne getirilmemiş davalar açısından kullanabileceği gibi,<sup>117</sup> önündeki davalar

188; **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System**, s. 15.

<sup>112</sup> **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 4.

<sup>113</sup> Darren Hawkins- Wade Jacoby, "Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter American Courts of Human Rights", **Journal of International Law and International Relations**, Vol. 6, No. 1, University of Toronto, Kanada, 2010, s. 56.

<sup>114</sup> **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 4.

<sup>115</sup> Resolution, AG/RES, 2587 (XL-O/10); bkz: **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 5.

<sup>116</sup> Geçici önlem kararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Semih Gemalmaz, **Provisional Measures of Protection in International Law: 1907-2010**, İstanbul, Legal Yayınları, 2011, tüm kitap.

<sup>117</sup> Örneğin bkz: I/A Court H.R., **Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras**. Merits. Judgment of July 29, 1988. Series C No. 4.

açısından da kullanılabilir.<sup>118</sup> Sözleşme'nin 63. maddesi uyarınca son derece tehlikeli ve acil durumlarda, kişilerin maruz kalabileceği telafisi imkânsız zararlardan kaçınmak amacıyla söz konusu kararlar Mahkemece verilebilir. Ancak tekrar belirtelim ki eğer dava henüz Mahkeme önünde değilse ancak Komisyon'un istemi ile Mahkeme bu yetkisini kullanabilir. 2010 yılında geçici önlem verilmesi amacıyla Mahkeme'ye 12 kez başvurulmuş<sup>119</sup>, bunlardan 7'si olumlu sonuçlanmıştır. Öte yandan aynı yılda, önceki yıllarda verilen söz konusu tedbirlerden biri tamamen, 5'i de kısmen kaldırılmıştır<sup>120</sup>.

## ii. Geçici Önlem kararlarına ilişkin Duruşmalar

Yaklaşık iki saat süren geçici önlemlere ilişkin duruşmalarda, söz konusu tedbirlerden yararlanacak olanların temsilcileri ile Komisyon'a geçici önlem kararı verilmesini gerektiren bir durumun olup olmadığını kanıtlama imkânı verilirken aleyhine başvuru devletinin de söz konusu tedbirlerin gerekmediğini ispat etmesi beklenir. Çekişmeli davalara ilişkin diğer duruşmalarda olduğu gibi; temsilciler, Komisyon ve aleyhine başvuru devleti replik ve düplik dilekçelerini verdikten sonra, yargıçlar duruşmaya katılan kimselere sorular sorabilirler. Ancak belirtmek gerekir

<sup>118</sup> Örneğin bkz: I/A Court H.R., **Case of Genie-Lacayo v. Nicaragua**. Preliminary Objections. Judgment of January 27, 1995. Series C No. 21; Trindade, "The Operation of the Inter-American Court of Human Rights", s. 145.

<sup>119</sup> **Request for provisional measures in the matter of Four Ngöbe Indigenous Communities and their Members (Panama), Provisional measures in the matter of Wong Ho Wing (Peru), Request for provisional measures in the matter of Belfort Istúriz et al.(Venezuela), Request for provisional measures in the matter of Juan Almonte Herrera et al. (Dominican Republic), Request for provisional measures in the matter of COFAVIC (case of El Caracazo) (Venezuela), Request for provisional measures in the matter of the Interchurch Commission of Justice and Peace (Colombia), Request for provisional measures in the matter of Alvarado Reyes et al. (Mexico), Request for provisional measures in the matter of Gladys Lanza Ochoa (Honduras), Request for provisional measures in the matter of the Aragua Detention Center "Tocorón Prison" (Venezuela), Request for provisional measures in the matter of María Lourdes Afiuni (Venezuela), Request for provisional measures in the matter of José Luis Galdámez Álvarez et al. (Honduras), Request for provisional measures in the matter of the Socioeducational Internment Unit (Brazil).**

<sup>120</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 13-14.



ki Mahkeme, yalnızca tarafların kendisine sunduğu verilerle yetinmez. Son olarak da Mahkeme, geçici önleme gerek olup olmadığına ve gerekiyorsa ne olması gerektiğine karar verir. Örnek vermek gerekirse 2010 yılında Mahkeme, geçici önlemlere ilişkin 10 duruşma açmış ve 36 adet geçici önlem kararı vermiştir<sup>121</sup>.

### (3) Tavsiye Görüşleri

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin sunduğu, insan hakları alanında tavsiye görüşünde bulunma usulü, çekişmeli olmayan bir mekanizmadır<sup>122</sup>. Bu bağlamda Örgüte üye herhangi bir devlet, sözleşmenin veya Amerikan devletlerindeki insan haklarının korunmasına ilişkin diğer anlaşmaların yorumu için Mahkeme'ye başvurabilir. Söz konusu danışma hakkına Örgüt Şartı'nın 10.bölümünde belirtilen organlar da her birinin yetkili olduğu alanla ilgili olarak sahiptir<sup>123</sup>. Ayrıca herhangi bir üye devletin istemi üzerine Mahkeme, herhangi bir üye devletin ulusal hukukunun, bahsettiğimiz uluslararası sözleşmelere uygunluğu hususunda da görüşte bulunabilir. Bu yetki, Sözleşme'nin 64.maddesine göre, ADÖ üye devletlerinin veya Örgüt organlarının Mahkeme'ye danışmaları üzerine kullanılır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, tavsiye görüşü isteme yetkisi yalnızca Sözleşme'ye taraf devletlere tanınmamıştır. Herhangi bir ADÖ üyesi devlet bu şekilde Mahkeme'den tavsiye görüşü isteyebilir<sup>124</sup>. Taraf devletler ayrıca iç hukuklarının söz konusu uluslararası belgelere uygun olmadıkları hususunda da Mahkemeden hukuki mütalaa alabilirler<sup>125</sup>. Dolayısıyla, sürekli yargı yetkisinin kullanılması isteminden farklı olarak, tavsiye görüşü isteyecek devletin sözleşmeyi onaylaması (taraf olması) koşulu aranmamış, ADÖ'ne üye olması yeterli görülmüştür<sup>126</sup>.

<sup>121</sup> A.e., s.4.

<sup>122</sup> Walter- Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, s. 238.

<sup>123</sup> *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, s. 14.

<sup>124</sup> *Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010*, s. 13.

<sup>125</sup> Walter- Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, s. 238.

<sup>126</sup> Brewer-Carias, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, s. 196; Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 64.maddesi uyarınca sahip olduğu tavsiye görüşü verme yetkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu hususta sahip olduğu yetkiye

### e. Hukuki Yardım Fonu<sup>127</sup>

Söz konusu fonun amacı Amerikalılar arası sisteme maddi yoksunluklar sebebiyle başvuramayanların sisteme kolayca erişmelerini sağlamaktır. Dava, Mahkeme önüne sunulduğundan itibaren yargılamanın gerektirdiği maliyetleri karşılamaya gücü olmayan kimseler söz konusu fona başvurabilirler. Böylelikle, fona başvuran kimsenin mahkeme masrafları, başvurusu kabul edildiği takdirde fon tarafından karşılanacaktır. Mağdur olduğu iddia edilen kimsenin bu yardımdan yararlanıp yararlanmayacağına ise Mahkeme karar verecektir. Söz konusu fona ilişkin usul kurallarının<sup>128</sup> kabul edilmesinin, Amerikalılar arası adaletin ufkunu genişletecek şekilde, yeterli maddi olanaklara sahip olmayan kimselerin Mahkeme'ye erişimlerini sağlamak amacıyla atılan dev bir adım olarak değerlendirilebilir<sup>129</sup>. Usul kuralları gereğince, bu yola başvurmak isteyen kimselerin Mahkeme'yi dilekçe ve kanıtları ile birlikte bilgilendirmeleri gerekir (m.2). Bu yolda Mahkeme, yemin teklif edebilir. Mahkeme Sekreterliği, ilk başvuruyu aldıktan sonra ilk incelemeyi yapar ve başvuruyu Mahkeme başkanına sunmadan önce eksik bir bilgi varsa tamamlanması için başvurucuya çağrıda bulunur. Başkan, her başvuruyu ayrı ayrı değerlendirerek kabul edilebilir olup olmadığını ve eğer başvuru kabul edilebilir ise ne tür masrafların fon tarafından karşılanacağını belirler(m.3).

Söz konusu fonun yönetimi Mahkeme Sekreterliği'nin görevine girer. Sekreterlik, bir başvurunun Mahkeme başkanı tarafından kabul edilebilir bulunduğu kendisine bildirilmesiyle başvuru için bir masraf dosyası açar (m.4). Mahkeme, dava hakkında karar verirken de söz

---

kıyasla oldukça geniş olduğu ifade edilmektedir. Bkz: Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**, s. 204.

<sup>127</sup> Söz konusu fon ADÖ Genel Kurulu kararı ile yaratılmıştır. Bkz: Resolution AG/RES. 2426 of June 3, 2008; Konuya ilişkin ADÖ Sürekli Konsey kararı için bkz: Resolution CP/RES. 963 of November 11, 2009.

<sup>128</sup> Rules for the Operation of the Victims' Legal Assistance Fund of the Inter-American Court of Human Rights, done at the seat of the Inter-American Court of Human Rights in San José, Costa Rica, on February 4, 20, (Çevrimiçi) <http://www.corteidh.or.cr/reglamentov.cfm>, Erişim tarihi: 04 Aralık 2011.

<sup>129</sup> **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 17.

konusu fondan yapılan harcamaların aleyhine başvuruda bulunulan devlete yükletilip yükletilmeyeceğine karar verir (m.5).

Öte yandan Mahkeme Usul kuralları m.37 uyarınca, Mahkeme'ye başvuran kimsenin avukatı yoksa kendisini tüm yargılamada temsil edecek bir avukatın atanmasına Mahkeme karar verebilir. Söz konusu yardım hiçbir ücrete tabii değildir. Yalnızca, savunma için gereken masraflar fondan karşılanır<sup>130</sup>.

Şüphesiz fon, evrensel değere sahip insan haklarının korunması amacına hizmet etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme ile Norveç Dışişleri Bakanlığı arasında yapılan anlaşma uyarınca Norveç, fona 210.000\$ bağış yapmayı taahhüt etmiş ve 2010 yılında bu taahhüdünün 1/3'ünü yerine getirmiştir. Kolombiya da söz konusu fona şimdiye değin 25.000\$ bağışta bulunmuştur ki bu ülkenin fona bağışta bulunan tek ADÖ üyesi devlet olduğunu belirtelim<sup>131</sup>.

#### f. Diğer Faaliyetler

Mahkeme, belirttiğimiz faaliyetlerinin yanı sıra birçok eğitim ve bilgilendirme aktivitelerinde de yer almaktadır. Örnek vermek gerekirse 2010 yılında, lisans mezunları için İnsan hakları ve Adil Yargılanma Hakkı isimli kurs düzenlenmiş, Escuela, Kolombiya idaresi ile imzalanan anlaşma çerçevesinde insan hakları ile ilgili ortak çalışmalar yürütülmüş, devlet görevlilerinin eğitimi amacıyla kurslar ve yine aynı amacı güden seminerler ile Kosta Rikalı avukatlar için Mahkeme'nin içtihadi hukukuna ilişkin eğitim toplantıları düzenlenmiştir. Öte yandan Mahkeme, *Diálogo Jurisprudencial* adında yıllık karar dergileri çıkarmakta ve insan haklarına ilişkin birçok farklı kitap yayımlamaktadır<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> Ayrıca bkz: Draft Resolution Guarantees for Access to Justice. The Role of Official Public (Agreed upon by the Permanent Council at its meeting of May 25, 2011), (Çevrimiçi) <http://www.scm.oas.org>, Erişim tarihi: 04 Aralık 2011; **Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2010**, s. 18.

<sup>131</sup> **A.e.**, s. 18.

<sup>132</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: **A.e.**, s. 22-26.

## SONUÇ

İnsan haklarının korunması açısından Amerikalılar Arası Sistem belli bir olgunluğa ulaşmış ve başarılı sonuçlar doğurmuştur. Özellikle Mahkeme, insan hakları ihlallerinin yol açtığı zararların tazmini ile devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında soruşturma ve insan hakları ihlallerini cezalandırma yükümlülükleri açısından, oldukça güçlü kararlar ile tavsiye görüşleri vermiş ve insan haklarının gelişmesine katkıda bulunmuştur. Ayrıca, Amerikan ülkeleri hukuklarının hiç değilse insan hakları alanında yeknesaklaşması ve özellikle tavsiye görüşleri aracılığıyla usul ekonomisinin sağlanması da kayda değer gelişmeler olarak dikkat çekmektedir<sup>133</sup>.

Soğuk Savaş süreci boyunca hem ABD hem de Sovyetler Birliği, insan haklarına ilişkin ihlallere yönelik ithamları birbirlerini kötümek için politik birer gereç olarak kullandıkları için Birleşmiş Milletler, insan haklarını koruma konusunda bölgesel organizasyonlar kadar başarılı olamamıştır<sup>134</sup>. Soğuk Savaş sona erdikten sonra da bu durumun pek değiştiğini söylemek mümkün değildir. Ancak bu durum, bölgesel organizasyonların tümünün aynı başarıyı gösterdiği anlamına da gelmemektedir. Zira Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi, özellikle Avrupa sistemi ile kıyaslandığında koruma mekanizmaları açısından tatmin edici değildir. Şöyle ki, Örgüte üye ülkelerin bir bölümü Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'ni henüz onaylamamış; bir kısmı da Sözleşme'yi onaylamasına rağmen Mahkeme'nin yetkisini tanımamıştır. İnsan hakları açısından bu durum birçok ülkede yaşayanların Amerikalılar arası sistemden kaynaklanan haklarının korunması açısından yetersiz kalmaktadır. Zira Mahkeme, sözleşmenin uygulanması halinde sistemin evrensel bir boyut kazanacağını farkında olduğu gibi; sözleşmeyi onaylamayan devletlerin bölgesel ideale uyumlu bir insan hakları korunmasını sağlayamadıklarının da farkındadır<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Walter- Künzli, **The Law of International Human Rights Protection**, s. 238.

<sup>134</sup> Martin v.d., **International Human Rights and Humanitarian Law Treaties, Cases and Analysis**, s.6.

<sup>135</sup> Shelton, **Regional Protection of Human Rights**, s. 1030.

Bazıları, Sözleşme'nin birçok özel hükmünden yararlanırken; bazıları yalnızca Bildiri'den medet ummakta; yine bazıları Mahkeme önünde uluslararası çekişmeli dava usullerine göre haklarını arayabilirken, bazıları yalnızca Komisyon'un eline bakmaktadır. Öte yandan, Amerikalılar arası sistem her ne kadar tüm bölge için öngörülmekteyse de; ABD-Kanada ve diğerleri arasında adeta bir "uçurum" söz konusudur. Hatta bir iddiaya<sup>136</sup> göre, Komisyon'un raporları ve Mahkeme'nin kararları okunduğunda okuyan şu fikre kapılacaktır ki sistem esas itibariyle Latin Amerikan sistemidir<sup>137</sup>. ABD ve Kanada arada sırada raporlarda gözükmektedirler. Bu durum da Avrupa Konseyi ve Afrika Birliği ile karşılaştırıldığında insan hakları sözleşmelerinin onaylanması ve bölgesel mahkemelerin yetkisinin tanınması açısından sistemin yetersiz olduğunu göstermektedir<sup>138</sup>. Ayrıca hiç şüphe yok ki Amerikalılar arası sistemde, gözetim ve kararların uygulanmasına yönelik daha etkili bir uygulama da gerekmektedir<sup>139</sup>.

Ancak her türlü olumsuzluğa rağmen sistem, doğurduğu sonuçlar itibariyle, Amerikan yarıküresinde insan haklarının korunması ve geliştirilmesi adına oldukça yararlı olmuştur. Ayrıca, Amerikalılar Arası Sistem'de şuan için var olan ikili mekanizmanın Avrupa İnsan Hakları Sistemi'nin erken dönemlerinde uygulanan düalist yapıya (Komisyon ve Mahkeme) olan benzerliği göz önünde bulundurulduğunda; Amerikalılar Arası Sistem'in, gelecekte en azından şuan ki Avrupa Sistemi seviyesinde koruma sağlayabileceği öngörülebilir. Öte yandan, her ne kadar Amerikalılar Arası Sistem, Türk Hukuku'nda hak ettiği ilgiye henüz ulaşmamış olsa da, hem Avrupa Sistemi'nin erken dönemine olan benzerliği hem de Avrupa Sistemi ile karşılaştırma imkânı vermesi açısından oldukça yararlı olabilir.

<sup>136</sup>Harris, "Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement", s. 4.

<sup>137</sup>Walter- Künzli, **The Law of International Human Rights Protection** adlı eserde sürekli olarak "(latin) American level" ibaresinin kullanılması da bu anlamda manidardır. Ayrıca bkz: Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**, tüm kitap.

<sup>138</sup>**A.e.**, s. 1031.

<sup>139</sup>Ariel Dulitzky, "The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time for Changes", **Quebec Journal of International Law (Special Edition)**, 2011, s. 162.

## KAYNAKÇA

- Bloom, Barbara Lee:** The Organization of American States, New York, Infobase Publishing, 2008.
- Brewer-Carias, Allan.R:** Constitutional Protection of Human Rights in Latin America, United States of America, Cambridge University Press, 2009.
- Buergenthal, Thomas:** “The Inter-American System for the Protection of Human Rights”, Human Rights in International Law-Legal and Policy Issues, edited by Theodor Meron, United States of America, Clarendon Press Oxford, 1989 (First published-1984, Issued as paperback-1985, Reprinted-1988,1989), pp. 439-493.
- Dulitzky, Ariel:** “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time for Changes”, 2011, Quebec Journal of International Law (Special Edition), 127, pp.127-164.
- García-Sayán, Diego:** “The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America”, Texas Law Review, Vol. 89:1835, 2011, University of Texas at Austin School of Law Publications, Austin, 2011, pp.1835-1862.
- Gemalmaz, Mehmet Semih:** Latin Amerika’da İnsan Hakları, 3.basım, İstanbul, Kavram Yayınları, 1994.
- Gemalmaz, Mehmet Semih:** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri- I.Cilt Bölgesel Sistemler, İstanbul, Legal Yayınları, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih:** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7.baskı, İstanbul, Legal Yayınları, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih:** Provisional Measures of Protection in International Law: 1907-2010, İstanbul, Legal Yayınları, 2011.
- Harris, David:** “Regional Protection of Human Rights: The Inter American Achievement”, The Inter American System

of Human Rights, edited by David Harris and Stephen Livingstone, New York, Clarendon Press Oxford, 1998, pp. 1-29.

- Hawkins, D.- Jacoby, W.:** “Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter American Courts of Human Rights”, Journal of International Law and International Relations Vol. 6, No. 1, pp. 35-85, University of Toronto, Canada, 2010.
- Kalin, Walter- Künzli Jörg:** The Law of International Human Rights Protection, New York, Oxford University Press, 2009.
- Kinley, David:** Civilising Globalisation: Human Rights and the Global Economy, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Martin, F. F.; Schnably, S. J.:** International Human Rights and Humanitarian Law, New York,
- Wilson, R. J.- Simon, J.S.;** Cambridge University Press, 2006. Tushnet, M.V.
- Provost, René:** International Human Rights and Humanitarian Law, New York, Cambridge University Press, 2002.
- Shelton, Dinah:** Regional Protection of Human Rights, New York, Oxford University Press, 2008.
- Shelton, Dinah:** Remedies in International Human Rights Law, United States of America, Oxford University Press, 2006 (Second edition).
- Shelton, Dinah:** “Reparations in the Inter-American System”, The Inter American System of Human Rights, edited by David Harris and Stephen Livingstone, New York, Clarendon Press Oxford, 1998, pp. 151-172.
- Trindade, A.A. Cançado:** “The Operation of the Inter-American Court of Human Rights”, The Inter American System of Human Rights, edited by David Harris and Stephen Livingstone, New York, Clarendon Press Oxford, 1998, pp. 133-149.

## **DiğER**

Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2010, General Secretariat Organization of American States, Washington, D.C., 2011

Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 2010, Organization of American States Inter-American Court of Human Rights, San Jose, Costa Rica, 2011

Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System (updated to february 2011), Secretariat of the Inter-American Court of Human Rights, San Jose, Costa Rica, 2011



## TİP GEMİ İNŞA SÖZLEŞMELERİNDE GARANTİ BORCU

Aslıhan Erbaş Açıknel\*

### ÖZET

Tersanecinin, teslim tarihinden itibaren başlayacak belirli bir süre için gemide ortaya çıkabilecek ayıplara karşı garanti taahhüdünde bulunması, gemi inşa sözleşmelerinde sıkça başvurulan bir uygulamadır. Bu taahhüt kapsamında tersaneci, tüm masraflar kendisine ait olmak üzere ayıpları gidermeyi ve gerekli tamiratyı yapmayı üstlenmektedir. Bunun karşılığında ise, kâr kaybı gibi zararlar da dâhil olmak üzere, geminin kullanılmamasından kaynaklanan, tüm zararlara iş sahibi katlanmakta ve iş sahibinin sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesini talep etme hakları kaldırılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Tersaneci, İş sahibi, Gemi İnşa Sözleşmesi, Gemi, Ayıp, Tamir, Garanti Borcu.

### QUARANTEED LIABILITYIN TYPE OF SHIPBUILDING CONTRACTS

#### ABSTRACT

Under most of the shipbuilding contracts, the builder provides a warranty of quality against defects for a certain period starting from the date of delivery of the vessel. Under warranty of quality the builder undertakes to rectify the defects at his own cost. In return for the owner shall bear any incidental expenses and losses, including loss of profit resulting from the loss of use of the ship. Furthermore the owner shall not be entitled to use his rights of termination and reduction in price.

**Keywords:** Shipyard, Ship-owner, Shipbuilding Contract, Ship, Defect, Warranty.

---

\* Aslıhan Erbaş Açıknel, İstanbul Barosuna kayıtlı Serbest Avukat Email: [aslihan.erbasm@avklaw.com](mailto:aslihan.erbasm@avklaw.com).

## İ.GİRİŞ

Bir geminin inşası yüksek sermaye yatırımı ve uzun süreli emek yoğun bir çalışmayı gerektirmektedir. Bu nedenle gemi inşasına ilişkin sözleşmeler, taraflar arasındaki menfaatler dengesini paylaşırarak şekilde son derece detaylı hükümler içerir. Gemi inşa sözleşmelerinin bu niteliği, uluslararası uygulamada sözleşme hükümlerinin standartlaştırılmasını sağlayan tip sözleşmelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Günümüzde pek çok gemi inşa sözleşmesi, genellikle bölgesel nitelikteki tersaneci birliklerinin oluşturduğu tip sözleşmeler esas alınarak hazırlanmaktadır. Gemi inşa sektöründe kullanılan belli başlı tip sözleşmeler AWES<sup>1</sup>, SAJ<sup>2</sup>, NSF<sup>3</sup> ve NEWBUILDCON<sup>4</sup> formlarıdır.

İnşa edilen geminin ayıplı olması halinde iş sahibinin sahip olacağı hakları düzenleyen tip sözleşme maddeleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK) ayıba karşı tekeffül hükümlerinden ayrılmaktadır. Örneğin tip sözleşmelerde teslimden sonra ortaya çıkan ayıplara ilişkin olarak tersanecinin<sup>5</sup> “garanti borcu” düzenlenmekte ve bu kapsamda diğer kanuni haklardan vazgeçilmektedir.

<sup>1</sup> Bu form, 1972 yılında Batı Avrupa Tersaneciler Birliği (*Association of Western Europe Shipbuilders*) tarafından hazırlanmış olup, Avrupa’da, özellikle Almanya, Finlandiya, Fransa, İtalya ve Yunanistan’da geniş ölçüde uygulanmaktadır.

<sup>2</sup> Bu form, Japon Tersaneciler Birliği (*Shipbuilders Association in Japan*) tarafından hazırlanmış olup, Güney Kore, Çin, Singapur ve Tayvan’da kullanılan formların da temelini oluşturmaktadır.

<sup>3</sup> Norveç Gemi Donatanları Birliği ve Tersaneciler Birliğinin ortak çalışması sonucunda hazırlanan ve 1999 yılında yayınlanan bu form, SAJ ve AWES formlarında yer alan hükümlerin karma bir niteliği taşımaktadır.

<sup>4</sup> BIMCO tarafından geliştirilen ve 5 Temmuz 2007 tarihinde resmi olarak kabul edilen bu form günümüzde yaygınlık kazanmaya başlamıştır.

<sup>5</sup> Gemi inşası, bu branşta uzman gemi inşaat firmaları tarafından gerçekleştirilir. Uygulamada gemi inşaat firmasını tanımlamak amacıyla, “tersane” ya da “tersane sahibi” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. “Tersane” kavramı için bkz. *Kender, R./Çetingil, E.: Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları İle Birlikte) Temel Bilgiler*, B. 8, İstanbul 2007, s. 56. “Tersane sahibi” kavramı için bkz. *Kaner, İ. D.: Deniz Ticareti Hukuku, (Giriş-Gemi-Donatan ve Donatma İştiraki-Kaptan)*, İstanbul 2001, s. 27. Ayrıca TTK m. 987/I ve 992/I (a) ile TK m. 859/17y, 860/II, 862/I, 863/I metinlerine de “tersane sahibi” ifadesi kullanılmaktadır. Tersane sahibi, gemi inşa sözleşmesine taraf olan kişiyi tarif etmek yerine, daha çok ilgili tesisin mülkiyetinin kime ait olduğunu göstermektedir. Ayrıca gemi inşa borcunu üstlenen kişinin muhakkak tersane sahibi olması gerekmez; bu kişi başkasına ait bir tersanede de bu borcunu ifa

Bu makalede kanundan ayrılan hükümler içeren garanti borcunun kapsam ve sonuçları irdelenmiştir. Bu maksatla ilk olarak gemi inşa sözleşmesi hakkında kısaca bilgi verilmiş ve hukuki niteliği ortaya konmuştur. Devamında ayıba karşı tekeffül borcuna değinilmiş ve bu borcun tip sözleşmelerdeki düzenleniş tarzından söz edilmiştir. Son olarak tersanecinin garanti borcunun şartları ile hüküm ve sonuçlarına yer verilmiştir.

## II. GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİNE GENEL BİR BAKIŞ

Gemi inşa sözleşmesi, uygulamada iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Birinci halde, gemi yaptırmak isteyen, malzemeyi kendisi vermekte ve yalnızca işin görülmesi tersanecinin uhdesine bırakılmaktadır (*şartnameli inşa*<sup>6</sup> ya da *taahhüt suretiyle inşa sözleşmesi*<sup>7</sup>). İkinci halde ise, tersaneci kendi emrindeki işçiler ve temin edeceği malzeme ile gemi inşasını taahhüt etmektedir (*götürü inşa sözleşmesi*)<sup>8</sup>. Bu anlamda gemi inşa sözleşmesini, *tersaneci ile iş sahibi arasında, tersanecinin, iş sahibince ödenmesi taahhüt olunan bedel karşılığında, bir gemi inşa ederek, iş sahibine teslim etmeyi taahhüt ettiği bir sözleşme* olarak tanımlamak mümkündür.

Bir sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti, sözleşmeye uygulanacak kanuni hükümlerin belirlenmesi açısından önem taşır. Gemi inşa sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda, *imal edilecek şeyler hakkındaki satım sözleşmesi*<sup>9</sup> ve *eser sözleşmesi*<sup>10</sup> görüşleri öne çıkmaktadır. Bu

---

edebilir. Tersane ise, tersanecinin edimini ifa ettiği, yani geminin inşa olduğu yerdir. İnşaat sözleşmelerinde kullanan müteahhit veya yüklenici kavramları ise, genel olarak eser sözleşmesinde eseri imal etmekle yükümlü tarafı tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır. Makalede, gemi inşa sözleşmesinde gemiyi inşa etme işini üstlenen kimseyi daha özel bir terimle ifade etmenin daha uygun olacağı kanaatiyle, bu kavramlar yerine geminin inşasını taahhüt eden kişi anlamında “*tersaneci*” teriminden yararlanılmıştır.

<sup>6</sup> Okay, S.: Deniz Ticareti Hukuku, I, Giriş – Gemi, Donatan ve Donatma İştiraki, Gemi Adamları, B. 3, İstanbul 1970, s. 162.

<sup>7</sup> Wahl, A. (Çev. Berker, K.): Deniz Ticaret Hukuku, Nazari ve Ameli, Ankara 1948, N. 43.

<sup>8</sup> Gelenbeg, M. H.: Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul 1938, s. 42; Okay, s. 162; Wahl, N. 43.

<sup>9</sup> Okay, s. 164. Gemi inşa sözleşmesi, Fransız ve İngiliz Hukukları bakımından da imal edilecek şeyler hakkındaki satım akdi (*vente à livrer*) olarak nitelendirilmektedir. Fransız hukuku için bkz. Govare, J. P.: “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection with Finance and Security”, International Bar Association, Sixth

görüşlerden hangisinin üstün tutulacağı ise sözleşme ile üstlenilen temel borçların ortaya konmasına bağlıdır.

Gemi inşa sözleşmesi, genellikle özel bir plan gereğince imal edilen ferden muayyen bir geminin inşasını konu almaktadır<sup>11</sup>. Bu tür bir sözleşmede, inşa edilecek geminin özellikleri iş sahibinin hususi arzularına ve ihtiyaçlarına göre belirlenmektedir. Bu kapsamda tersanecinin gemiyi ne şekilde inşa edeceği, hangi malzemeyi kullanacağı, alt yüklenici kullanıp kullanamayacağı, inşa sonucu oluşacak geminin hangi hıza, ağırlığa ve sair özelliklere sahip olacağı sözleşmede açıkça düzenlenmektedir. Ayrıca iş sahibi, inşa sırasında, tersanecinin faaliyetlerini sürekli olarak denetim altında tutmakta, hatta bu denetimini daha sağlıklı bir şekilde gerçekleştirebilmek amacıyla, tersanede çoğu zaman daimi bir temsilci bulundurmaktadır. Bu temsilci, inşa için kullanılacak olan malzemeyi ve her türlü inşa işinin yürütülmesini denetlemekte; tespit ettiği aykırılıklara anında müdahale imkânına sahip olmaktadır. Bu türden kayıtlar tersanecinin imal, yani iş görme borcunu öne çıkarmaktadır. Buna karşın nadiren de olsa tersanecinin standart

---

Conference, Oslo 1956, s. 43. İngiliz hukuku bakımından bkz. *Mandaraka-Sheppard*, A.: *Modern Admiralty Law With Risk Management Aspects*, London-Sydney 2001, s. 414; *Lawson H. B./Norton*, J. E.: “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 33; *Hill*, C.: *Maritime Law*, 6<sup>th</sup> Ed., London Hong Kong 2003, s. 75; *Hodges, S./Hill*, C.: *Principles of Maritime Law*, London - Hong Kong 2001, s. 66; *Clarke*, M. A.: *Shipbuilding Contracts, A Comparative Analysis of Contracts in the Major Maritime Jurisdictions*, Comite Maritime International, 2<sup>nd</sup> Ed., London 1992, s.14; 1958 tarihli *McDougall v. Aeromarine of Emsworth Ltd.* davasında “... gemi inşa sözleşmesi her ne kadar bir geminin yapımı sözleşmesi formunda olsa da bu sözleşme hukukumuzda satım sözleşmesidir” denilerek gemi inşa sözleşmesinin satım sözleşmesi niteliği taşıdığı açıkça ifade edilmiştir. *McDougall v. Aeromarine of Emsworth Ltd.* [1958], 2 Lloyd’s Rep. 345; Ayrıca *Reid v. Macbeth and Gray* [1904] A.C. 223; *Sir James Laing & Sons Ltd v. Barclay, Curle & Co. Ltd.* [1908] A.C. 35 ve *Re Blyth Shipbuilding and Dry Docks Company* 1926 1 Ch. 494. Bkz. *Curtis*, S.: *The Law of Shipbuilding Contracts*, 3<sup>rd</sup> Ed., London 2002, s. 1.

<sup>10</sup> Yarg. HGK, 19.12.1951, E. T. 128-42, K. 138 sayılı karar için bkz. *Olgaç*, S.: *Kazâi ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu*, Cilt II, B. 2, İstanbul 1970, s. 1043; Yarg. 15. HD, 20.06.2005, E. 2004/6389, K. 2005/3666. Gemi inşa sözleşmesi, İtalya, Japon, Kore, Yunanistan ve Yugoslavya hukuklarında da, eser sözleşmesi (*contract for work and materials*) olarak nitelendirilmektedir. Bkz. *Clarke*, s. 15, 16.

<sup>11</sup> *COM* (1999), s. 9.

tasarımına göre seri halde yapılan *nev'en muayyen bir geminin inşası* da söz konusu olabilir<sup>12</sup>. İş sahibinin üretimle ilgili herhangi bir söz hakkına sahip olmadığı, denetim yapamadığı, geminin tersanecinin standart plan ve tasarımlarına uygun olarak inşa edildiği bu gibi hallerde ise temlik borcu öne çıkmaktadır.

Bu anlamda, sipariş üzerine *ferden muayyen bir geminin inşasını* konu edinen ve iş görme borcunun öne çıktığı sözleşmelerin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulü gerekir<sup>13</sup>. Bununla birlikte istisna en de olsa seri halde yapılan *nev'en muayyen bir geminin inşasını* konu edinen ve temlik borcunun ağırlık kazandığı sözleşmeleri ise, imal edilecek şeyler hakkındaki satım sözleşmesi olarak nitelendirmek uygun düşer<sup>14</sup>.

Gemi inşa sözleşmesinin kurulması ile birlikte tersaneci, sözleşmeye uygun şekilde bir gemi inşa etmeyi ve tamamladığı bu gemiyi, iş sahibine teslim etmeyi üstlenmektedir. Gemi inşa sözleşmesinde tersanecinin borçları, esas itibariyle Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesi kısmında düzenlenmiş olan yüklenicinin borçları ile aynıdır. Ancak gemi inşa uygulamasında, bu sözleşmenin kendine özgü yapısından kaynaklanan bir takım borçlara, örneğin geminin tasarımı ile deneme yüzüşlerini yapma borçlarına ayrıca yer verilmekte ve birtakım borçlarında ise, özellikle ayıba karşı tekeffül borcu ile ilgili olarak, yüklenicinin borçlarından farklı düzenlemelere gidilmektedir.

<sup>12</sup> Nehir gemilerinden Volgabalt ve Volgodon, prototip gemi üretimine örnek gösterilebilir. Bkz. *İstanbulu*, A.: Gemi İnşa Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 11, dn. 24.

<sup>13</sup> Aynı yönde bkz. *Akıncı*, S.: “Gemi Mülkiyeti”, İÜHFM, Cilt XXIII, Sayı 3-4, İstanbul 1958, s. 333.

<sup>14</sup> *Çağa*, T./*Kender*, R.: Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, B. 14, İstanbul 2005, s.102; *Akıncı*, s. 334; *İstanbulu*, s. 10.

### III. GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİNDE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

#### A. Türk Borçlar Kanununa Göre Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Tersaneci, sözleşme ile kararlaştırılan nitelikleri haiz ve kullanım amacına uygun bir gemi meydana getirmek ve meydana getirdiği bu gemiyi iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Teslim edilen gemi, sözleşme ile kararlaştırılan özellikleri taşımadığı takdirde, tersanecinin ayıba karşı tekeffül borcu doğar. Tersanecinin bu borcu, onun gemiyi teslim borcunun tamamlayıcısı olarak, meydana getirdiği gemide ortaya çıkan ayıp ve eksiklikleri üstlenme borcudur<sup>15</sup>.

Türk Borçlar Kanununun 474 ilâ 478. maddeleri arasında düzenlenen ayıba karşı tekeffül borcu ile iş sahibine sözleşmeden dönme, bedel indirimi isteme ve ayıbın giderilmesini isteme hakları ile bunlara ek olarak ayıba bağlı zararlarının tazminini talep etme hakkı tanınmaktadır. Bu hakların kullanılabilmesi için eserin teslim edilmiş olması ve iş sahibinin “muayene” ve “ihbar” külfetlerini yerine getirmiş olması gereklidir. Bu genel şartların yanında dönme hakkının kullanımı için, kullanma amacını engelleyecek derecede önemli bir ayıbın varlığı şarttır<sup>16</sup>. Ayıbın giderilmesini talep hakkı ise tamir masraflarının aşırı olmamasını gerektirir. Bunun gibi bedel indirimi hakkının kullanılması da ayıplı

<sup>15</sup> Yarg. 14. HD, 26.01.2006, E. 2005/10188, K. 2006/286; *Tandoğan*, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, B 3, Ankara 1987, s. 160; *Turanboy*, A.: “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, AÜHFD, C. 65, S. 10-12, s. 151.

<sup>16</sup> *Gauch*, P.: Der Werkvertrag, 4. Überarbeitete und Erweiterte Auflage, Zürich 1996, N. 1555; *Zindel*, G. G./*Pulver*, U.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel-Genf-München 2003, Vorbem. Zu Art. 363-379, Art. 368, N. 14; *Tandoğan*, s. 181; *Aral*, F.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, B. 8, Ankara 2010 s. 362; *Burcuoğlu*, H.: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Anısına Armağan, Ankara 1990, s. 290; *Egli*, A.: “Die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes”, Das Private Baurecht der Schweiz, Beiträge für die Praxis, Zürich 1994 (s. 85-102), s. 90; *Gümüş*, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010, s. 121.

geminin değerinde bir eksilmeyi gerektirir<sup>17</sup>. Sayılan bu hakların kullanımı yüklenicinin kusurlu olmasına bağlı değildir; bununla birlikte ayıba bağlı zararların tazmini hakkı ancak yüklenici kusurlu ise kullanılabilir<sup>18</sup>.

### **B. Tıp Gemi İnşa Sözleşmelerine Göre Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**

Ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler emredici değil, tamamlayıcı hukuk kuralı niteliği taşıdığından taraflarca aksi kararlaştırılabilir<sup>19</sup>. Nitekim uygulamada, gemi inşasının kendine özgü yapısını dikkate alan taraflar, kendi aralarında yaptıkları sözleşmede ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin genel hükümlerden farklı düzenlemeleri tercih etmektedir. Tıp gemi inşa sözleşmeleri incelediğinde bu farklılıkların ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanma şartlarında ve ayıba karşı tekeffülden doğan hakların içeriğinde ortaya çıktığı görülmektedir.

Anıldığı üzere iş sahibinin, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanabilmesi için, “muayene” ve “ihbar” külfetlerini yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak gemi inşa sözleşmesinde muayene, çoğu zaman tersaneci tarafından, iş sahibinin, sınıflama kuruluşlarının ve diğer ilgili idari kurum ve kuruluşların katıldığı bir “deneme yüzüşü” marifetiyle gerçekleştirilir. Gemi inşa sözleşmesinde deneme yüzüşünün kararlaştırılması nedeniyle, iş sahibinin muayene etme yükümlülüğü ortadan kalkar ve iş sahibi muayene edilen gemiyi tekrar muayene etmek

<sup>17</sup> *Gauch*, N. 1627; *Zindel/Pulver*, Art. 368, N. 36; *Tandoğan*, s. 188; *Seliçi*, Ö: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 166; *Burcuoğlu*, s. 294; *Turanboy*, s. 171; *Schlatter*, H.: Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag insbesondere für Wermängel nach Schweizerischem Recht, Schaffhausen 1934, s. 59; *Uçar*, A.: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 189.

<sup>18</sup> *Gauch*, N. 1887; *Bühler*, T.: Obligationenrecht, Teilband V 2d, Art.363-379, Zürich 1998, Art. 368, N. 190; *Tandoğan*, s. 205; *Gümüç*, s. 135.

<sup>19</sup> *Gauch*, N. 2464; *Zindel/Pulver*, Art. 367, N. 29; *Bühler*, Art. 368, N. 8; *Seliçi*, s. 155; *Brändli*, R.: Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Zürich/St. Gallen 2007, N. 371; *Uçar*, s. 138; *Akbulut*, H. A.: “İstisna Akdi (Eser Sözleşmesi) Üzerine Bir İnceleme”, MBD 1984, C. 3, S. 8, s. 14.

zorunda kalmaz. Buna bağılı olarak bu tür gemi inşa sözleşmeleri açısından teslim, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması için gerekli bir şart değildir. Deneme yüzüşünde varılan sonuçların yer aldığı raporda geminin ayıplı olduğu anlaşılıyorsa, iş sahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilir.

Ayıba karşı tekeffülden doğan haklar ise teslimden önce ortaya çıkan ayıplar ve teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar şeklinde ikiye ayrılarak belirlenmekte ve bazı hakların kullanılmasına öncelik tanınırken, bazı hakların kullanımı ise sınırlandırılmaktadır. Buna göre tersaneci, teslimden önce ortaya çıkan ayıplar için geminin tamiri yükümlülüğünü üstlenmiş ve böylece ayıbın giderilmesi hakkına, dönme ve bedel indirimi haklarına nazaran öncelik tanınmıştır. Teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar için ise, tersanecinin garanti borcu (*warranty of quality*) düzenlenerek, iş sahibine sadece ayıbın giderilmesini isteme hakkı verilmiştir. Buna göre garanti borcu kapsamında, iş sahibinin kural olarak sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesini talep hakkı bulunmamaktadır<sup>20</sup>.

#### IV. TERSANECİNİN GARANTİ BORCU

Tip gemi inşa sözleşmelerinde, tersanecinin gemiyi tesliminden sonra ortaya çıkan ayıplardan sorumluluğu, “garanti borcu” kapsamında düzenlenmektedir. Tersaneci, ifade tarzlarından kaynaklanan küçük farklılıklar dışında, tüm tip sözleşmelerde geminin teslim alındığı tarihten itibaren başlayan garanti süresi içinde ortaya çıkan ayıpları, masrafları kendisine ait olmak üzere gidermeyi ve gerekli tamiri yapmayı taahhüt etmektedir<sup>21</sup>. Örneğin NEWBUILDCON formunun 35. maddesi tersanecinin garanti borcunu şu şekilde düzenlemektedir:

---

<sup>20</sup> Curtis, s. 101. Esasen ayıbın giderilmesi hakkı, uygulamada ayıplı ifadan doğan haklar içerisinde en anlam ifade eden haktır. Nitekim iş sahibinin en önde gelen menfaati, sözleşmeden dönme üzerine eserin iadesi ya da ücretin indirilmesi değil, onun ayıpsız bir esere kavuşmasıdır. Zaten uygulamada da ayıba karşı tekeffüle ilişkin kanuni hükümlerden farklı olarak ayıbın giderilmesine hakkına diğer haklardan öncelik tanıdığı ya da münhasıran ayıbın giderilmesi hakkı tesis edildiği görülmektedir. Bu konuya ilişkin olarak SIA-Norm 118’de yer alan düzenlemeler örnek gösterilebilir. Bkz. Brändli, s. 1.

<sup>21</sup> NEWBUILDCON Art. 35 (b); AWES Art. 12 (a); NSF Art. X-2.



- (a) Tersaneci, Gemiği tüm Ayıplarına karşı, eğer bu Ayıplar:
- (i) Geminin 28. Maddeye uygun olarak tesliminden (Teslim) sonra 20. Kutuda belirtilen süre (bundan böyle “Garanti Süresi”) içerisinde ortaya çıkmışsa ve
  - (ii) Ayıbın ortaya çıkmasından itibaren mümkün olan en makul süre içerisinde ve en geç Garanti Süresinin dolmasından itibaren otuz (30) gün içinde Tersaneciye ihbarda bulunulmuşsa, garanti etmektedir. (bundan böyle “Garanti Ayıpları”)
- (b) Tersaneci Garanti Ayıplarını ya da bu Ayıpların doğrudan ve derhal Gemide yol açtığı zararları gidermek için gerekli tüm tamir ve değişimi yapacaktır. Bu tamir ve değişiklikler Tersanede yapılacak ve Tersaneci tüm masraf ve harcamaları karşılayacaktır.”<sup>22</sup>.

#### A. GARANTİ BORCUNUN ŞARTLARI

Tersanecinin garanti borcu kapsamında sorumluluğundan söz edebilmek için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi aranır:

<sup>22</sup> Aynı konu diğer formlarda şu şekilde düzenlenmektedir: SAJ Art. IX-1: “Tersaneci, kendisine ve/veya alt yüklenicilerine isnat edilebilen sebeplerden ötürü, ayıplı malzeme ve/veya kötü işçilikten dolayı gemide meydana gelen tüm ayıpları, ..., masrafları kendisine ait olmak üzere tamir etmeyi üstlenir”. AWES Art. 12 (a) p. 1-2: “Geminin teslimi üzerine Tersaneci bu Maddede yer alan garanti dışında hiç bir sorumluluk ve yükümlülük altında olmayacaktır. Tersaneci, kötü işçilik ve/veya ayıplı malzeme kullanılmasından kaynaklanan ve Geminin tesliminde Alıcı tarafından yazılı bildirimde bulunulan ayıpları ya da teslimde belli olmayan ancak teslimden sonraki ... gün içerisinde ortaya çıkan ayıpları, bunların ortaya çıkmasından itibaren otuz gün içinde yazılı olarak ihbar edilmeleri şartıyla, tersanelerinden birinde ve normal çalışma saatlerinde, tüm masraflar kendine ait olmak üzere tamir ederek ve gerekli ise ilgili parçaları değiştirerek giderecektir.” NSF Art. X 2. p. 1: “Tersaneci, kendisinden, adamlarından, çalışanlarından ya da taşeronlarından kaynaklanan tasarım hatası, ayıplı malzeme ve/veya kötü işçilik sebebiyle Gemide ya da parçalarında ortaya çıkan her tür ayıbı – gizli ayıplar ve eksiklikler dahil olmak üzere - normal kullanma ve aşınmaya bağlı olan ya da Geminin yanlış idaresinden veyahut iş sahibinin, adamlarının veya temsilcilerinin Gemiği kötü ya da hatalı kullanması ya da bakımı dolayısıyla meydana gelen ayıplar hariç olmak üzere, masraflar kendisine ait olacak şekilde tamir etmeyi ve düzeltmeyi üstlenmektedir

## 1. Garanti Kapsamında Bir Ayıbın Ortaya Çıkması

Tersanecinin garanti borcu nedeniyle sorumlu olabilmesi için aranan ilk şart, gemideki ayıbın garanti kapsamında yer alan bir sebepten kaynaklanmış olmasıdır. Gemideki ayıp, geminin fiziksel özelliklerinde ortaya çıkan bir bozukluk olabileceği gibi, gemiden yararlanma ve üzerinde tasarruf etme imkânını kısıtlayan bir sınırlandırma şeklinde de ortaya çıkabilir.

Garanti taahhütlerinin yer aldığı tip sözleşme şartları incelendiğinde genellikle “malzeme hatası” ve “işçilik ve imalat kusurlarından kaynaklanan arızalar”dan söz edildiği görülmektedir<sup>23</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu tür ifadeler garanti borcunun doğumu için tersanecinin kusurunun arandığı anlamına gelmemektedir<sup>24</sup>. Bu tür kayıtları, iş sahibinin kendi kusurundan doğacak ayıpları sınırlandıran birer hüküm olarak yorumlamak gerekir<sup>25</sup>.

Malzemedeki ayıp, iyi kalitede olmayan, sözleşmedeki kullanma amacının yerine getirilmesi için elverişli bulunmayan ve sözleşme bedeline göre az değerli malzemenin kullanılması; kötü işçilik ise inşa işinin yanlış ve teknik kurallara uyulmadan yapılmasıdır<sup>26</sup>. Eğer gemideki ayıp, malzemenin hatalı ve işçiliğin kötü olmasından kaynaklanıyorsa, tersaneci garanti borcu kapsamında bu ayıpları tamir etmekle yükümlü olacaktır.

NEWBUILDCON ve NSF formlarında, tersanecinin “ayıplı malzeme ve kötü işçilik” yanında “tasarım hataları”ndan kaynaklanan ayıplardan garanti borcu kapsamında sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir. Tasarım hatalarından açıkça söz etmeyen SAJ ve AWES formları açısından ise konu tartışmalıdır<sup>27</sup>. Bir görüşe göre, bu formlarda açıkça tasarım hatalarından bahsedilmemesi, aksine sadece kötü işçilik ve

---

<sup>23</sup> SAJ Art. IX 1 n. 2-3; AWES Art. 12 (a) p. 2; NSF Art. X 2 p.1; NEWBUILDCON Definitions n. 23-24.

<sup>24</sup> *Akünel*, T.: “Satıcının Onarım Garantisi”, *İÜHFİM*, C. XXXVIII, S.1-4, s. 547-570, s. 558.

<sup>25</sup> *Akünel*, Onarım Garantisi, s. 558.

<sup>26</sup> *Witschi*, H.: *Garantieklauseln und Garantiefrieten in Kauf- und Werkvertrag nach Schweizerischem Recht*, Bern 1950, s. 39.

<sup>27</sup> *Hodges/Hill*, s. 81.

malzemedan dolayı sorumlu olunacağıının düzenlenmesi ve diğer sorumluluklardan geniş ölçüde muafiyetlerin tanınmış olması nedeniyle, tersanecinin garanti borcu kapsamında tasarım hataları yer almaz<sup>28</sup>. Bununla birlikte İngiliz yüksek mahkemesi bir kararında, SAJ benzeri bir sözleşmede yer alan “kullanılan malzeme ve ifa edilen hizmet” (*material used and work performed*) ifadelerinin, tasarım hatalarını da kapsadığına hükmetmiştir.

Garanti borcu kapsamında tersanecinin sorumluluğundan bahsedebilmek için ayıbın, tersanecinin ya da ifa yardımcılarının faaliyet sahasında meydana gelmesi gerekmektedir. Nitekim tip sözleşmelerde, tersanecinin, kendi çalışanları ile alt yüklenicileri tarafından ifa edilen işlerde verdikleri zarardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte uygulamada, geminin ana ve yedek motorları gibi yüksek teknik riskler içeren işlerin alt yüklenicilere bırakıldığı bazı durumlarda, alt yüklenicilerin ifa ettiği bu işlerin tersanecinin garanti yükümlülüğü kapsamında sayılmaması ve tersanecinin yardımcı kişilerden kaynaklanan sorumluluğunu sınırlandırması yönünde bir eğilim bulunmaktadır<sup>29</sup>.

Garanti borcunun söz konusu olabilmesi için, garanti kapsamında yer alan sebepler ile meydana gelen ayıp arasında uygun bir illiyet bağı olmalıdır<sup>30</sup>. Bu nedenle hatalı kullanım, kaza, üçüncü kişinin kusuru ya da iş sahibine yükletilebilen diğer herhangi bir nedenle oluşan ayıplardan garanti veren sorumlu olmaz<sup>31</sup>. Aynı şekilde normal kullanım sonucu eskime de, bu kapsamda değerlendirilmez. Bunun gibi belirli bazı bozukluklar garanti dışında bırakılmışsa, bu bozukluklar bakımından da tersanecinin sorumluluğu doğmaz. Garanti kapsamı dışında kalan hususları açık olarak belirtmeyi ve bu hususlara iş sahibinin dikkatini çekmeyi amaçlayan tip sözleşmelerde, bu hususlar ayrıntılı bir şekilde

<sup>28</sup> İş sahibi aleyhinde olan bu görüş, iş sahibinin inşa plan ve projelerini kontrol etme hakkına sahip olması, hız, yakıt tüketimi, ağırlık gibi konularda tersanecinin ücretinde indirimle gidilecek olması nedenleriyle, iş sahibinin yeterli şekilde korunuyor olmasıyla gerekçelendirilmektedir. Bkz. *Curtis*, s. 158.

<sup>29</sup> *Curtis*, s. 159-160. Bu tür sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliğinin Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir.

<sup>30</sup> *Witschi*, s. 39.

<sup>31</sup> *Witschi*, s. 39.

düzenlenmektedir. Tip sözleşmelerde genellikle kullanmadan ileri gelen normal aşınma ve geminin tersaneciye ait olmayan bir tersanede ya da onun yetkili kılınmayan taşeronlarında tamir olunmasından kaynaklanan ayıpların garanti kapsamı dışında kalacağı düzenlenmektedir. Ayrıca iş sahibinin kusurlu davranışları sonucu meydana gelecek bozukluklardan tersanecinin sorumlu tutulmaması düşüncesiyle, garanti borcunun iş sahibine isnat edebilen ve geminin normal usullere aykırı şekilde kullanılmasından kaynaklanan bozuklukları kapsamayacağı düzenlenmektedir. Örneğin SAJ'a göre:

*“Tersaneci, Geminin tesliminden sonra diğer bir yüklenici tarafından değiştirilen ya da tamir edilen parçada meydana gelen ayıplardan ya da İş sahibinin, çalışanlarının ya da temsilcisinin ihmalden doğan ya da artan ya da Geminin özensiz bir şekilde kullanımından ya da bakımının gerektiği şekilde yapılmamasından kaynaklanan ya da Tersanecinin kontrol alanı dışında olan ayıplardan sorumlu değildir”<sup>32</sup>.*

Son olarak belirtmek gerekir ki, gemideki ayıbın garanti borcunun kapsamında bulunduğunu ispat yükü kural olarak iş sahibine aittir<sup>33</sup>. Ancak burada hafifletilmiş bir ispat yükü söz konusu olup, iş sahibi, ayıbın *prima facie* garanti kapsamındaki bir sebepten kaynaklandığı

<sup>32</sup>SAJ Art. IX-4 (b). Aynı konu diğer formlarda şu şekillerde düzenlenmektedir: AWES Art. 12 (a) p. 3: “... Tersaneci, taşeronları ve malzeme tedarikçileri, Geminin normal kullanma ve yıpranma, fazla yükleme ya da malzemenin korozyonu veya kaza, yangın, hatalı yükleme veyahut istifleden, yanlış yönetimi ya da kullanımı ve bakımındaki hatadan kaynaklanan ayıplardan sorumlu değildir”. NSF Art. X 2 p 1: “Tersanecinin garanti sorumluluğu ... teslimden sonra ortaya çıkan ve iş sahibine, adamlarına ve temsilcilerine isnat edilebilen normal kullanma ve yıpranmaya bağlı ya da hatalı manevradan veya geminin ağır ihmali veya hatalı kullanımı ya da bakımından kaynaklanan ayıpları ve iş sahibi tarafından tedarik edilen malzemeyi kapsamaz”. NEWBUILDCON Art. 37 (c): “Tersaneci, Geminin tesliminden sonra, Geminin herhangi bir kısmında kendisi ya da taşeronları dışında başka bir yüklenici tarafından değiştirme ya da tamir etme dolayısıyla meydana gelen ayıplardan ya da iş sahibine isnat edilebilen Geminin ihmali ya da hatalı kullanımı ve bakımından veyahut normal kullanma ve yıpranmadan meydana gelen ayıplardan sorumlu değildir”.

<sup>33</sup>Akınal, Onarım Garantisi, s. 558. Götz, V.: Sachmangelbeseitigung beim Kauf: Recht und Pflicht der Nachbesserung, Bielefeld 1960, s. 96.

iddiasına dayanabilir<sup>34</sup>. İş sahibi ilk bakışta garanti kapsamına giren bir ayıbın varlığını ispat etmişse, çeşitli sebeplerle garantinin ortadan kalktığını ispat etmek tersaneciye ait olacaktır<sup>35</sup>.

## 2. Ayıbın Teslimden Sonra ve Garanti Süresi İçinde Ortaya Çıkması

Tersanecinin garanti borcu, geminin teslim alınmasından sonra ortaya çıkan ayıplara ilişkindir. Zira teslimden önce deneme yüzüşü sonrasında ortaya çıkan ayıplar bakımından iş sahibinin öncelikli hakkı, gemideki ayıbın tamir edilmesidir. Tamir edilerek yeniden iş sahibine sunulan gemi ayıplı ise iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Eğer bu aşamada ortaya çıkan ayıplar geminin hızına, yük taşıma kapasitesine veya benzer nitelikteki vaad edilmiş özelliklerine ilişkin ise iş sahibinin bedel indirimi isteme hakkı ve bu özelliklerden önemli ölçüde sapma varsa sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Ancak deneme yüzüşünden sonra gemi kabul edilmiş ve iş sahibine teslim edilmiş ise garanti borcu devreye girmekte ve iş sahibinin ayıplı ifadan doğan hakları bu borç kapsamında belirlenmektedir.

Teslim, iş sahibinin gemiyi kabulü üzerine gerçekleştiğinden, geminin inşası sırasındaki denetimlerde tespit edilen bir ayıp bu sırada giderilmemişse, tersanecinin garanti sorumluluğu kapsamında bu ayıbı gidermesi talep edilemez<sup>36</sup>. *China Shipbuilding Corporation v. Nippon Yusen Kabukishi Kaisha and another* (2000) davasında ise, gemiyi kabul eden iş sahibinin daha evvel tersaneciye bildirdiği ayıpların giderilmesini, teslimden sonra talep edebileceğine hükmedilmiştir<sup>37</sup>. Teslim anında mevcut olan bir ayıbın garanti kapsamında tamir ettirilmesi isteniyorsa, iş sahibinin gemiyi ihtirazi kayıtlı kabul etmesi gerekir. Bu şart AWES formunun 12. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

<sup>34</sup> Götz, s. 96

<sup>35</sup> Akünal, Onarım Garantisi, s. 558.

<sup>36</sup> Curtis, s. 156.

<sup>37</sup> Curtis, s. 157. Dolayısıyla İngiliz hukuku açısından, iş sahibi tarafından ihtirazi kayıt altında yapılan kabulün, iş sahibinin haklarından feragat ettiği yönünde anlaşılması mümkün değildir. Curtis, s. 157.

*“Tersanecinin garanti borcu, teslim sırasında yazılı olarak bildirilmeleri koşuluyla kötü işçilik ve/veya ayıplı malzeme kullanılmasından kaynaklanan ayıpları kapsar”<sup>38</sup>.*

Uygulamada genellikle, deneme yüzüşünde ortaya çıkan, ancak iş sahibinin kabulden imtina etmesini haklı göstermeyecek derecedeki önemsiz ayıpların da garanti kapsamında yer aldığı konusunda taraflar anlaşmaktadır. *J. Samuel White & Co., Ltd. v. Coombes, Marshall & Co. Ltd.* (1922) davasında, tersanecinin deneme yüzüşü sırasında gösterdiği hal ve davranışlarının, ayıbın garanti süresinde kendisi tarafından giderileceği yönünde kanaat uyandırdığına hükmedilerek, bu tür bir anlaşmanın zımni olarak dahi yapılabileceği kabul edilmiştir<sup>39</sup>.

Tip sözleşmelerde yer alan garanti borcu, “garanti süresi” (*Warranty Period*) adı verilen bir süre ile sınırlandırılmaktadır. Buna göre tersanecinin garanti borcu, geminin teslim alınmasından itibaren işlemeye başlayacak olan garanti süresi içerisinde ortaya çıkacak olan ayıplara ilişkindir. Garanti süresi SAJ formunda şu şekilde kaleme alınmıştır:

*“Tersaneci, kendisine ve/veya alt yüklenicilerine isnat edilebilen sebeplerden ötürü, ayıplı malzeme ve/veya kötü işçilikten dolayı gemide meydana gelen tüm ayıpları, söz konusu ayıpların Geminin tesliminden itibaren on iki (12) ay içerisinde ortaya çıkması ve burada öngörüldüğü şekilde bir ihbarın yapılması koşuluyla, masrafları kendisine ait olmak üzere tamir etmeyi üstlenir”<sup>40</sup>.*

AWES formunda da tersanecinin garanti borcunun belirli bir süre ile sınırlı olduğu düzenlenmiş, ancak bu süre tarafların dolduracağı şekilde boş bırakılmıştır<sup>41</sup>. NEWBUILDCON ve NSF formlarında da garanti süresinin ne kadar bir süre olacağı, AWES’te olduğu gibi taraf iradelerine

---

<sup>38</sup> AWES Art. 12.

<sup>39</sup> *Curtis*, s. 157.

<sup>40</sup> SAJ Art. IX 1 n. 1-7.

<sup>41</sup> AWES Art. 12 (a) p.2.

bırakılmış; ancak tarafların bu konuyu düzenlememeleri halinde on iki aylık bir garanti süresinin geçerli olacağı belirtilmiştir<sup>42</sup>.

Gemi inşa uygulamasında genellikle on iki ay olarak belirlenen garanti süresi, esasen bir tespit süresini ifade etmektedir<sup>43</sup>. Bu anlamda iş sahibi, sadece garanti süresi içinde ortaya çıkan ayıplar bakımından tersaneciye karşı bir talepte bulunabilecektir; bu süre geçtikten sonra meydana gelen ayıplar bakımından iş sahibi garanti kapsamında bir talepte bulunamayacaktır.

Garanti süresinin aynı zamanda bir bildirim süresi olarak anlamlandırılması da mümkündür<sup>44</sup>. Nitekim bir görüşe göre, garanti süresi, kanuni ihbar süresinin yerine geçer; yüklenici, iş sahibinin açık ayıplar yönünden muayene ve süresinde ihbar külfetini, gizli ayıplar yönünden ise süresinde ihbar külfetini kaldırmayı ve garanti süresi içinde bu ayıpları gidermeyi peşinen kabul ve taahhüt etmektedir<sup>45</sup>. *Curtis* de, gemi inşa sözleşmesinde yer verilen garanti süresini, ayıpların ihbar edilmesi gereken süre olarak nitelendirmekle birlikte, ihbarı gecikerek yerine getirerek, tersanecinin masraflarının artmasına yol açan iş sahibinin, bu zararlardan sorumlu olması gerekeceğini; buna karşılık garanti borcunun geçersiz hale gelmeyeceğini ileri sürmektedir<sup>46</sup>. Ancak yazara göre, tip sözleşmelerde garanti süresi dolduktan sonra en geç bir ay içinde ya da sekiz gün içinde ihbarda bulunabileceği düzenlendiğinden, yani ihbar için bir üst sınır getirildiğinden, bu süre içerisinde hiçbir ihbar yapılmaması, garanti borcunun mutlak şekilde sona ermesine yol açmaktadır<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> NEWBUILDCON Art. 35 (a) (i) ve Box 20; NSF Art. X 2 p. 2.

<sup>43</sup> *Kapanıcı*, K. B.: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012, s. 173.

<sup>44</sup> *von Büren*, B.: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich 1972, s. 151; *Seliçi*, s. 211-212; *Ayan*, A.: “İstisna Akdinde Zamanaşımı”, Adalet Dergisi, Yıl 78, Temmuz-Ağustos, S. 4, s. 17.

<sup>45</sup> *Selimoğlu*, Y. E.: “Eser Sözleşmesi ve Kavramlar”, Faruk Erem’e Armağan, Ankara 1999, s. 135; *Gümüş*, s. 112.

<sup>46</sup> *Curtis*, s. 160.

<sup>47</sup> *Curtis*, s. 160.

Garanti süresinin ihbar süresi olarak kabul edilemeyeceği yönündeki diğer görüşe göre, ihbar külfetinin amacı, iş sahibinin eseri kabul edip etmeyeceği hususunda yüklenicinin mümkün olan en kısa sürede bilgi sahibi olmasını ve böylece alması gerekli olan tavrı belirleme imkânının tanınarak korunmasını sağlamaktır<sup>48</sup>. Bu nedenle sözleşmede açıkça ve şüpheye mahal vermeksizin kararlaştırılmadığı sürece, garanti süresinin ihbar süresi olarak kabulü mümkün değildir<sup>49</sup>. Dolayısıyla, yüklenici, garanti süresinde ortaya çıkan ayıplardan, ancak bunlar zamanında ihbar edilmişlerse sorumlu olur<sup>50</sup>.

Kanaatimce gemi inşa sözleşmesi açısından tip sözleşmelerde yer verilen garanti süresinin, ihbar süresi olarak kabulü mümkün değildir. Zira tüm tip sözleşmelerde iş sahibinin garanti kapsamında yer alan haklarından faydalanması, aşağıda görüleceği üzere, tersaneciye mümkün olan en kısa süre içerisinde ihbarda bulunması koşuluna bağlı tutulmuştur<sup>51</sup>.

### 3. Ayıbın İhbar Edilmesi

Tersanecinin garanti yükümlülüğü kapsamında sorumlu tutulabilmesi için, iş sahibinin tersaneciye ayıp ihbarında bulunması icap eder<sup>52</sup>. İhbarın yapılması gereken süre ise tip sözleşmelerde genellikle “derhal” veya “mümkün olan en kısa sürede” gibi ifadelerle belirtilmektedir. NEWBUILDCON formunda bu şart aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

<sup>48</sup> *Witschi*, s. 63.

<sup>49</sup> *Witschi*, s. 63; *Gautschi*, G.: Der Werkvertrag, Artikel 363-379 OR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Bern 1967, Art. 371, 5 b. Örneğin SIA Norm m. 172’de garanti süresinin zamanaşımı değil ihbar süresi olduğu açıkça belirtilmiştir. *Yavuz/Özen/Acar* da, genelde garanti süresinin kabulünün, ihbar süresinin de garanti süresinin sonuna kadar uzatıldığı anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Bkz. *Yavuz, C./Özen, B./Acar, F.*: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, B. 7, İstanbul 2009, s. 342.

<sup>50</sup> *Becker*, H. (çev. *Dura*, S. A.): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Ankara 1993, Mad. 367; N. 4; *Tunçomağ*, K.: Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, B. 3, İstanbul 1977, s. 1019.

<sup>51</sup> *Wüstendörfer*, H.: Tatsachen und Normen des Schiffbaues, Hamburg 1920, s. 77.

<sup>52</sup> *Akünel*, Onarım Garantisi, s. 557.



*“Tersaneci, keşfolunmasından itibaren makul olan en kısa sürede ve en geç Garanti Süresinin dolmasından sonraki otuz gün içerisinde, kendisine makul olduğu ölçüde detaylı bir ihbarda bulunmuş olması koşuluyla, Gemiyi her tür ayıba karşı garanti etmektedir”<sup>53</sup>.*

Bu tür bir ihbar yükümlülüğü, gemide ya da makinelerde ortaya çıkan ayıpların bir an evvel tamir edilmemesinden doğabilecek daha büyük zararlardan tersanecinin korunmasına hizmet eder<sup>54</sup>. Gemi inşa sözleşmelerinde garanti borcunun amacı, iş sahibi aleyhine olan ihbar külfetini ortadan kaldırmak değil; garanti süresi içerisinde meydana gelen ayıpları, masrafları aşırı da olsa, tersanecinin tamir ettirmesini sağlamaktır. Dolayısıyla ayıbın ortaya çıkmasından itibaren mümkün olan en kısa sürede ihbar edilmemesi, tersanecinin sorumluluğunu kaldırır. Tıp sözleşmelerde garanti süresi dolduktan sonra ihbar süresi için bir üst sınır getirilmesi, bu sonucun aksinin kabulü için yeterli değildir. İhbar için bu tür bir üst sınır getirilmesinin nedeni, garanti süresinin sonuna doğru ortaya çıkan ayıplar için ihbarın yapılabileceği en geç zaman dilimini belirlemektir. Garanti süresinin bir ihbar süresi olarak anlamlandırılması ancak sözleşmede açıkça ihbarın yapılması gereken sürenin belirtilmediği hallerde mümkün olabilir<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> NEWBUILDCON Art. 35 (a) (ii). Diğer formlarda yer alan ilgili düzenlemeler ise şu şekildedir: SAJ Art. IX-2: “Alıcı, ayıbın ortaya çıkmasından itibaren mümkün olan en kısa sürede, Tersaneciye yazılı olarak ya da yazılı olarak teyit edilen telgrafla ihbarda bulunur. Alıcı ihbarında ayıpların niteliği ve kapsamını tarif eder. Tersaneci, en geç garanti süresinin dolmasından sonraki otuz (30) gün içerisinde herhangi bir ayıplı ihbarı tebellüğ etmemiş ise, on iki aylık sürenin dolmasından önce ortaya çıkan hiç bir ayıptan sorumlu değildir”. AWES Art. 12(a) “Tersaneci, ..., ortaya çıkmasından itibaren otuz gün içinde yazılı bildirimde bulunulan ayıpları, ..., tüm masraflar kendine ait olmak üzere tamir ederek ve gerekli ise değiştirerek giderecektir”. NSF Art. X 2 p. 3: “Bu tür ayıplar, keşfolunmasından itibaren mümkün olan en kısa sürede ve en geç Garanti Süresinin dolmasından itibaren 8 gün içinde Tersaneciye bildirilmelidir. Bu tür bir ihbarda ayıbın niteliği hakkında mümkün olduğu ölçüde detaylı bilgiye yer verilmelidir”.

<sup>54</sup> Curtis, s. 160.

<sup>55</sup> Kapancı, s. 173.

## B. HÜKÜM VE SONUÇLARI

### 1. Münhasıran Ayıbın Tamir Edilmesi Yükümlülüğü

Tersanecinin garanti borcunun en önemli sonucu, garanti kapsamında sorumlu olduğu ayıpları, masrafları kendisine ait olmak üzere, giderecek olmasıdır. Daha evvel bahsedildiği üzere, tip sözleşmelerde, tersaneci, garanti borcu kapsamında münhasıran ayıbı tamir etmekle yükümlü olup, aşağıda yer verilecek olan istisnalar dışında, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını kullanması mümkün değildir. Tersanecinin borcunun merkezini teşkil eden ayıbın giderilmesi konusunda ise aşağıdaki hususlara dikkat çekmek gerekir:

#### a. Tamir Masrafları ve Aşırı Masraf Gerektiren Tamir İşleri

Garanti kapsamında bir ayıbın ortaya çıkması ve iş sahibinin ayıbın giderilmesi yönündeki ihbarı üzerine tersanecinin tamir borcu boğar. Geminin tamir edilmesi ile ilgili tüm masraflar tersaneci tarafından karşılanır. Bu masraflar içerisinde değiştirilecek parça veya parçaların bedeli, işçilik ücreti, temizleme ve gerekli ise test ya da deneme yüzüşüne ilişkin masraflar yer almaktadır<sup>56</sup>. Geminin tamir için tersaneye getirilmesi ve tekrar iş sahibine ulaştırılması için gereken yakıt masrafları dâhil kumanya vb. masraflar da bu kapsamda yer alır.

Terredüt halinde tamir dolayısıyla ortaya çıkan her türlü masrafın, onarım borçlusu tarafından karşılanacağı genel olarak öğretilde kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Bununla birlikte *Witschi*, tamirin iş sahibine sağlayacağı fayda ile yüklenicinin tamir için yapacağı masraflar arasında bir oransızlık varsa ve dürüstlük kuralı gereğince yükleniciden ayıbı gidermesi beklenemiyorsa, İsviçre Borçlar Kanununun 368. maddesinin ikinci fıkrasında (TBK m. 475/I-3) “tamirin aşırı masraf gerektirmemesi” şartının garanti borcu için kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> *Akünel*, Onarım Garantisi, s. 561; *Götz*, s. 97; *Witschi*, s. 46.

<sup>57</sup> *Witschi*, s. 47; *Götz*, s. 97; *Akünel*, Onarım Garantisi, s. 561.

<sup>58</sup> *Witschi*, s. 50. Ancak *Witschi*, kanuni ayıba karşı tekeffülden doğan hakların sözleşme ile bertaraf edilmesi durumunda, masraflar aşırıya mal olsa da yüklenicinin ayıbı gidermesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. *Witschi*, s. 50.

Eser sözleşmesinde, eğer yüklenici ayıpları gidermeyi açıkça üstlenmişse, masraflar aşırıya mal olsa dâhi, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>59</sup>. Zira yüklenici bu tür bir taahhütte bulunarak rizikoyu sözleşmesel olarak üzerine almış bulunmaktadır<sup>60</sup>. Gemi inşa sözleşmesinde de garanti taahhüdü ile açıkça ayıbın giderilmesi taahhüt edildiğinden, tersanecinin, aşırıya mal olsa dâhi, garanti kapsamında ortaya çıkan ayıpları gidermekle yükümlü olduğu düşünülmektedir. Ancak tersanecinin garanti taahhüdünü sınırlandırmasına bir engel bulunmadığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla aşırı masraf riskini üzerine almak istemeyen tersanecinin, belli bir değeri aşan onarım çalışmasının garanti taahhüdü kapsamında olmayacağını açıkça sözleşmede belirtmesi gereklidir<sup>61</sup>.

### **b. Garanti Süresinde Yapılan Tamir İşlerinin Garanti Süresine Etkisi ve Tamirden Sonra Geminin Yeniden Arızalanması**

Garanti kapsamında ayıbın giderilmesi borcunu yerine getiren tersanecinin iş sahibine teslim ettiği gemiyle ilgili olarak bir daha hiç bir sorun gündeme gelmeyebilir. Öte yandan devam eden garanti süresi içinde geminin yeniden arızalanması söz konusu olabilir. Bu tür bir arıza, ilk sorundan bağımsız tamamen yeni bir aksaklıktan veya tersaneci tarafından garanti süresi içerisinde gerçekleştirilen tamirat veya parça değişikliklerinden meydana gelebilir. Bu son ihtimali dikkate alan bazı tip sözleşme hükümlerinde, garanti süresi içinde ortaya çıkan ayıplar bakımından, tersaneci tarafından yapılan tamirat ve parça değişikliklerinin de ilave garanti kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Örneğin AWES'e göre:

*“Tersanecinin garanti borcu kapsamında yapılan değiştirme ve tamiratlar işbu maddeye göre garanti altındadır. Bu tür değiştirme ve tamiratlara ilişkin garanti süresi, değiştirme ve*

<sup>59</sup> Böhler, Art. 368, N. 148; Uçar, s. 200. Zindel/Pulver, Art. 368, N. 55; Böhler, Art. 368, N. 147; Seliçi, s. 175; Burcuoğlu, s. 298.

<sup>60</sup> Kapanıcı, s. 158.

<sup>61</sup> Kapanıcı, s. 158.

*tamiratın tamamlandığı an başlar ve toplam garanti süresi hiç bir koşulda Geminin tesliminden itibaren iki yılı geçemez”<sup>62</sup>.*

SAJ ise diğer formların aksine, garanti süresi içerisinde tersaneci tarafından gerçekleştirilen tamirat işleri ya da değiştirilen makine ve parçalar için ayrıca bir garanti öngörmemektedir. *Curtis*, SAJ’da ifade edilen “ayıplı malzeme ve/veya kötü işçiliğin” sadece teslimden önce takılan malzemeler ya da ifa edilen işler ile sınırlı olduğunu düşünmeyi gerektiren haklı bir gerekçe bulunmadığını ifade etmektedir. Yazara göre, SAJ formunda, tersanecinin teslimden sonra başka bir yüklenici tarafından yapılan tamir işleri ya da takılan parçalar için sorumlu olmayacağını ayrıca düzenlenmiş olması nedeniyle, tersanecinin bizzat kendisi tarafından yapılan işler için sorumluluğunun devam ettiğini kabul etmek gerekir<sup>63</sup>. Dolayısıyla garanti süresi içerisinde yapılan işler de, aksi kararlaştırılmadığı sürece, on iki aylık garanti süresine tabidir. Uygulamada genellikle garanti süresi içerisinde yapılan tamirat işleri ya da değiştirilen parçalar için işin görülmesi ya da parçanın takılmasından itibaren başlamak üzere altı aylık ilave garanti süresi verileceği, ancak toplam garanti süresinin on sekiz ayı aşamayacağı şeklinde düzenlemelere yer verilmektedir<sup>64</sup>.

Gemide garanti kapsamında bir ayıp ortaya çıkmış ve bu ayıp tamir edildikten sonra gemide başka bir ayıp meydana gelmişse ilk ayıptan bağımsız bir zarar söz konusu olur. Bu halde garanti süresi içinde keşfedilmiş bir ayıp mevcut ise iş sahibinin, tersaneciye bildirimde

---

<sup>62</sup> AWES Art. 12 (a) p.4. NSF Art. X-2 (a): “İşbu Madde kapsamında yapılan tamir ve onarımdan sonra tamir edilen ve onarılan parçalar için ... ay ilave Garanti Süresi doğar. Tamir edilen ya da onarılan her bir parçaya ilişkin ilave Garanti Süresi, orijinal Garanti Süresinden az olamaz”. NEWBUILDCON Art. 35 (e): “Tersaneci, işbu madde kapsamında Gemide yapılan tamirat ve değiştirmeler için söz konusu tamirat ve değiştirmenin kendisi ya da taşeronları tarafından yapılmış olması koşuluyla, işlerin tamamlandığı andan itibaren başlayacak 21. Kutuda belirtilen süre kadar ilave Garanti Süresi garanti eder. İlave Garanti Süresi, her bir parçaya ilişkin orijinal Garanti Süresinden daha erken bir tarihte sona eremez”.

<sup>63</sup> *Curtis*, s. 159.

<sup>64</sup> *Curtis*, s. 159. Ancak AWES’te iki yıl olarak belirlenen bu süre, NEWBUILDCON ve NSF’de tarafların anlaşmasına bırakılmıştır.

bulunmak suretiyle, bu ayıbın giderilmesini istemesi sorun teşkil etmez<sup>65</sup>. Ancak garanti süresi dolduktan sonra keşfedilmiş yeni bir ayıp söz konusu ise iş sahibinin ayıbın giderilmesi talebine tersaneci itiraz edebilir. Garanti kapsamında ortaya çıkan ayıbın giderilmesi sırasında garanti süresinin işlemeye devam edip etmeyeceği hususu tip sözleşmelerde genellikle düzenlenmediğinden konunun çözümü önem arz eder.

Kanaatimce menfaatler dengesi ve garanti borcunun amacı bakımından böyle bir durumda garanti süresinin işlemesinin durduğunu kabul etmek yerinde olacaktır<sup>66</sup>. Bir başka deyişle ilk ayıbın onarılması talebi ile birlikte garanti süresinin işlemesi geminin tamiri süresi boyunca duracaktır. Geminin tekrar iş sahibine teslimi ile birlikte garanti süresi işlemeye devam edecektir. Dolayısıyla iş sahibinin geminin kendisine yeniden tesliminden itibaren kalan garanti süresinin sonuna kadar yeni bir ayıbı keşfetme ve bildirimde bulunma hakkı bulunmaktadır<sup>67</sup>. NEWBUILDCON diğer formlardan farklı olarak garanti süresinin durmasına ilişkin hüküm ihtiva etmektedir. Gemi inşa uygulamasında örnek olarak başvurulabilecek nitelikteki bu düzenlemeye göre:

*“Garanti işleri nedeniyle Gemi aralıksız otuz günü geçen bir süre atıl kalırsa, bu süre içinde diğer işler yapılın yapılmasın, Garanti Süresi (Geminin atıl kaldığı günden başlayacak) Garanti Süresi içinde kalan toplam gün sayısı kadar uzar”<sup>68</sup>.*

### c. Ayıbın Ne Şekilde Tamir Edileceği

Ayıbın ne şekilde giderileceği hususu her somut olayda farklılık gösterebilir ve bazen bir ayıbın giderilmesi için birden fazla imkân bulunabilir. Örneğin ayıplı çalışan bir pompa, ayıpsız yeni bir pompa ile değiştirilebilir ya da onarılabilir. Ayıbın hangi yöntemle giderileceği konusunda iş sahibinin söz hakkı bulunmamakla birlikte, tersanecinin uzman bir iş sahibi tarafından verilen önerileri göz ardı etmemesi

<sup>65</sup> Kapancı, s. 160.

<sup>66</sup> Götz, s. 103; Kapancı, s. 160.

<sup>67</sup> Kapancı, s. 160.

<sup>68</sup> NEWBUILDCON Art. 35 (f).

gerekir<sup>69</sup>. Zira işin tamir edilememesine ilişkin nihai tüm riskler tersaneciye aittir. Yine de tersaneci, dürüstlük kuralı çerçevesinde, iş sahibi açısından en zararsız, en kısa süreli ve en az kullanma kaybına yol açacak tamir yöntemini tercih etmelidir<sup>70</sup>. Eğer tersaneci, parça değişikliği suretiyle gemiyi tamir etmişse, yenisi ile değiştirilen arızalı parça veya kısımlar, kendisine ait olur; bunlar üzerinde iş sahibinin herhangi bir hak iddiası söz konusu olamaz<sup>71</sup>.

#### **d. Ayıbı Giderme Borcunun İfa Yeri**

Ayıbı giderme borcunun ifa yeri, sözleşmede aksine bir kayıt yoksa Türk Borçlar Kanununun 89. maddesi gereğince tespit edilir<sup>72</sup>. Bu kapsamda borcun ifa yeri, tersanecinin borcun doğumu anındaki yerleşim yeridir. Tip sözleşmelerde, garanti borcu kapsamında, ifa yerinin tersaneciye ait tersane olduğu düzenlenmekte<sup>73</sup>; bununla birlikte geminin ilgili tersanenin bulunduğu yerden çok uzakta olduğu veya ayıbın başka bir tersanede tamirinin daha az maliyetli olduğu hallerde iş sahibine, ayıbın başka bir tersanede giderilmesini sağlama imkânı tanınmaktadır<sup>74</sup>. Bu konuyu düzenleyen SAJ formunun 9. maddesine göre:

- (a) *“Tersaneci, işbu madde kapsamında garanti edilen Gemiye ilişkin ayıpları, ..., Tersanede tamir eder.*
- (b) *Bununla birlikte eğer Gemiye Tersaneye getirmek elverişsizse, Tersanecinin, değiştirilecek malzeme ya da parçayı tedarik edebilmesi ya da gönderebilmesi koşuluyla, İş sahibi, gerekli tamir ve değişikliklerin amaca uygun başka bir yerde yapılmasını sağlayabilir. Ancak ilgili malzeme ya da parçanın*

<sup>69</sup> Fischer-Zernin, V.: “Die Haftung der Werft aus dem Schiffbauvertrag für Mängel des Schiffes”, Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Reihe A: Berichte und Vorträge, Heft 19, Hamburg 1974, s. 8.

<sup>70</sup> Fischer-Zernin, s. 8.

<sup>71</sup> Witschi, s. 46, *Akūnal*, Onarım Garantisi, s. 561.

<sup>72</sup> Ayıbı giderme borcunun ifa yerinin, sözleşmede aksine bir kayıt yoksa, sözleşme konusunun özelliklerine ve sözleşmede belirlenen kullanma amacına bakılarak tayin olunabileceği, bu bakımdan ayıbı giderme yerinin mutlaka Türk Borçlar Kanununun 89. Maddesi gereğince tespit edilmesinin gerekmediği yönünde bkz. *Götz*, s. 98; *Akūnal*, Onarım Garantisi, s. 561.

<sup>73</sup> SAJ Art. IX-3 (a); AWES Art. 12 (a); NEWBUILDCON Art. 35 (b); NSF Art. X-3 (b).

<sup>74</sup> *Clarke*, s.128. SAJ Art. IX-3 (b) N. 22-24; AWES Art. 12 (a) p. 5; NSF Art. X-3 (b).

*Tersaneci tarafından tedarik edilmesi ya da gönderilmesi, Geminin çalışma takvimini ya da operasyonunu geciktirecek ya da engelleyecek nitelikteyse anılan koşul uygulanmaz”<sup>75</sup>.*

Gemiyi başka bir tersanede tamir ettirmek isteyen iş sahibinin usulüne uygun olarak ihbarda bulunması gerekir<sup>76</sup>. İhbar külfetini yerine getiren iş sahibi, başka bir tersanede yapmış olduğu masrafları tersaneciden talep edebilir<sup>77</sup>. AWES’te, tersanecinin bu amaçla yapacağı ödemenin, iş kendi tersanesinde yapılsaydı doğacak olan tahmini masrafları ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir<sup>78</sup>. NSF’de ise, tersanecinin, tamirat kendi tersanesinde yapılmış olsaydı iş sahibinden talep edebilecek olduğu ücreti ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiş<sup>79</sup>; SAJ ve NEWBUILDCON’da ise tersanecinin, iş sahibine ödemekle yükümlü bulunduğu masrafların “makul” (*reasonable*) olması gerektiği belirtilmiştir<sup>80</sup>.

Uygulamada “makul masraflar”ın kapsamında kavramsal bir kâr marjının yer alıp almadığı hususu tartışmalıdır. Eğer “makul masraflar” diğer tersanecinin kâr marjını içermiyorsa, iş sahibinin talep edeceği

<sup>75</sup> SAJ Art. IX (3). Ayrıca bkz. AWES Art. 12 (a) p. 5: “Eğer işbu madde kapsamındaki değişiklik ve tamiratlar Tersanecinin herhangi bir tersanesinde uygun bir şekilde yapılamayacaksa, İş sahibi, söz konusu değişiklik ve tamiratı başka bir yerde gerçekleştirebilir.” NSF Art. X (3) (b): “Tamir, değişiklik ve/veya onarımlar Tersanecinin tersanesinde yapılır. Ancak İş sahibi, Tersaneciye yazılı olarak bir ihbarda bulunduktan sonra, gerekli tamir, değişiklik ve/veya onarımın başka bir yerde yapılmasını sağlayabilir. Bu durumda Tersaneci, masrafları kendisine ait olmak üzere değiştirilecek malzeme ve parçayı gönderme hakkına sahiptir.” NEWBUILDCON Art. 35 (b) ve (c): “Tamir ve değişiklikler Tersanede yapılır. Alıcı, (i) Gemiyi Tersaneye götürmek imkânsızsa, ya da (ii) Tersaneci, Geminin çalışması ya da işletilmesine gecikme veya engel olmaksızın gerekli parça ve malzemeleri temin edemeyecekse, Garanti ayıplarını ve Garanti Ayıplarının doğrudan ve derhal sonucu olarak gemide meydana gelen zararı düzeltmek amacıyla gerekli tamiratın başka bir yerde yapılması ya da parçaların değiştirilmesi hakkına sahiptir”.

<sup>76</sup> SAJ Art. IX-3 (b), n. 3-4; NEWBUILDCON Art.35 (d); NSF Art. X-3 (b).

<sup>77</sup> SAJ Art. IX-3 (b), n. 12-14; AWES Art. 12 (a) p. 5; NEWBUILDCON Art. 35 (d) (i); NSF Art. X-3 (b). Ancak iş sahibi, geminin başka tersaneye götürülmesi masraflarına ve geminin açılması için gerekli makul masraflara katlanır. NSF Art. X-3 (c).

<sup>78</sup> AWES Art. 12 (a) p.5.

<sup>79</sup> NSF Art. X-3 (b).

<sup>80</sup> SAJ Art. IX-3 N. 14; NEWBUILDCON Art. 35 (d) (i).

tahmini masraflar içerisinde diğerk tersaneciye ödenen kâr payı yer almayacaktır. *Curtis*, sözleşmedeki ifadelerin açık olmadığı bu gibi hallerde, sözleşmenin yorumlanmasında aleyhe yorum ilkesine (*contra proferentem*) başvurularak, diğerk tersanecinin kâr payının da masrafların muhtevasına dâhil olduğunu ifade etmektedir<sup>81</sup>.

## 2. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Diğerk Hakların Sona Ermesi

Garanti borcu, masraflar aşırıya mal olsa dahi ayıbı gidermekle yükümlü olan tersaneci için önemli bir risk teşkil eder. Bu nedenle taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamak amacıyla, genellikle garanti borcunu üstlenen tersanecinin, ayıba karşı tekeffüle ilişkin diğerk kanuni borçlarından sorumlu olmayacağı şeklinde düzenlemelere de yer verilmektedir<sup>82</sup>. Örneğin, SAJ formunun 9. maddesine göre:

*“...Tersaneci, işbu Maddenin 1. Fıkrasında belirtilen ayıplar sebebiyle ya da bu tür ayıpların giderilmesi amacıyla yapılan onarım sebebiyle, hiç bir koşulda dolaylı ya da özel zararlardan, hasarlardan veya masraflardan, İş sahibinin doğrudan ya da dolaylı olarak uğradığı zaman kaybı, kâr ya da kazanç kaybı ya da demuraj dahil olmak üzere sorumlu değildir”<sup>83</sup>.*

*“Tersanecinin teslim sonrası garantisi, kanun, örf adet ya da diğerk herhangi bir şekilde konulan ya da uygulanan diğerk her türlü sorumluluk, garanti, teminat ve/veya şartı kaldırır ve onun yerine geçer”<sup>84</sup>.*

---

<sup>81</sup> *Curtis*, s. 161.

<sup>82</sup> Aslında bu tür bir sınırlandırmaya, onarım garantisi veren endüstriyel ürünlerin satışına ilişkin genel şartlarda da genellikle yer verilmektedir. Bkz. *Götz*, s. 70.

<sup>83</sup> SAJ IX. 4 (a) n. 23-28.

<sup>84</sup> SAJ IX. 4 (c); NEWBUILDCON Art. 35 (d); NEWBUILDCON Art. 37 (b): “Tersaneci, Gemide teslimden sonra ortaya çıkan ayıplardan ya da bu tür ayıpların sebep olduğu zarar, hasar ve masraflardan (İş sahibinin doğrudan ya da dolaylı olarak uğradığı zaman kaybı, kâr ya da kazanç kaybı, demuraj dahil olmak üzere), Tersaneci Garantisinin düzenlendiği işbu Maddede açıkça düzenlenen kapsam dışında, sözleşmeden, haksız fiilden (ihmal dahil) kanuni yükümlülüğün ihlalinden ya da diğerk herhangi bir sebepten sorumlu değildir”.



NSF formunda tersanecinin ayıba karşı tekeffülden doğan diğer kanuni borçlardan sorumluluğunu kaldıran bir hükme yer verilmemiştir. AWES'te ise bu tür bir sınırlandırma garanti yükümlülüğü düzenleyen madde içerisinde değil, sorumluluğun sınırlandırılmasını düzenleyen ayrı bir maddede ele alınmıştır. Buna göre,

*“Tersanecinin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu sadece sözleşmede öngörülen hukuki yollarla sınırlıdır; bu sözleşmede öngörülen hukuki yollar dışında, her ne türde olursa olsun iş sahibinin doğrudan ya da dolaylı kayıplarından, zararlarından veya masraflarından tersaneci sorumlu değildir”<sup>85</sup>.*

Tıp sözleşmelerde yer alan ifadelerden, tersanecinin teslim sonrasında ortaya çıkan ayıplar için sadece ayıbın giderilmesi ile sorumlu tutulmak istenildiği; bu ayıpların giderilmesi masraflarına ait risklerin de tersaneciye yüklenildiği anlaşılmaktadır<sup>86</sup>. Tersanecinin üstlendiği bu sorumluluk karşısında, iş sahibinin kanundan kaynaklanan bedel indirimi, sözleşmeden dönme hakkı ve tazminat hakkı dâhil olmak üzere diğer haklarını kullanması engellenmiştir.

Sözleşme şartlarıyla iş sahibine bir taraftan tamir garantisi verilmiş, diğer taraftan iş sahibinin sözleşmeden dönme ve bedel indirimi hakları bertaraf edilmişse, onarımın gerçekleşmemesi halinde iş sahibinin ne şekilde korunacağı önemli bir sorun teşkil eder. Garanti taahhüdü, bu taahhüt karşısında kanuni haklarından feragat eden iş sahibinin, haksız yere zarara uğratılmasına sebebiyet vermemelidir. Özellikle ayıbın giderilmesinin mümkün olmadığı ya da tersaneci tarafından ihmâli davranılarak ayıbın giderilmesi borcunun hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği veyahut geciktirildiği durumlarda iş sahibinin diğer kanuni haklarını kullanabileceği kabul edilmelidir<sup>87</sup>. Nitekim Türk Borçlar

<sup>85</sup> Bkz. AWES Art. 19.

<sup>86</sup> Curtis, s. 101.

<sup>87</sup> Zira 1988 tarihli bir Londra tahkim heyeti kararında, Kore tersaneleri tarafından yapılmış iki gemide teslimden sonra ortaya çıkan bir ayıbın tersaneci tarafından tamir edilememesinin sonuçları üzerinde durulmuştur. Tahkime konu olayda, tersaneci ve iş sahibinin tüm çabalarına rağmen gemilerdeki ayıp giderilememiş ve gemiler başka türde bir gemiye dönüştürülmüştür. Hakem heyeti kararında, ayıbı giderme yükümlülüğünü

Kanunu uygulaması açısından da iş sahibinin ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullanmasından sonra, yüklenicinin ayıbın giderilmesi borcunda temerrüde düşmesi veya borcun yerine getirilmesinin objektif bakımdan imkânsızlaşması ya da yüklenicinin bütün çabalarına rağmen ayıbı giderememesi hallerinde, iş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan diğer seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir<sup>88</sup>. Bu ilkeyi garanti borcu açısından uygulamamak için haklı bir neden bulunmamaktadır<sup>89</sup>.

Tersaneci tarafından garanti verilmiş olması, tek başına, ayıplı ifadan kaynaklanan diğer hakların sona ermesi için yeterli değildir<sup>90</sup>. İş sahibinin diğer seçimlik haklarının sona erdiğinin kabul edilebilmesi için yukarıdaki örneklerde olduğu gibi açık ifadeler kullanılması icap eder. Diğer bir deyişle, sözleşmeden açıkça diğer haklardan vazgeçildiği anlaşılmıyorsa, ayıbın giderilmesine yönelik hakkın tamamlayıcısı niteliği taşıyan haklardan vazgeçildiği şeklinde bir yorum yapmak mümkün değildir<sup>91</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, satıcının, yeni araçlar için garanti karnesindeki şartlar dâhilinde tam bir fabrika garantisi tanıdığı ve fakat başkaca taleplerin ileri sürülemeyeceğini düzenleyen bir sözleşme kaydını incelemiştir. Mahkeme bu kaydı, yeterince açık olmadığı, vasat bir alıcının, imalatçının bu şekilde ayıptan

---

yerine getiremeyen tersaneci, iş sahibinin zararlarını tazmin etmekle yükümlü kılınmıştır. Gemilerin dönüştürme masrafları, bu süre zarfında gemilerin kullanılmamasından doğan zararlar ve dönüştürme neticesinde gemide meydana gelen değer düşmesi iş sahibinin zararı kapsamında sayılmıştır. *Curtis*, s. 162. Alman Federal Mahkemesi de ayıba karşı tekeffülden doğan dönme, indirim ve ifa etmemeye bağlı tazminat taleplerinin kaldırılmasına yönelik kayıtların tamirin gecikmesi, ihmal edilmesi, yanlış yapılması ya da imkânsız olması durumlarında geçersiz olduğuna hükmetmektedir. *Fischer-Zernin*, s. 7. İsviçre Federal Mahkemesinin de aynı yöndeki BGE 91 II 344 sayılı kararı için bkz. *Aküinal*, T.: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu ve Onarım Garantisine İlişkin 25 Mayıs 1966 Tarihli Kararı” MHAD, Yıl 1973, C. 7, S.10, s. 248.

<sup>88</sup> Bkz. *Tandoğan*, s. 193; *Burcuoğlu*, s. 296; *Öz*, M. T.: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 97; *Seliçi*, s. 175.

<sup>89</sup> Satım sözleşmesi açısından benzer bir görüşü savunan *von Büren*’e göre satım sözleşmesinde fabrika garantisi veren bir satıcının gerekli sürede ayıbı gidermediği durumlarda, alıcı arka planda kalan haklarını (dönme ve ücretten indirim) kullanabilecektir. Bkz. *von Büren*, s. 49. Aynı yönde bkz. *Witschi*, s. 53.

<sup>90</sup> *Curtis*, s. 104.

<sup>91</sup> *Wüstendörfer*, s. 81-82.

doğan kanuni sorumluluğunu sınırlandırdığını bilemeyeceği gerekçesiyle dar yorumlamış ve alıcının kanuni talep haklarından feragat ettiği şeklinde anlaşılamayacağına hükmetmiştir<sup>92</sup>.

Bu konuyla ilgili açıklamalarımızı tamamlamadan önce NSF formunda, tersanecinin garanti borcu kapsamında ayıba bağlı dolaylı zararlardan sorumlu olmayacağını ifade edildiğini<sup>93</sup>; ancak diğer kanuni ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kaldırıldığı yönünde açık bir hükme yer verilmediğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla bu form bakımından sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarının uygulanmayacağı yönünde bir sonuç kabul edilemez.

## V. SONUÇ

İnşa edilen gemide ortaya çıkan ayıpların tamir edilmek suretiyle giderilmesi ve bu suretle iş sahibinin sözleşmeden dönmeye ve bedel indirimine yönelebilecek taleplerinin önlenmesi tersaneci için vazgeçilemez bir çözüm tarzı teşkil etmektedir. Bu nedenle tip sözleşmelerde yer verilen garanti taahhüdü ile tersaneciye teslimden sonra ortaya çıkan ayıpları giderme borcu yüklenmiş; bunun karşılığında ise iş sahibinin ayıbın giderilmesi hakkı dışındaki diğer hakları sınırlandırılmış, özellikle tersanecinin ayıba bağlı zararlardan doğan sorumluluğu kaldırılmıştır. Böylece sözleşme riskleri taraflar arasında paylaştırılmıştır.

Garanti borcunun varlığından bahsedebilmek için, gemi teslim edildikten sonra ve garanti süresi içinde bir ayıp ortaya çıkmalı ve bu ayıp tersanecinin riziko alanından doğmalıdır. Söz konusu ayıp malzeme ve işçilikteki hatalardan kaynaklanabileceği gibi tasarım hatalarından da ileri gelebilir. Tersanecinin garanti borcundan sorumluluğu için kusuru aranmaz. Tersaneci garanti borcu kapsamında sadece kendi riziko alanından kaynaklanan ayıpları tamir etmekle yükümlü olup, kötü kullanım, normal yıpranma ve eskime ve iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle meydana gelen ayıpları gidermekle yükümlü değildir.

<sup>92</sup> *Aknüna*, Federal Mahkeme Kararı, s. 249.

<sup>93</sup> NSF Art. X. 3 (a).

Garanti borcu genellikle garanti süresi adı verilen bir süre ile sınırlandırılmaktadır. Bu sürenin ihbar süresi olarak nitelendirilmesi tip sözleşmelerde açıkça en kısa sürede ihbar yapılması öngörüldüğünden mümkün değildir. Bu nedenle garanti borcunun doğumu için zamanında bir ihbarda bulunulmalıdır.

Garanti borcunun kararlaştırılması sonucunda tersaneci ayıbın giderilmesini üstlenmektedir. Garanti borcu ile ayıbın giderilmesine ilişkin tüm masraflar, aşırı dahi olsa tersanecinin üzerinde bırakılmıştır. Bu düzenleme tarzı ilk bakışta tersaneci aleyhine gibi gözükse de iş sahibinin sözleşmeden dönme ve bedel indirimi hakları kaldırıldığından sözleşme bedelini emniyete alması açısından tersaneci lehinedir. Ancak belirtmek gerekir ki, garanti borcuna yer verilmiş olması ayıplı ifadan doğan diğer hakların sona ermesi için yeterli değildir. Bunun için sözleşmede açık hükümlere yer verilmesi gerekir. Diğer yandan masraf riskini üzerine alan tersaneci, sınırsız bir sorumluluk üstlenmek istemiyorsa, belli bir değeri aşan onarım çalışmasının garanti taahhüdü kapsamında olmayacağını sözleşmede belirtmelidir.

Garanti süresi içinde tamir edilen malzeme ve parçalar da, ilave garanti kapsamındadır. Ancak bu garantinin toplamda teslimden itibaren iki yılı geçemeyeceği veya altı aylık bir süreye tabi olacağı, sözleşmede kararlaştırılmaktadır. Diğer yandan ortaya çıkabilecek yeni ayıplar bakımından, ilk ayıbın onarılması talebiyle birlikte garanti süresinin duracağı kabulü hakkaniyete uygun düşer.

## KISALTMALAR CETVELİ

Art.	Article
Aufl.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AWES	Association of Western Europe Shipbuilders
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	Band
BIMCO	The Baltic and International Maritime Council
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
dn.	Dipnot
E.	Esas
Ed.	Edition
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
m.	madde
Mad.	Madde
MBD	Manisa Barosu Dergisi
MHAD	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
n.	satır numarası
N.	Kenar Numarası
NSF	Norwegian Standart Form
OR	Obligationenrecht
p.	paragraf
S.	Sayı
s.	sayfa
SAJ	Shipbuilders Association in Japan
SIA	Schweizerischer Ingenieur und Architekten – Verein
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TK	6762 sayılı Mülga Ticaret Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
v.	versus
Vorbem.	Vorbemerkungen
Yarg.	Yargıtay

## KAYNAKÇA

- Akbulut, H. A.* “İstisna Akdi (Eser Sözleşmesi) Üzerine Bir İnceleme”, MBD 1984, C. 3, S. 8, s. 14-16.
- Akıncı, S.* “Gemi Mülkiyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXIII, Sayı 3-4, İstanbul 1958.
- Akünel, T.* “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu ve Onarım Garantisine İlişkin 25 Mayıs 1966 Tarihli Kararı” İÜMHAD, Yıl 1973, C. 7, S.10 (“Federal Mahkeme Kararı).
- Akünel, T.* “Satıcının Onarım Garantisi”, İÜHFM, C. XXXVIII, S.1-4, s. 547-570.
- Aral, F.* Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, B. 8, Ankara 2010.
- Ayan, A.* “İstisna Akdinde Zamanaşımı”, Adalet Dergisi, Yıl 78, Temmuz-Ağustos, S. 4, 1987.
- Becker, H.* (çev. *Dura, S. A.*)İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Ankara 1993.
- Brändli, R.* Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Zürich/St. Gallen 2007.
- Burcuoğlu, H.*“Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Anısına Armağan, Ankara 1990.

- Bühler, T.* Obligationenrecht, Teilband V 2d, Art.363-379, Zürich 1998.
- Clarke, M. A.* Shipbuilding Contracts, A Comparative Analysis of Contracts in the Major Maritime Jurisdictions, Comite Maritime International, 2<sup>nd</sup> Ed., London 1992.
- Curtis, S.* The Law of Shipbuilding Contracts, 3. Ed., London 2002.
- Çağa, T./Kender, R* Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, B. 14, İstanbul 2005.
- Egli, A.* “Die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes”, Das Private Baurecht der Schweiz, Beiträge für die Praxis, Zürich 1994 s. 85-102.
- Fischer-Zernin, V.*“Die Haftung der Werft aus dem Schiffbauvertrag für Mängel des Schiffes”, Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Reihe A: Berichte und Vorträge, Heft 19, Hamburg 1974.
- Gauch, P.* Der Werkvertrag, 4. Überarbeitete und Erweiterte Auflage, Zürich 1996.
- Gautschi, G.* Der Werkvertrag, Artikel 363-379 OR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Bern 1967.
- Gelenbeg, M. H.* Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul 1938.
- Govare, J. P.*“International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection with Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956.
- Götz, V.* Sachmangelbeseitigung beim kauf : recht und pflicht der nachbesserung, Bielefeld 1960.
- Gümüş, M. A.* Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010.
- Hill, C.* Maritime Law, 6<sup>th</sup> Ed., London Hong Kong 2003.

- Hodges, S. / Hill, C.* Principles of Maritime Law, London - Hong Kong 2001.
- İstanbulu, A.* Gemi İnşa Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.
- Kaner, İ. D.* Deniz Ticareti Hukuku, (Giriş-Gemi-Donatan ve Donatma İştiraki-Kaptan), İstanbul 2001.
- Kapanacı, K. B.* 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012.
- Kender, R./Çetingil, E.* Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları İle Birlikte) Temel Bilgiler, B. 8, İstanbul 2007.
- Lawson H. B./Norton, J. E.* “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956.
- Mandaraka-Sheppard, A.* Modern Admiralty Law With Risk Management Aspects, London-Sydney 2001.
- Okay, S.* Deniz Ticareti Hukuku, I, Giriş – Gemi, Donatan ve Donatma İştiraki, Gemi Adamları, B. 3, İstanbul 1970.
- Olgaç, S.* Kazaî ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Cilt II, B. 2, İstanbul 1970.
- Öz, M. T.* İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- Schlatter, H.* Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag insbesondere für Wermängel nach Schweizerischem Recht, Schaffhausen 1934.
- Seliçi, Ö.* İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.
- Selimoğlu, Y. E.* “Eser Sözleşmesi ve Kavramlar”, Faruk Erem’e Armağan, Ankara 1999.



- Tandoğan, H.* Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, B 3, Ankara 1987.
- Tunçomağ, K.* Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, B. 3, İstanbul 1977.
- Turanboy, A.* “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, AÜHFD, C. 65, S. 10-12, s. 151-189.
- Uçar, A.* İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.
- von Büren, B.* Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184- 551), Zürich 1972.
- Wahl, A.* (Çev. Berker, K.) Deniz Ticaret Hukuku, Nazari ve Ameli, Ankara 1948.
- Witschi, H.* Garantieklauseln und Garantiefrieten in Kauf- und Werkvertrag nach Schweizerischem Recht, Bern 1950.
- Wüstendörfer, H.* Tatsachen und Normen des Schiffbaues, Hamburg 1920.
- Yavuz, C./Özen, B. /Acar, F.* Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, B. 7, İstanbul 2009.
- Zindel, G. G./Pulver, U.* Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel-Genf-München 2003.

# KARAR İNCELEMELERİ

## İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN ESER SAHİPLİĞİNİN TESPİTİNE İLİŞKİN KARARININ İNCELENMESİ

*Bahar Öcal Apaydın\**  
*İdil Tuncer Kazancı\*\**

### ÖZET

Karar incelemesi kapsamında, İsviçre Federal Mahkemesinin 1 Nisan 2010 tarihli ve 4A\_638/2009 sayılı eser sahipliğinin tespitine ilişkin kararı ele alınmıştır. Söz konusu karar Cenevre Kenti bünyesinde oluşturulmuş “Cenevreli İtfaiyecilerinin Turuncu Rehberi” isimli fikri ürünün eser sahipliğinin tespiti talepli davanın, Cenevre Kanton Mahkemesi Hukuk Dairesi’nde reddedilmesi üzerine bu ret kararının temyizden incelenmesine ilişkindir. Bu kapsamda söz konusu kararda, öncelikle temyiz incelemesi bakımından temyiz talep edenin tespit davası açmakta hukuki menfaati olup olmadığı, eser sahipliğinin tespiti talebi bakımından zamanaşımı ve iyiniyet olguları tartışılmıştır. Bu konuları aydınlatmak içinse eser sahibi olarak tanıtılma hakkının hukuki niteliği ele alınmıştır. Ardından temyiz incelemesi kapsamında “Cenevreli İtfaiyecilerinin Turuncu Rehberi”nin, “eser” olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu tartışılmış ve eser sahipliği ile ortak eser sahipliği olguları değerlendirilmiştir. Karara ilişkin incelememiz, Federal Mahkemenin çizdiği sınırlar dâhilinde İsviçre Hukuku ile karşılaşmalı olup, Türk Hukuku kapsamında yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Eser sahipliğinin tespiti davası, eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, eser, eser sahipliği, ortak eser sahipliği.

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi (ocalbahar@gmail.com).

\*\* İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi ([idal.tuncer@izmir.edu.tr](mailto:idal.tuncer@izmir.edu.tr) – [idiltuncer@yahoo.fr](mailto:idiltuncer@yahoo.fr)).

## **ANALYSIS OF THE SWISS FEDERAL COURT'S DECISION REGARDING THE DECLATORY ACTION OF AUTHORSHIP**

### **ABSTRACT**

The decision number 4A\_638/2009 of 1<sup>st</sup> of April 2010 of Swiss Federal Court about declaratory action of authorship is dealt within the scope of this court decision study. After the Civil Department of Canton Court of Genève declined the claim of authorship on the “Orange Guide of Firemen of Genève” which was created under the direction of City of Genève; the claimant filed an appeal to the Federal Court. First of all, the Federal Court discussed whether the appellant has a legal interest to bring a declaratory action of authorship; secondly the prescription and goodwill were discussed with respect to the claim of the declaratory action. The legal characteristic of right of attribution was taken into account in order to illuminate these facts. In the appellate review, it is discussed whether the “Orange Guide of Firemen of Genève” can be considered as an intellectual work and then the phenomenon of authorship and co-authorship were examined. Our court decision study which is limited in the framework of the Federal Court is not only within the context of Turkish Law but also Swiss Law in a comparative way.

**Keywords:** Declaratory action of authorship, right of attribution, intellectual work, authorship, co-authorship.

### **I. KARARIN KENDİSİ**

#### **Arrêt du Tribunal fédéral**

Tribunal fédéral

4A\_638/2009

Arrêt du 1er avril 2010 Ire Cour de droit civil

Mmes et MM. les Juges Klett, Présidente, Corboz, Rottenberg Liatowitsch, Kolly et

Kiss. Greffière: Mme Godat Zimmermann.

Christian de Siebenthal, représenté par Me Ivan Cherpillod, recourant,  
contre

Ville de Genève, intimée.

droit d'auteur; action en constatation,

recours contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton  
de Genève

du 13 novembre 2009.

Faits:

**A. A.a** Christian de Siebenthal est titulaire d'un diplôme d'ingénieur-chimiste EPFL. En 1977, il a travaillé durant quatre mois en tant que dessinateur de plans d'intervention auprès du Service d'incendie et de secours de la Ville de Genève (ci-après: le SIS). Le 6 octobre 1978, le SIS a engagé à nouveau Christian de Siebenthal, mais cette fois-ci en qualité de chimiste-documentaliste avec un taux d'activité de 20%. Les parties étaient liées par un contrat de travail temporaire, qui a été régulièrement renouvelé jusqu'au 31 décembre 2001; dès le 1er janvier 2002, le chimiste a bénéficié d'un contrat de travail pour employé régulier. Parallèlement à son activité à temps partiel auprès du SIS, Christian de Siebenthal a obtenu un diplôme de médecin-dentiste en 1982, puis a ouvert son propre cabinet.

De 1962 à 1988, le SIS était dirigé par A. \_\_\_\_\_, ingénieur-technicien diplômé de l'école technique de Genève et disposant d'une formation d'officier NBC (nucléaire, bactériologique, chimiste). B. \_\_\_\_\_ lui a succédé et est resté à la tête du service jusqu'en 2004. Depuis cette année-là et encore aujourd'hui, C. \_\_\_\_\_ dirige le SIS.

Les tâches de Christian de Siebenthal au sein du SIS ont toujours été les mêmes. Selon un cahier des charges daté du 24 août 2001, l'employé devait établir les fiches de l'ouvrage intitulé "Répertoire des produits dangereux" ou "Guide orange des sapeurs-pompiers genevois" (ci-après: Guide orange) et contrôler les imprimés de ce document; il était également chargé de l'instruction chimique dans les écoles de formation du SIS et devait assurer la formation permanente des sections d'intervention dans le domaine de la chimie; il lui appartenait enfin de conseiller la direction du service pour l'acquisition des moyens de lutte contre les produits chimiques.

Le Guide orange est un manuel d'intervention pratique destiné d'abord aux sapeurs-pompiers genevois. Pour chaque produit dangereux, il contient une description détaillée du produit et énumère les dangers qui lui sont liés, les mesures de protection personnelle, de sécurité et d'évacuation à prendre ainsi que les moyens d'extinction autorisés et les types de pompes et tuyaux adéquats pour les travaux de rétablissement.

Le guide est pourvu d'une reliure amovible et ses feuillets sont en papier indéchirable et résistant à l'eau, ce qui le rend pratique et maniable lors d'une intervention. En avril 1979, A. \_\_\_\_\_ avait rédigé une ébauche du répertoire des produits dangereux, qu'il voulait intituler "Le Livre jaune

des sapeurs-pompier". Le manuscrit contenait une table des matières, un projet de préface, se terminant par les noms de Christian de Siebenthal et A.\_\_\_\_\_, un mémento des mesures immédiates, une signalisation/identification des produits et une échelle des dangers; deux fiches de produits dangereux, dactylographiées, étaient jointes. Le 31 juillet 1979, A.\_\_\_\_\_ a demandé au Conseil administratif de la Ville de Genève un crédit spécial pour la réalisation de l'ouvrage. Tirée à 350 exemplaires et comportant 118 fiches, la première édition du Guide orange est parue en 1979. Dans la préface, A.\_\_\_\_\_ indiquait que "la réalisation de ce guide SPG a été rendue possible grâce à la collaboration efficace de Monsieur Ch. de Siebenthal, Ingénieur-Chimiste, qui a effectué des stages dans notre service en participant aux opérations."

Le Guide orange a été régulièrement mis à jour, au fur et à mesure que l'ONU communiquait de nouvelles données relatives aux produits dangereux. Il a été réédité en 1985, 1992 et 2003, toujours aux frais de la Ville de Genève. Sa dernière version se décline en trois volumes et comporte 990 fiches. Comme dans les éditions précédentes, les armoiries de la Ville de Genève et, en-dessous, la mention du SIS figurent sur la page de couverture. Le guide est devenu l'ouvrage de référence des sapeurs-pompier francophones; il a été recommandé par le Ministère de l'Intérieur français et est utilisé par plusieurs industries chimiques et de transport. Le site Internet de la Ville de Genève fait référence au Guide orange et indique que son concepteur et éditeur est le SIS.

Pendant de nombreuses années, Christian de Siebenthal y était cité comme conseiller technique. Dans la deuxième édition, la préface rédigée par A.\_\_\_\_\_ mentionnait à nouveau que "la réalisation de cet ouvrage a(vait) été rendue possible grâce à la collaboration de Monsieur Christian de Siebenthal, ingénieur-chimiste, qui participe à nos interventions depuis de nombreuses années, ainsi qu'à l'instruction de notre personnel", formulation reprise par C.\_\_\_\_\_ dans la préface de la quatrième édition. Par ailleurs, chaque édition comporte un avant-propos rédigé et signé par Christian de Siebenthal.

Dans un rapport du 31 janvier 2001 établi en vue de l'ouverture d'un crédit extraordinaire de 330'000 fr. pour la réimpression du Guide orange, la Commission des sports et de la sécurité relate les propos de B.\_\_\_\_\_, décrivant Christian de Siebenthal, "dentiste de profession, comme un passionné de chimie qui a mis son enthousiasme et ses compétences au service du SIS" et qui "a élaboré le Guide orange en 1979, afin de faire

connaître les produits dangereux auxquels les sapeurs-pompiers peuvent être confrontés sur le terrain". Il ressort du même rapport que le Guide orange est une oeuvre protégée par le droit d'auteur, qu'il est conseillé d'y apposer la mention "copyright" et qu'une copie de l'ouvrage non autorisée par la Ville de Genève pourrait donner lieu à des dommages-intérêts.

**A.b** En 2004, Christian de Siebenthal a appris que le maire de Genève souhaitait confier à un tiers l'édition et la commercialisation du Guide orange. Par courriers des 13 octobre 2004 et 15 mars 2005, il a demandé à C. \_\_\_\_\_ de pouvoir reprendre à son compte la gestion du guide en partenariat avec la Ville de Genève, en qualité de chef d'entreprise et non d'employé. En avril 2006, il a fait savoir au SIS qu'il souhaitait reprendre à son compte l'exploitation scientifique et commerciale du guide et acquérir les droits sur les copyrights déjà existants et à venir, ainsi que les droits de traduction.

Par lettre du 24 juillet 2006, C. \_\_\_\_\_ a informé Christian de Siebenthal que le maire avait écarté sa proposition qui, à ses yeux, ne permettait pas de garantir une pérennité d'édition, ni de préserver et rentabiliser les investissements financiers consentis jusqu'alors par la Ville de Genève.

**A.c** Le 10 octobre 2006, Christian de Siebenthal a déposé une requête de mesures provisionnelles, tendant notamment à faire interdiction à la Ville de Genève de déposer tout ou partie du Guide orange, de confier à quiconque l'édition et/ou la commercialisation de l'ouvrage, de confier à quiconque sa réimpression et/ou sa reproduction et de supprimer le lien sur le site Internet de la ville renvoyant au dit guide.

Lors d'une audience tenue le 24 janvier 2007, Christian de Siebenthal a retiré sa requête, en raison de l'absence d'urgence. En effet, la Ville de Genève n'avait alors passé aucun contrat en relation avec le Guide orange et n'avait pas entamé non plus de pourparlers à ce sujet. Par courrier du 23 mars 2007, la Ville de Genève a résilié le contrat de travail la liant à Christian de Siebenthal, invoquant une rupture du lien de confiance à la suite du dépôt de la requête de mesures provisionnelles. Se plaignant d'un licenciement abusif, l'employé a saisi la juridiction des prud'hommes. En première comme en seconde instance, il a été débouté de ses conclusions.

**B.** Par acte déposé le 9 juillet 2008, Christian de Siebenthal a formé une action en constatation de droit contre la Ville de Genève, tendant à faire constater qu'il est l'auteur du Guide orange. La Ville de Genève a conclu

au rejet de l'action. Statuant le 13 novembre 2009 en instance cantonale unique, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a débouté le demandeur des fins de son action.

C. Christian de Siebenthal interjette un recours en matière civile. Il conclut, principalement, à ce qu'il soit constaté qu'il est l'auteur du répertoire des produits dangereux, communément appelé Guide orange. A titre subsidiaire, il demande au Tribunal fédéral de renvoyer la cause à la Cour de justice pour nouvelle décision. La Ville de Genève propose le rejet du recours. Pour sa part, la Chambre civile se réfère aux considérants de son arrêt.

Considérant en droit:

**1.1** La Chambre civile a statué en tant qu'instance cantonale unique au sens de l'art. 64 al. 3 LDA (RS 231.1). Dans ce cas-là, le recours en matière civile est recevable sans égard à la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF) et même si le tribunal supérieur n'a pas statué sur recours (art. 75 al. 2 let. a LTF). Au surplus, interjeté par la partie qui a succombé dans ses conclusions (art. 76 al. 1 LTF), le recours a été déposé dans le délai (art. 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi.

**1.2** Le recours en matière civile peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur la violation d'un droit de rang constitutionnel ou sur une question afférente au droit cantonal ou intercantonal si le grief n'a pas été invoqué et motivé de manière détaillée par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF). Pour le reste, il applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être limité par les arguments soulevés dans le recours ni par la motivation retenue dans la décision déférée; il peut donc admettre un recours pour d'autres motifs que ceux qui ont été articulés, ou à l'inverse, rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente (ATF 135 III 397 consid. 1.4 p. 400; 134 III 102 consid. 1.1 p. 104). Cependant, compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance,

toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui (ATF 135 III 397 consid. 1.4 p. 400; 134 III 102 consid. 1.1 p. 105).



Par ailleurs, le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si les constatations de l'autorité précédente ont été établies de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 135 III 127 consid. 1.5 p. 130, 397 consid. 1.5 p. 401; 135 II 145 consid. 8.1 p. 153) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et pour autant que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

**2.** La Chambre civile a débouté le recourant des fins de son action en constatation sur la base de deux motivations indépendantes. Premièrement, elle a jugé que le recourant n'avait pas démontré être l'auteur du Guide orange. A titre subsidiaire, elle a considéré que, même s'il en avait été l'auteur, il aurait perdu "ses droits à la constatation" pour cause de péremption. Conformément aux exigences déduites de l'art. 42 al. 2 LTF (ATF 133 IV 119 consid. 6.3 p. 120 s. et les arrêts cités), le recourant s'en prend à chacune de ces motivations de sorte que son recours est recevable à cet égard.

**3.** Il convient tout d'abord d'examiner la motivation subsidiaire de l'arrêt attaqué qui, on le verra, a trait en réalité à la qualité pour tenter l'action en constatation au sens de l'art. 61 LDA.

**3.1** La cour cantonale a jugé que le recourant disposait d'un intérêt légitime à faire

**constater** qu'il est l'auteur du Guide orange. Elle a considéré toutefois que son action était périmée pour les motifs cumulatifs suivants: depuis la première parution du guide en 1979, le recourant a attendu près de 27 ans avant de revendiquer ses droits d'auteur sur l'ouvrage; dans cette période, le guide a acquis une valeur économique appréciable puisqu'entre 1980 et 1995, le bénéfice net provenant de la vente de l'ouvrage s'est élevé à 168'000 fr.; enfin, l'intimée était de bonne foi.

Le recourant fait valoir que la péremption ne peut affecter que les actions en abstention et en cessation du trouble, à l'exclusion des actions en constatation de droit pour lesquelles seule la question de l'intérêt à agir se pose. Au demeurant, les conditions d'une péremption ne seraient pas réunies en l'espèce dès lors que le recourant n'avait aucune raison d'ouvrir

action tant que son activité se déroulait harmonieusement au sein du SIS. Au surplus, le temps écoulé pendant la procédure devant les prud'hommes est inférieur à cinq ans et l'intimée n'a pas acquis dans l'intervalle un certain goodwill appréciable monétairement.

**3.2** L'invocation tardive de prétentions fondées sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle peut conduire, en application de l'art. 2 CC, à la péremption de ces prétentions et, par conséquent, du droit d'action qui leur est lié. La péremption implique que l'ayant droit ait toléré la violation de ses droits pendant une longue période sans s'y opposer et que l'auteur de la violation ait acquis entre-temps une position digne de protection (arrêt 4C.371/2005 du 2 mars 2006 consid. 3.1 et les arrêts cités, in SJ 2007 I p. 7 et in sic! 2006 p. 500). Une péremption éventuelle ne peut concerner qu'une action en exécution (art. 62 LDA), introduite par une personne qui subit ou risque de subir une violation de son droit d'auteur ou d'un droit voisin. Pour sa part, l'action en constatation, dont la recevabilité est régie par le droit fédéral, n'est soumise à aucune limitation dans le temps. Elle suppose uniquement que le demandeur ait un intérêt légitime à la constatation (art. 61 LDA). C'est lors de l'examen de cet intérêt que l'écoulement du temps peut avoir son importance. Selon les circonstances, un retard à agir sera en effet interprété comme une approbation de la situation litigieuse ou comme l'expression d'un manque d'intérêt à la constatation, ce qui amènera le juge à nier l'intérêt légitime du demandeur (Barrelet/Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, 3e éd. 2008, n° 6 ad art. 61 LDA p. 337/338). Il n'y a donc pas à proprement parler de péremption de l'action en constatation.

De manière générale, l'intérêt légitime à la constatation au sens de l'art. 61 LDA peut être juridique ou simplement de fait, mais il doit être d'importance. Cette condition est remplie lorsqu'une incertitude plane sur un droit ou sur les relations juridiques des parties découlant du droit d'auteur et qu'une constatation judiciaire est susceptible de l'éliminer. N'importe quelle incertitude ne suffit pas; il faut qu'en se prolongeant, elle entrave le demandeur dans sa liberté d'action et lui soit objectivement insupportable.

L'intérêt à l'action en constatation fait en principe défaut lorsque le demandeur peut intenter une action en exécution (arrêt 4A\_55/2007 du 29 août 2007 consid. 5.2.1 et les arrêts cités, in sic! 2008 p. 209).

**3.3** En l'espèce, le recourant veut faire reconnaître qu'il est l'auteur du Guide orange. Pour atteindre ce but, l'action en constatation est à la disposition du prétendu auteur (cf. François Dessemontet, *Le droit d'auteur*, 1999, p. 143), une action en exécution n'entrant pas en ligne de compte. Par ailleurs, l'intimée conteste la qualité d'auteur du recourant qui se proclame comme tel, de sorte qu'il y a bien incertitude à ce sujet. Cette situation est objectivement insupportable pour celui qui se prétend auteur de l'oeuvre. Sur ce point, on ne saurait imposer au recourant de se satisfaire d'une incertitude durable parce qu'il est resté inactif pendant 27 ans, soit de la première publication de l'oeuvre jusqu'au dépôt de la requête de mesures provisionnelles. Avant que les relations entre les parties se détériorent en 2006, le recourant n'avait aucune raison de faire constater sa qualité d'auteur par la voie judiciaire. Jusque-là, il pouvait penser de bonne foi que l'intimée ne contestait pas qu'il était l'auteur du guide. En particulier, l'édition de l'ouvrage par la Ville de Genève, avec l'appellation du SIS sur la couverture, ne démontrait pas que l'intimée, par son service, se considérait comme l'auteur du guide, puisque seule une personne physique peut être auteur (art. 6 LDA) et que la présomption de l'art. 8 al. 2 LDA en faveur de l'éditeur d'une oeuvre apparemment anonyme n'emporte pas cession de la qualité d'auteur (cf. Manfred Reh binder, *Schweizerisches Urheberrecht*, 3e éd. 2000, n° 116 p. 127). Dans ces circonstances, l'attitude du recourant ne saurait être interprétée comme l'expression d'un manque d'intérêt à la constatation de sa qualité d'auteur du Guide orange.

Au demeurant, l'auteur dispose sur son oeuvre notamment de prérogatives morales (droit moral), dont le droit de paternité incluant le droit de faire reconnaître sa qualité d'auteur (art. 9 al. 1 LDA). Or, le droit moral ne peut pas être cédé; c'est dire qu'il est indissociablement lié à la personne physique qui a qualité d'auteur (Barrelet/Egloff, *op. cit.*, n° 7 ad art. 9 LDA p. 45; Gitti Hug, in Müller/Oertli, *Urheberrechtsgesetz (URG)*, 2006, n° 10 ad art. 9 LDA p. 74). Dès l'instant où l'auteur ne peut renoncer à son droit moral, l'intérêt d'une personne physique à faire constater qu'elle est l'auteur d'une oeuvre déterminée existe toujours et ne saurait disparaître par l'écoulement du temps. Une telle constatation permettra à l'auteur par exemple de prévenir une atteinte à l'intégrité de son oeuvre qu'il n'aurait pas autorisée.

C'est le lieu de préciser qu'une éventuelle reconnaissance judiciaire de la qualité d'auteur d'une oeuvre ne préjuge encore en rien du point de savoir

si, préalablement, des droits moraux transmissibles ou des droits d'auteur patrimoniaux ont été ou non cédés par l'auteur, dans le cadre par exemple du contrat de travail qui liait les parties.

Cela étant, la cour cantonale ne pouvait pas rejeter l'action au motif que le recourant avait tardé à agir. Le grief tiré d'une mauvaise application de l'art. 2 CC en relation avec l'art. 61 LDA est fondé.

**4. 4.1** Dans la motivation principale de l'arrêt attaqué, la cour cantonale a jugé que le recourant n'est pas l'auteur du Guide orange, dont elle attribue la paternité à A. \_\_\_\_\_.

Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 6 LDA. A son avis, les critères appliqués par la Chambre civile ne sont pas pertinents pour définir la qualité d'auteur. Ainsi, le fait que le recourant ne soit pas pompier ne serait pas déterminant puisque l'ouvrage nécessitait avant tout des compétences de chimiste. Par ailleurs, les notes manuscrites de A. \_\_\_\_\_, démontrant qu'il avait réfléchi à la conception, forme et présentation du guide, ne suffiraient pas à en faire un auteur dans la mesure où la cour cantonale ne constate pas que l'oeuvre a été effectivement réalisée sur la base de ces notes.

L'obtention d'un crédit pour la publication de l'oeuvre ne serait pas non plus pertinente à cet égard. Le recourant réfute en outre n'avoir fait qu'un travail de compilation. Le travail de vulgarisation que la cour cantonale lui reconnaît tout de même donnerait du reste prise au droit d'auteur. Le recourant conteste également que le choix d'un papier indestructible et résistant à l'eau pour l'ouvrage lui-même puisse avoir une pertinence quelconque pour attribuer à une personne la qualité d'auteur. De même, celui qui définit le but de l'ouvrage, pose des critères de présentation ou donne des instructions ne saurait de ce fait être considéré comme l'auteur. Selon le recourant, la cour cantonale a ignoré enfin des éléments de sa propre décision qui démontraient qu'il avait bel et bien créé l'oeuvre concrète, comme par exemple le fait qu'il avait été chargé de mettre à exécution le projet ou le rapport de la Commission des sports le désignant comme celui qui avait élaboré le guide.

**4.2** Il n'est pas contesté que le Guide orange est une oeuvre au sens de l'art. 2 al. 1 LDA, soit une création de l'esprit qui a un caractère individuel, quelles qu'en soient la valeur ou la destination. Sont notamment des créations de l'esprit les oeuvres recourant à la langue, qu'elles soient littéraires, scientifiques ou autres (art. 2 al. 2 let. a LDA).

Le critère décisif réside dans l'individualité, qui doit s'exprimer dans l'oeuvre elle-même; l'originalité, dans le sens du caractère personnel apporté par l'auteur, n'est plus nécessaire selon la LDA entrée en vigueur en juillet 1993 (ATF 134 III 166 consid. 2.1 p. 169/170; 130 III 168 consid. 4.4 p. 172, 714 consid. 2.1 p. 717). Le caractère individuel exigé dépend de la liberté de création dont l'auteur jouit; si la nature de l'objet ne lui laisse que peu de marge de manoeuvre, par exemple pour une oeuvre scientifique, la protection du droit d'auteur sera accordée même si le degré d'activité créatrice est faible (ATF 113 II 190 consid. 2a p. 196; 117 II 466 consid. 2a p. 468; 130 III 168 consid. 4.1 p. 170). L'individualité se distingue de la banalité ou du travail deroutine; elle résulte de la diversité des décisions prises par l'auteur, de combinaisons surprenantes et inhabituelles, de sorte qu'il paraît exclu qu'un tiers confronté à la même tâche ait pu créer une oeuvre identique. Un compendium contenant des informations sur des médicaments a ainsi été jugé comme manquant de l'individualité requise (ATF 134 III 166 consid. 2.3.1, 2.3.2 et 2.5).

En l'espèce, ce qui fait l'individualité du Guide orange, c'est la présentation de chaque produit chimique par fiche, comprenant l'étiquette de danger correspondante, le panneau orange avec le numéro de danger ONU, une échelle allant de 0 à 4 indiquant les dangers pour la santé (carré bleu), en cas de feu (carré rouge), lors d'instabilité chimique à la chaleur (carré jaune) et de réaction avec l'eau (carré blanc) ou avec l'air à 20°C (carré rouge et jaune), une description du produit et de ses dangers, l'indication de l'attitude à adopter en cas de feu, de déversement sur terre ou dans l'eau, d'intoxication, la mention du matériel de protection et de récupération à utiliser, les constantes physiques et, selon les produits, une barre orange simple ou double indiquant si l'évacuation de la population est à envisager ou indispensable, ainsi qu'une description de la zone à évacuer en cas de fuite toxique ou de risque d'explosion. En revanche, ni le type de reliure, ni le choix du papier sur lequel le guide est imprimé ne participent à l'individualité de l'oeuvre (cf. Kamen Troller, Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2e éd. 1996, tome I, p. 19).

**4.3** Selon le principe du créateur (Schöpferprinzip), l'auteur est la personne physique qui a créé l'oeuvre (art. 6 LDA). La création d'une oeuvre dans le cadre d'un contrat de travail n'empêche pas l'employé d'acquérir le statut d'auteur (cf. Rémy Wyler, Droit du travail, 2e éd. 2008, p. 383; Daniel Alder, Urheberrecht und Arbeitsvertrag, in Urhebervertragsrecht, Magda Streuli-Youssef (éd.), 2006, p. 475; Kamen

Troller, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2e éd. 2006, p. 253; Katharina Rüdinger, Der Urheber im Arbeitsverhältnis aus rechtsvergleichender Sicht, 1995, p. 70). S'il est une personne physique, l'employeur ne sera coauteur que s'il a fourni un apport créatif original; tel ne sera pas le cas s'il se borne à exprimer certains vœux ou à donner quelques lignes directrices (Wyler, op. cit., p. 383). De manière générale, est coauteur celui qui concourt de manière effective à la détermination définitive de l'oeuvre ou à sa réalisation; la contribution du coauteur peut résider dans la forme ou dans la structure du contenu, pour autant que son apport revête l'individualité nécessaire (Troller, Précis, op. cit., p. 254). Le coauteur doit faire preuve d'une collaboration créatrice; celui qui exécute simplement les instructions d'un autre, sans qu'une marge de manoeuvre ne soit laissée à sa propre créativité, n'est pas un coauteur, mais un auxiliaire (Barrelet/Egloff, op. cit., n° 4 ad art. 7 LDA p. 37).

Comme déjà relevé, le caractère individuel de l'oeuvre réside en l'espèce dans la disposition originale de la matière, par fiches d'intervention comprenant pour chaque produit en tout cas une étiquette chimique, le numéro ONU, une échelle des dangers, une description du produit et des dangers qui lui sont liés, différentes rubriques indiquant aux intervenants comment agir au mieux selon les situations, ainsi qu'une indication des constantes.

Selon l'arrêt attaqué, le recourant n'est ni auteur, ni coauteur du Guide orange, car il devait suivre les instructions données par A.\_\_\_\_\_; la cour cantonale observe par ailleurs que celui-ci avait posé des critères, notamment de présentation. A ce propos, l'arrêt entrepris n'est guère précis. Il est simplement fait état d'instructions, sans que l'on sache exactement sur quoi elles portaient. De même, les critères de présentation posés par A.\_\_\_\_ ne sont pas énumérés. En particulier, la cour cantonale ne constate nulle part que A.\_\_\_\_\_ aurait décidé seul des éléments qui figurent en définitive sur les fiches d'intervention. Certes, elle se réfère aux notes manuscrites rédigées par A.\_\_\_\_\_ en avril 1979 qui, selon elle, démontrent que l'intéressé avait mûrement réfléchi à la conception, forme et présentation du guide. En réalité, sous la plume du chef du SIS, on trouve un titre, une table des matières, une préface, un mémento des mesures immédiates, une signalisation et identification des produits selon les panneaux oranges et les étiquettes de danger, ainsi que l'échelle des dangers; les deux exemples de fiches qui suivent ces notes sont dactylographiées et rien ne permet d'attribuer le choix de leur

structure au seul A.\_\_\_\_\_. On le peut d'autant moins que, au bas de son projet de préface, le chef du SIS a écrit de sa main le nom du recourant à côté du sien. En conséquence, il ne résulte pas des faits constatés dans l'arrêt attaqué que A.\_\_\_\_\_ avait fixé seul la disposition originale de la matière et que la tâche du recourant était celle d'un simple auxiliaire chargé de remplir des rubriques prédéterminées.

Cela étant, il est incontesté que c'est bien le recourant qui a rédigé les fiches composant le Guide orange. Certes, pas plus que pour A.\_\_\_\_\_, les faits constatés dans l'arrêt cantonal ne laissent apparaître que la forme et la structure des fiches et du guide en général ont été déterminées exclusivement par le recourant. A cet égard, le recourant fait grief à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 8 CC en refusant une expertise permettant de dater les projets de fiches qu'il avait produits. Dans la mesure où, selon le recourant lui-même, ces exemples ont été dactylographiés alors qu'il travaillait déjà au SIS, on ne voit pas comment une datation plus précise démontrerait qu'il a choisi seul les informations à faire figurer dans la fiche. Le moyen est mal fondé. Il n'en demeure pas moins que la Chambre civile relève elle-même qu'en 1978, le SIS a engagé le recourant en qualité de chimiste-documentaliste précisément "afin de réaliser et de mettre à jour les fiches du "Guide Orange"; or, à ce moment-là, aucun répertoire de produits dangereux n'existait. La cour cantonale retient également que le recourant a été "chargé, notamment en raison de ses très grandes compétences professionnelles, de mettre à exécution le projet, en compilant les données chimiques, les vulgarisant et les rendant utiles pour les besoins des sapeurs-pompiers." Plus loin, elle relève que le recourant "a largement participé à la réalisation des fiches dudit guide et que ses compétences, ainsi que son enthousiasme pour ce domaine, ont contribué à la qualité et la renommée du guide." Au surplus, la collaboration du recourant à la réalisation du guide a été louée dans la préface de toutes les éditions de l'ouvrage. Le recourant a également rédigé et signé l'avant-propos de chaque édition. Enfin, comme relevé plus haut, la paternité de l'oeuvre ne peut être attribuée uniquement à A.\_\_\_\_\_.

Dans ces conditions, la cour cantonale ne pouvait pas, sans violer le droit fédéral, dénier au recourant tout apport créatif au Guide orange et le réduire à un auxiliaire n'ayant eu aucune prise sur les choix qui font l'individualité de l'oeuvre. Il s'ensuit que la qualité de coauteur du Guide

orange doit être reconnue au recourant. L'arrêt attaqué sera réformé dans ce sens.

**5.** Le recourant n'obtient pas totalement gain de cause puisqu'il entendait faire constater qu'il est l'auteur unique du Guide orange. Il se justifie dès lors de partager les frais judiciaires par moitié entre les parties (art. 66 al. 1 LTF). L'intimée, qui n'est elle-même pas représentée par un avocat devant le Tribunal fédéral, versera au recourant une indemnité correspondant à la moitié des dépens auxquels il aurait eu droit s'il avait obtenu entièrement gain de cause (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

**1.** Le recours est admis partiellement et l'arrêt attaqué est annulé.

Page d'impression 7 de 8

Il est constaté que Christian de Siebenthal est coauteur du Répertoire des produits

dangereux, également nommé Guide orange des sapeurs-pompiers genevois.

**2.** Les frais judiciaires, arrêtés à 6'000 fr., sont mis par moitié à la charge de chaque partie.

**3.** Une indemnité de 3'500 fr., à payer à titre de dépens au recourant, est mise à la charge de l'intimée.

**4.** La cause est renvoyée à la Cour de justice pour nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

**5.** Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 1er avril 2010

Au nom de la Ire Cour de droit civil du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: La Greffière:

Klett Godat Zimmermann



## II. KARARIN ÇEVİRİSİ

Federal Mahkeme

4A\_638/2009

*1.Hukuk Dairesinin 1 Nisan 2010 Tarihli Kararı*

*Hakimler Klett Başkan, Corboz, Rottenberg, Liatowitsch, Kolly ve Kiss*

*Kâtip: Bayan Godat Zimmermann*

*Temyiz İncelemesini Talep eden Christian de Siebenthal, vekili Av. Ivan Cherpillod,*

*Karşı Taraf*

*Cenevre Kenti*

*Eser Sahipliği Hakkı, Tespit Davası*

*Cenevre Kanton Mahkemesi Hukuk Dairesinin 13 Kasım 2009 tarihli kararına karşı yapılan temyiz başvurusu*

### **Olaylar:**

**A. A.a** Christian de Siebenthal, EPFL (Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne) kimya mühendisi diplomasına sahiptir. 1977 yılında, Cenevre Kenti Yangın ve Yardım Servisi bünyesinde (Bundan böyle SIS olarak anılacaktır), 4 ay süreyle Müdahale Planı Tasarımcısı olarak çalışmıştır.

6 Ekim 1978 tarihinde SIS, Christian de Siebenthal'ı yeniden, bu defa, %20 faaliyet miktarı ve kimyager-araştırmacı sıfatı ile yeniden işe almıştır. Taraflar, geçici süreli iş sözleşmesi akdetmiş, bu sözleşme de 31 Aralık 2001 tarihine kadar yenilenmiş; 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren ise Kimyager, tam zamanlı işçilere uygulanan iş sözleşmesinden istifade etmiştir. SIS'te ifa ettiği kısmi zamanlı faaliyetine paralel olarak, Christian de Siebenthal 1982 yılında dış hekimliği diploması almış, kendi muayenehanesini açmıştır.

1962-1988 yılları arasında, SIS, NBC (Nükleer, bakteriyoloji, Kimyager) subayı eğitimine sahip, Cenevre Teknik Okulu mezunu Mühendis-Teknisyen A tarafından idare edilmiştir. Ardından B onu takip etmiş ve 2004 yılına kadar kurumun başında kalmıştır. O zamandan beri ve halen bugün C, SIS'i yönetmektedir.

Christian de Siebenthal'ın SIS nezdinde her zaman aynı görevi üstlenmiştir. 24 Ağustos 2001 tarihli görev defterine göre çalışan, "Tehlikeli Maddeler Fihristi" ya da "Cenevreli İtfaiyecilerin Turuncu Rehberi" (Bundan böyle Turuncu Rehber olarak anılacaktır) isimli eserin

fişlerini düzenlemek ve bu fihristin baskılarını kontrol etmekle; aynı şekilde, SIS in eğitim birimlerinde kimya eğitimi vermek, kimya alanında müdahale birimlerinin daimi eğitimlerini sağlamakla görevliydi; nihayet, kimyasal ürünlerle mücadele için edinilmesi gereken araçlar konusunda kurum yönetimine danışmanlık görevini de üstleniyordu.

Turuncu rehber, öncelikle Cenevreli itfaiyecilere yönelik, pratik bir müdahale el kitabıdır. Her tehlikeli madde için, maddenin tanımını ve buna bağlı tehlikelerin numaralandırılmış listesini, alınması gereken kişisel korunma, güvenlik ve tahliye tedbirleri ile izin verilen sona erdirmeye yöntemlerini ve eski hale getirme çalışmaları için uygun pompa ve hortum türlerini içerir. Rehber, bir müdahale anında kullanışlı ve pratik olmasını sağlayan çıkartılabilir bir ciltten meydana gelmiştir. Sayfaları ise yırtılmaz kâğıttan ve suya dayanıklı olarak üretilmiştir.

1979 Yılı'nın Nisanında, A “İtfaiyecilerin Sarı Kitabı” olarak adlandırmak istediği bir tehlikeli maddeler fihristi taslağı yazmıştır. Elle yazılmış taslak, içindekiler bölümü, Christian de Siebenthal ve A'nın adları ile sona eren önsöz tasarısı, acil tedbirlere ilişkin not, maddelere ait işaret tertibatı/tanımlama ve tehlike ölçeği içermekte; daktilo ile yazılmış iki adet tehlikeli madde fişi de taslağı ekli durumda bulunmaktadır. 31 Temmuz 1979'da A, Cenevre kenti İdare Meclisinden, eserin basımı için özel bir kredi talep etmiştir. Turuncu Rehberin ilk baskısı, 350 örnek ve 118 fiş ile 1979 yılında çıkmıştır. Önsözde A, “Cenevreli itfaiyecilerin bu rehberinin gerçekleşmesi, işlemlere katılarak stajını bizim birimizde tamamlayan Kimya Mühendisi Bay Christian de Siebenthal'ın etkili işbirliği sayesinde mümkün olmuştur” şeklinde bir ifade kullanmıştır.

ONU tehlikeli maddelere ilişkin yeni veriler elde ettikçe, Turuncu Rehber, düzenli olarak yenilenmiştir. 1985, 1992 ve 2003 yıllarında, Cenevre Kentinin ödenekleriyle, yeniden basılmıştır. Son baskısı 3 cilt ve 990 fişten oluşmaktadır. Önceki baskılarda da olduğu gibi, kapakta, Cenevre Kentinin arması ile onun altında SIS' in adı yer almaktadır. Rehber, Fransızca konuşan itfaiyecilerin başvuru kaynağı haline gelmiş, ayrıca Fransız İçişleri Bakanlığı tarafından tavsiye edilmekte ve pek çok kimya ve taşıma endüstrisinde kullanılmaktadır. Cenevre Kenti internet sitesi Turuncu Rehber'e atıf yapmakta, rehberi tasarlayan ve yazanın SIS olduğunu belirtmektedir. Uzun yıllar Christian de Siebenthal burada teknik danışman olarak yer almıştır. C tarafından da dördüncü baskının önsözünde yer verilen, A' nın kaleme aldığı ikinci baskının önsözünde, yine “bu eserin gerçekleştirilmesinin uzun yıllardır müdahalelerimize ve

aynı zamanda personelimizin eğitimine katılan Kimya Mühendisi Bay Christian de Siebenthal'ın etkili işbirliği sayesinde mümkün olduğu"ndan bahsedilmiştir. Öte yandan her baskı, Christian de Siebenthal tarafından kaleme alınmış ve imzalanmış bir önsöz içermektedir.

Turuncu rehberin yeniden basılması için 330.000 franklık olağanüstü bir kredinin açılması amacıyla düzenlenen 31 Ocak 2001 tarihli bir raporda, Spor ve Güvenlik Komisyonu, B'nin Christian de Siebenthal'ı tanımlayan "Aslen dış hekimi olup, heyecan ve yeteneklerini SIS'in hizmetine sunmuş bir kimya tutkunu" ve "1979 yılında itfaiyecilerin sahada karşılaşılabilecekleri tehlikeli maddeleri tanıtmak amacıyla Turuncu Rehberi hazırlamış kişi" ifadelerine yer verilmiştir. Yine aynı raporda, Turuncu Rehberin telif hakkıyla korunan bir eser olduğu ve "copyright" ifadesinin basılmasının tavsiye edildiği, Cenevre Kenti tarafından izin verilmemiş bir nüshasının tazminata konu olabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

**A.b.** 2004 yılında, Christian de Siebenthal, Cenevre Valisinin, Turuncu Rehberin baskısı ve ticarileştirilmesi işini üçüncü bir kişiye bırakmak istediğini öğrenmiştir. 13 Ekim 2004 ve 15 Mart 2005 tarihli mektuplar ile C' den çalışan değil, şirket kurucusu sıfatıyla Cenevre Kenti ile birlikte kendi adına Rehberin idaresini üstlenmesini istemiştir. 2006 Nisanında, (Vali) rehberin ticari ve bilimsel işletmesini yeniden üzerine almak, doğmuş ve doğacak telif hakları ile çeviri haklarını elde etmek istediğini SIS'e bildirmiştir.

24 Temmuz 2006 tarihli mektupla, C, valinin talebi Cenevre Kenti tarafından bugüne kadar yapılmış finansal yatırımların karlı hale getirilmesi ve korunması ile baskının devamlılığının garanti edilemediği gerekçesi ile reddettiği konusunda Christian de Siebenthal'ı bilgilendirmiştir.

**A.c.** Christian de Siebenthal, 10 Ekim 2006'da, Cenevre Kenti aleyhine, Turuncu rehberin tamamı veya bir kısmının elden çıkarılması, yeniden basılması veya çoğaltılması, baskısı ve ticarileştirilmesi amacıyla bir başkasına devrinin yasaklanması, Kent internet sitesi üzerinden rehberle ulaşımı sağlayan linkin kaldırılması amacıyla ihtiyati tedbir talep etmiştir.

24 Ocak 2007 tarihinde gerçekleştirilen duruşma sırasında Christian de Siebenthal, dilekçesini acil olmadığı gerekçesiyle geri çekmiştir. Gerçekten de Cenevre kenti, Turuncu Rehberle ilgili herhangi bir sözleşme akdetmemiş, bu konuyla ilgili görüşmeleri de sona

erdirmemiştir. 23 Mart 2007 tarihli mektupla Cenevre Kenti, ihtiyati tedbir talebi üzerine güven ilişkisinin koptuğu gerekçesiyle Christian de Siebenthal'ın iş sözleşmesini feshetmiştir. İş akdinin haksız feshi nedeniyle işçi, iş mahkemesinde dava açmıştır. İlk derece yargılamasında olduğu gibi, ikinci derece yargılamasında da talebi reddedilmiştir.

**B.** 9 Temmuz 2008 tarihli dilekçe ile Christian De Siebenthal, Cenevre kenti aleyhine Turuncu rehberin yazarının kendisi olduğunun tespiti talebiyle dava açmıştır. Cenevre Kenti, davanın reddini talep etmiştir.

İlk derece kanton yargılamasında, Cenevre Kantonu Hukuk Dairesi (Bundan böyle Hukuk Dairesi olarak anılacaktır), davacının talebini 13 Kasım 2009 tarihli kararı ile reddetmiştir.

**C.** Christian de Siebenthal kararı temyiz etmiştir. Öncelikle tehlikeli maddeler fihristinin, genel olarak da Turuncu Rehberin yazarının kendisi olduğunun tespitini talep etmiştir. Ek olarak, Federal Mahkeme'den, davası hakkında yeni bir karar verilmesi için Hukuk Dairesine iade etmesini talep etmiştir.

Cenevre Kenti, Hukuk Dairesi'nin hukuki gerekçelerle karar vermiş olduğunu ileri sürerek, temyiz talebinin reddini istemiştir.

### **Hukuki Gerekçeler;**

**1.** 1.1. LDA m. 64/III uyarınca Hukuk Dairesi, kantonal olarak yetkili tek mercidir. Bu durumda, hukuk davasında, dava değerine bakılmaksızın ve üst mahkeme talebini karara bağlamamış dahi olsa temyiz talebi kabul edilebilir (LTF m. 75/II b. A). Ayrıca talep, kanunda aranan süre (LTF m. 100) ve şekil (LTF m. 42) şartlarına uygun olarak haksız çıkan tarafça yapılmıştır.

**1.2.** Hukuk yargılamasında temyiz talebi, LTF m. 95 ve 96'da sayılan hukuka aykırılık hallerine dayanarak yapılabilir. Temyiz eden tarafından itiraz nedenleri arasında açıkça ileri sürülmediği ve gerekçelendirilmediği sürece, Federal Mahkeme, Anayasa'ya aykırılığı, kantonal veya kantonlararası hukuka ilişkin sorunları incelemeyiz (LTF m. 106/II). Bunun yanı sıra verilen kararın dayandığı gerekçelerle veya temyiz talepleriyle bağlı olmaksızın, hukuku kendiliğinden uygular (LTF m. 106/I); dolayısıyla, ileri sürülenlerden farklı bir nedenle temyiz talebini kabul edebilir veya aksine, önceki makamın dayandığı gerekçelerden farklı bir gerekçe ile talebi reddedebilir (ATF 135 III 397 1.4'e ilişkin s. 400; 134 III 102 1.1'e ilişkin s. 104). Bununla birlikte, gerekçenin zorunlu

içeriğine ilişkin LTF m. 42/I ve II de yer alan ve yokluğu talebin reddine yol açan hususları da dikkate alarak, Federal Mahkeme kural olarak sadece ileri sürülen vakıaları inceler; yoksa ilk derece mahkemesinde olduğu gibi, önünde tartışılmamış tüm hukuki meseleleri de incelemek zorunda değildir (ATF 135 III 397 1.4'e ilişkin s. 400; 134 III 102 1.1 'e ilişkin s. 105).

Buna karşın Federal Mahkeme, hukuki muhakemesini, bir önceki makam tarafından dayanılan vakıalar temelinde yapar (LTF 105/I). Federal Mahkeme, bir önceki makam tarafından yapılan tespitlerin açıkça hatalı olması ve aynı zamanda eksikliğin düzeltilmesinin dava nedeninin tespitine etki etmeye elverişli olması halinde, bu durumla bağlı değildir- Cst m. 9 anlamında hakem yargılamasına (ATF 135 III 127 1.5'e ilişkin s. 130, 397 1.5' e ilişkin s. 401; 135 II 145 8.1'e ilişkin s. 153)- veya LTF m. 95 kapsamında hukuka aykırılığa ilişkin kavram (LTF m. 105/II). Dolayısıyla bir önceki yargı makamına sunulmadıkça, hiçbir yeni vakıa ileri sürülemez veya yeni delil sunulamaz (LTF m. 99/I).

**2. Hukuk Dairesi,** temyiz talebinde bulunanın tespit talebini, iki bağımsız gerekçeye dayanarak reddetmiştir. Öncelikle, temyiz talep edenin, Turuncu Rehberin yazarı olduğunu kanıtlayamadığına kanaat etmiştir. Ayrıca, yazar olsa dahi, zamanaşımı nedeniyle, tespit talep etme hakkını kaybettiği sonucuna ulaşmıştır.

LTF m. 42/II de yer verilen gereklilikler uyarınca (ATF 133 IV 119 6.3' e ilişkin, s. 120 ve atıf yapılan kararlar) talebi bu kapsamda kabul edilebilir olabileceğinden temyiz talep eden, bu nedenlerin her birinden sorumludur.

**3. Öncelikle,** ileride de değinileceği üzere, aslen tespit davası açma yetkisine ilişkin temyize konu kararın, LDA m. 61 anlamında tamamlayıcı gerekçelerini incelemek uygun olur.

**3.1 Kanton Mahkemesi,** başvuranın Turuncu rehberin yazarı olduğunun tespitini talep etmekte hukuki yararının bulunduğu hükmetmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, sayılan nedenlerle, davasının zamanaşımına uğradığına da kanaat etmiştir: rehberin 1979'daki son baskısından bu yana başvuran, eser üzerindeki eser sahipliğinden doğan hakkını talep etmeden önce 27 yıl beklemiştir; bu dönem içerisinde, eser 1980-1995 yılları arasında kayda değer ekonomik bir değer elde etmiştir. Eserin satışından gelen net kar 168.000 franka yükselmiş olup; davalının da bu süre içerisinde iyiniyetli olduğu anlaşılmıştır.

Başvuran, zamanaşımının, tecavüzün önlenmesi davalarında etkisi olabileceğini; ancak dava açmada sadece hukuki menfaatin varlığının sorgulandığı tespit davalarında etkisi olamayacağını ileri sürmüştür. Zaten başvuranın, SIS nezdindeki faaliyetleri uyum ile devam ettiği müddetçe, zamanaşımının koşulları gerçekleşmiş olamaz. Üstelik iş mahkemesinde dava ile geçen zaman beş yılın altında olup, aleyhine temyize başvuru taraf bu süreçte dikkate değer parasal bir fark elde etmemiştir.

**3.2** Fikri mülkiyet hakkına tecavüze ilişkin gecikmiş iddiaların dermeyanı, CC (MK) 2'nin uygulanması ile bu iddiaların zamanaşımı sürelerini ve dolayısıyla bu haklara ilişkin dava haklarını akla getirir. Zamanaşımı, hak sahibinin hakkına yapılan tecavüzü, itiraz etmeden uzun süre hoş görmesi ve tecavüzü gerçekleştirenin bu süre içerisinde korunmaya değer bir konum elde etmesini sağlar. (2 Mart 2006 tarihli 3.1'e ilişkin 4C.371/2005 sayılı karar ve SJ 2007 I s. 7 ve sic! 2006 s. 500 de atf yapılan kararlar). Muhtemel zamanaşımı ancak, eser sahibinin hakkı veya komşu haklardan biri tecavüze uğramış veya tecavüze uğrama riski olan kişi tarafından ikame edilen eda davalarına ilişkin olabilir (LDA m. 62). Bu kişi bakımından, şartları federal kanun tarafından belirlenmiş tespit davası herhangi bir süre kısıtlamasına tabi değildir. Dava sadece, dava açanın tespit talep etmekte hukuki bir yararının bulunmasını gerektirir (LDA m.61). İşte bu yararın tespiti için yapılacak incelemede, zamanın geçmesi önem arz edebilir. Harekete geçmekte gecikme, duruma göre, hukuki duruma verilmiş bir onay veya tespit talebindeki menfaat yokluğu şeklinde değerlendirilebilir ki; bu da hâkimi, tespit talep edenin haklı menfaatini yadsımaya itebilir (Barrelet/Egloff, *Le Nouveau Droit D'auteur*, 3e Edition 2008, no: 6 LDA m. 61 s. 337/338). Dolayısıyla, tespit davasında zamanaşımından bahsetmeye gerek yoktur.

Genel olarak, LDA m. 61 anlamındaki tespit için haklı menfaat, yeterli önemi haiz olduğu sürece, hukuki de olgusal da olabilir. Bu koşul, özellikle belirsizliğin bir hak veya taraflar arasındaki eser sahipliğinden kaynaklanan hukuki ilişki üzerinde yoğunlaştığı ve bunun hukuki bir tespitle ortadan kaldırılabileceği durumlarda mevcuttur. Bu anlamda herhangi bir belirsizlik yeterli değildir; belirsizliğin uzun bir süre devam etmesi, talepte bulunanın dava açma hakkını engellemesi ve talep eden bakımından tahammül edilemez olması gerekir. Kural olarak tespit talep edenin eda davası açabileceği durumlarda tespit davası açmakta menfaati yoktur. (29 Ağustos 2007 tarihli 5.2.1'e ilişkin 4A\_55/2007 sayılı karar ve siz' 2008 s. 209'da atf yapılan kararlar).

**3.3** Olayda temyiz talep eden, kendisinin Turuncu rehberin eser sahibi olarak tanınmasını istemektedir. Bu amacına ulaşmak için tespit davası, eser sahibi olarak tanıtılmak istenen yazarın başvurabileceği yollardandır (bkz. François Dessemontet, Yazar Hakkı, 1999, s. 143), eda davası bu durumda dikkate alınmaz. Ayrıca, aleyhine temyize başvuru tarafı, asıl eser sahibi olduğunu iddia eden talep sahibinin, eser sahibi olduğunu reddetmekte, böylece bu konuda belirsizlik oluşmaktadır. Bu durum, kendisini eser sahibi olarak gören taraf bakımından tahammül edilemez bir durumdur. Bu noktada başvuranın, eserin ilk baskısından ihtiyati tedbir talebine kadar geçen 27 yıl boyunca eylemsiz kalması sonucunda doğan ve süregelen belirsizlik nedeniyle hakkını aramaya çalışması beklenirdi. Taraflar arasındaki ilişkilerin bozulduğu 2006 yılından önce, başvuranın eser sahibi olduğunu hukuki bir yolla tespit ettirmesi için hiçbir neden yoktur. Bu ana kadar davalının, onun rehberin yazarı olduğunu reddetmeyeceğini iyiniyetle düşünmüş olabilirdi. Özellikle, kapakta SIS'in adının da bulunduğu eserin Cenevre kenti tarafından yapılan baskısı, davalının kendisini eser sahibi olarak gördüğünü göstermektedir. Ancak sadece gerçek kişiler eser sahibi olabilir (LDA m. 6)ve LDA m. 8/II de yer alan anonim bir eserin editörü lehine olan karine eser sahipliğini kesintiye uğratmaz (bkz. Manfred Rehber, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Baskı, 2000, n. 116, s. 127). Bu durumda, başvuranın davranışı ancak Turuncu rehberin eser sahipliğinin tespiti için gerekli menfaatin yokluğunun ifadesi olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte, yazar olarak tanınma hakkını da içeren eser sahipliği hakkı, yazara eseri üzerinde bazı manevi haklar da verir (LDA m. 9/I) ki; manevi haklar devredilemez. Diğer bir anlatımla eser sahibi olan gerçek kişiye sıkı sıkıya bağlıdır (Barrelet/Egloff, a.g.e. n. 7, LDA m. 9, s. 45; Gitti Hug, in Müller/Oertli, Urheberrechtsgesetz (URG), 2006, n. 10, LDA m. 9, s. 74). Eser sahibinin manevi hakkından vazgeçmesinin mümkün olmadığı andan itibaren, gerçek kişinin belirli bir eserin yazarı olduğunu tespit ettirme menfaati daima mevcuttur ve bu hak zaman geçmesiyle yok olmaz. Böyle bir tespit eser sahibine, eserinin bütünlüğüne yapılacak bir tecavüzün önüne geçme imkanı verecektir.

Bu noktada üzerinde henüz herhangi bir kanaat edinilmeyen, manevi hakların kullanım yetkisinin önceden devredilip devredilmediğinin ya da eser sahipliğinden doğan maddi haklarının tarafları bağlayan, örneğin bir iş sözleşmesi çerçevesinde devredilip

devredilmediğinin ve eser sahipliğine ilişkin olası bir hukuki tanınmanın varlığının netleştirilmesi gerekir.

Durum böyleyken, kanton mahkemesi başvuranın harekete geçmekte geciktiği gerekçesiyle davayı reddedemez. CC m.2 ‘nin LDA m. 61 ile ilişkisinin kötü bir uygulamasına dayanan bir itiraz sebebi sunulmuştur.

**4. 4.1.** Eser sahipliğinin A’ya ait olduğunu belirttiği temyiz edilen kararın gerekçesinde Kanton Mahkemesi, başvuranın Turuncu Rehberin yazarı olmadığına hükmetmiştir.

Başvuran LDA m. 6 nın ihlal edildiğinden yakınmaktadır. Ona göre Hukuk Dairesinin asıl eser sahipliğini belirlemek için uyguladığı ölçütler yerinde değildir. Ayrıca, başvuranın itfaiyeci olmaması, eserin öncelikle kimyager yetenekleri gerektirmesi nedeniyle belirleyici değildir. Bunun yanında A’ nın, rehberin görünüş, şekil ve sunumu hakkında düşündüğünü gösteren el yazısı notları, kanton mahkemesinin eserin gerçekten bu notlar esas alınarak yaratıldığı yönünde tespit yapmaması nedeniyle, onun eser sahibi olarak kabul edilmesi bakımından yeterli değildir. Eserin baskısı için kredi alınması da bu anlamda yeterli görülmemiştir. Başvuran, ayrıca bir derleme çalışması yapıldığı iddiasını da çürütmüştür. Kanton mahkemesinin başvurana tanıdığı eserin kamuya arzı hakkı aynı biçimde zaten eser sahipliğinden doğan hakların kapsamı içindedir. Başvuran, yine eser için yok olmaz ve suya dayanıklı bir kâğıt seçiminin bir kişinin eser sahibi olarak tanıtılması için yeterli olabileceğine itiraz etmiştir. Eserin amacını belirleyen, tanıtım için ölçütler koyan veya talimatlar veren kişi de aynı şekilde eser sahibi olarak kabul edilemez. Başvurana göre Kanton Mahkemesi nihayetinde, örneğin kendisinin projeyi gerçekleştirmesi veya Spor komisyonunun kendisini eseri yaratan olarak tanımlayan raporu gibi somut eseri kendisinin gerçekleştirdiğine dair unsurları, kendi kararında göz ardı etmiştir.

**4.2.** Turuncu Rehberin bir değer ve amaca sahip, bireysel<sup>1</sup> karakterli bir zihin ürünü olarak, LDA m. 2/I anlamında eser olduğu yadsınmamaktadır. Özellikle, edebi, bilimsel veya başka bir şekilde dille

<sup>1</sup> 9 Ekim 1992 tarihli Eser Sahipliği ve Komşu Haklara İlişkin Federal Kanun’un 2. Maddesinin Fransızca ve Almanca metinlerinde “*caractère individuelle/individuellen Charakter*”(-bireysel karakterli) ifadelerine yer verilmiş, buna karşın İtalyanca metinde “*carattere originale*” (-özgün karakterli) ifadesi kullanılmıştır. Anılan madde kanun çalışmaları sırasında birçok değişikliğe uğramıştır. Kanun taslağının ilk halinin Fransızca ve Almanca metninde *original-özgün* terimine yer verilmişse de bu terim taslağın son



ifade edilen eserler de zihin ürünüdür (LDA m. 2/II a bendi). Belirleyici ölçüt, eserin içinde kendiliğinden anlaşılması gereken bireyselliktedir; 1993 yılında yürürlüğe giren LDA'ya göre yazar tarafından verilen kişisel karakter anlamında özgünlük gerekli değildir (ATF 134 III 166 2.1'e ilişkin s. 169/170; 130 III 168 4.4 e ilişkin s. 172, 714 2.1'e ilişkin s. 717). Beklenen bireysel karakter yazarın sahip olduğu yaratma özgürlüğüne bağlıdır; eşyanın doğası ona az bir yaratım alanı tanıyorsa, örneğin bilimsel bir eser için, yaratım faaliyeti zayıf dahi olsa eser sahipliği hakkının varlığı kabul edilecektir (ATF 113 II 190 2a'ya ilişkin s. 196; 117 II 466 2a'ya ilişkin s. 468; 130 III 168 4.1'e ilişkin, s. 170). Bireysellik sıradanlık veya rutin çalışmalara göre kendini gösterir; yazar tarafından alınan kararların çeşitliliği, şaşırtıcı ve beklenmedik birleşmeler sonucunda ortaya çıkar, öyle ki aynı alanda çalışan bir başkası tarafından özdeş bir eserin yaratılması ihtimali bulunmamaktadır. İlaçlara ilişkin bilgilerin yer aldığı özet metnin bireysellik içermediği kanaatine ulaşılmıştır (ATF 134 III 166 2.3.1 e ilişkin, 2.3.2 ve 2.5).

Bu durumda Turuncu Rehberi bireysel kılan şey, her kimyasal ürünün bir fiş ile tanıtılmasıdır. Bu fiş ilgili tehlikeyi, ONU tehlike numarasının yer aldığı turuncu panoyu, 0'dan 4'e, yangın (kırmızı kare), ısıdan kaynaklanan kimyasal dengesizlik (sarı kare) ve su (beyaz kare) veya 20 derecede hava (sarı ve kırmızı kare) ile reaksiyonu sırasında sağlık için tehlikesini belirten bir ölçek (mavi kare) şeklinde tanımlamaktadır. Ayrıca söz konusu fiş, ürün ve tehlikelerine ilişkin bir tanımı; yangın, toprak kayması, sel ve zehirlenme sırasında yapılması gerekenlere ilişkin bir bilgilendirmeyi; korunma ve onarım için gereken materyalleri, fiziksel değişmezler ile ürüne göre, insanların tahliyesinin ihtiyari veya zorunlu olduğunu gösteren tek veya çift turuncu çizgi ile zehirli sızıntı veya patlama riskinde boşaltılacak alanın tanımını içermektedir. Sonuç olarak, ne cildin tipi ve de rehberin basılı olduğu kağıdın seçimi, eserin bireyselliğini etkiler (bkz. Kamen Troller, Manuel du Droit Suisse des Biens Immatériels, 2e Ed. 1996, Tome I, s. 19).

**4.3.** Eseri Yaratan ilkesine (Schöpferprinzip) göre, yazar, eseri yaratan gerçek kişidir (LDA m. 6). Eserin bir iş sözleşmesi kapsamında yaratılmış olması, işçinin eser sahibi statüsüne sahip olmasını engellemez

---

halinde yerini *individuel*-bireysel terimine bırakmıştır (Barrelet, D./Egloff, W.: Le Nouveau Droit d'Auteur, Commentaire de la Loi Fédérale sur le Droit d'Auteur et les Droits Voisins, 3. Bası, Bern, 2008, Art. 2, §1-8).

(bkz. Rémy Wyler, *Droit du Travail*, 2 e. 2008, sç 383; Daniel Alder, *Urheberrecht und Arbeitsvertrag*, in *Urhebervertragsrecht*, Magda Streuli-Youssef (éd), 2006, s. 475; Kamen Troller, *Précis du Droit Suisse des Biens Immatériels*, 2e Ed. 2006, s. 253; Katharina Rüdlinger, *Der Urheber im Arbeitsverhältnis aus rechtsvergleichender Sicht*, 1995, s. 70). Gerçek kişi işveren, ancak özgün yaratıcı bir katkı sağladığı durumlarda ortak eser sahibi olarak kabul edilir; bu durum bazı isteklerini belirtmek veya emirler vermek ile sınırlıysa ortak eser sahipliği söz konusu değildir (Wyler, s. 383). Genel olarak eserin nihai biçimde belirlenmesi ve yaratılmasında etkin bir şekilde yer alan kişi ortak eser sahibidir; ortak eser sahibinin katkısı, gerekli bireyselliği taşıdığı sürece, içeriğinin yapısında veya şeklinde yer alabilir (Troller *Précis*, op. Cit., p. 254). Ortak eser sahibi, yaratıcı bir işbirliğinin varlığını ispatlamak zorundadır; kendi yaratıcılığına ayrılmış herhangi bir üretim alanı olmaksızın sadece bir başkasının talimatlarını yerine getiren kişi, ortak eser sahibi değil yardımcıdır (Barrelet/Egloff, op. Cit. N. 4 LDA m. 7, s. 37).

Daha önce de değinildiği gibi, eserin bireysel karakteri konunun, her bir ürüne ait kimyasal etiketlerin yer aldığı müdahale fişleri, ONU numarası, tehlike ölçeği, ürünün ve ona bağlı tehlikelerin tanıtımı, müdahale edenlere yönelik duruma göre nasıl daha iyi davranılacağını gösteren değişik sütunlar ile sabitlerin belirtilmesi aracılığıyla, özgün bir biçimde sunulmasında yatmaktadır.

Temyiz edilen kararda, başvuran Turuncu Rehberin ne eser sahibi ne de ortak eser sahibidir, zira kendisi A tarafından verilen talimatlara uymakla yükümlü olarak kabul edilmiştir. Ayrıca Kanton Mahkemesi A'nın özellikle eserin sunumuna ilişkin ölçütleri koyduğunu tespit etmiştir. Bu anlamda söz konusu karar, hemen hemen hiç açık değildir. Kararda, hangi konuya ilişkin olduklarını bilmeden sadece verilen talimatlar göz önüne alınmıştır. Aynı şekilde A tarafından verilen sunum ölçütleri de sıralanmamıştır. Özellikle, A'nın müdahale fişlerinde yer alan unsurların nihai haline tek başına karar verdiğine ilişkin bir tespite, Kanton Mahkemesi hiçbir yerde değinmemiştir. Şüphesiz Mahkeme, A tarafından Nisan 1979 da el yazısıyla yazılan ve Mahkemeye göre ilgilinin, rehberin görünüş şekil ve sunumu üzerine kapsamlı biçimde düşündüğünü ispatlayan notlara dayanmıştır. Gerçekten, SIS'in müdürü tarafından kaleme alınmış, bir başlık, içindekiler tablosu, önsöz, acil tedbirlere ilişkin not, turuncu panoya uygun olarak ürünlerin uyarı ve tanımlamaları, tehlike etiketleri ile tehlike ölçeği bulunmuştur; bu notlara

dayanılarak yapılan iki fiş örneği daktilo edilmiş olup, hiçbir şey bu yapının seçimini sadece A'ya atfetmeye imkan vermemektedir. O kadar ki, önsöz taslağının altında SIS müdürü kendi eliyle, kendi adının yanına, başvuranın adını yazmıştır. Sonuç olarak, karşı gelinen kararda tespit edilen vakılardan A'nın sadece konunun özgün sunumuna karar vermiş olduğu ve Başvuranın görevinin, önceden belirlenmiş sütunları doldurmakla görevli basit bir yardımcınının ile aynı olduğu sonucuna ulaşamaz.

Durum böyleyken, Başvuranın Turuncu rehberi oluşturan fişleri yazdığı tespit edilememiştir. Kuşkusuz; Kanton Mahkemesinin kararında tespit edilen vakıalar ancak, genel olarak fişlerin ve rehberin şekil ve yapısının yalnız Başvuran tarafından belirlendiğini gösterir niteliktedir. Bu anlamda Başvuran, ürettiği fişlerin taslaklarının tarihini belirlemeye yarayacak bilirkişi incelemesini reddetmek suretiyle Kanton Mahkemesinin CC 8. M'yi ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurana göre, kendisinin SIS'te çalıştığı süre içerisinde bu örneklerin daktilo edilmiş olmasının anlaşılması halinde dahi, daha kesin bir tarih belirlenmesinin kendisinin sadece fişte yer alacak bilgileri seçtiğini nasıl ispatlayacağı anlaşılammaktadır. Araç yanlış belirlenmiştir. Hukuk Dairesinin (Cenevre Kantonu Mahkemesi) belirlediğinden eksik olmamak üzere, 1978 yılında SIS tarafından, başvuran kimyager araştırmacı olarak, daha net biçimde “Turuncu rehberin fişlerini yapmak ve ortaya koymak amacıyla” işe alınmıştır. Öyle ki; bu dönemde hiçbir tehlikeli madde fihristi bulunmamaktadır. Kanton mahkemesi, başvuranın “özellikle büyük profesyonel yetenekleri nedeniyle, kimyasal verileri derleyerek, halka yayarak ve itfaiyecilerin ihtiyaçları doğrultusunda kullanışlı kılarak projeyi gerçekleştirmek” le görevli olduğunu da unutmamıştır. Bunun da ötesinde, Mahkeme başvuranın “rehber tabir edilen fişlerin yapılmasına fazlasıyla katıldığını ve yetenekleri ve bu alana duyduğu heyecanın rehberin nitelik ve ününe katkıda bulunduğunu” belirtmiştir. Kaldı ki; başvuranın rehberin gerçekleştirilmesinde gösterdiği işbirliği eserin tüm baskılarının önsözünde övülmüştür. Başvuran aynı şekilde, her baskıda bir önsöz yazıp imzalamıştır. Nihayet yukarıda da değinildiği gibi, eserin babalığı sadece A'ya atfedilemez.

Bu koşullar altında, Kanton Mahkemesi, başvuranın Turuncu Rehberdeki tüm yaratıcı katkısını, Federal Kanunu çiğnemenen yadsıyamaz ve onu eserin bireyselliğini sağlayan seçimlerin hiçbirisini yapmayan bir yardımcıya indirgeyemez. Bu suretle Turuncu Rehberin

ortak eser sahipliği sıfatının, başvurana tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Temyize konu karar bu yönde düzeltilecektir.

**5.** Kendisinin Turuncu Rehberin tek yazarı olduğu tespit edilemediğinden başvuranın davası tamamen kabul edilmemektedir. Bu nedenle yargılama giderlerinin taraflar arasında eşit olarak paylaşılması uygun olur (LTF m. 66/I). Kendisini Federal Mahkemede avukatla temsil ettirmeyen aleyhine temyize başvuru taraf, başvurana eğer dava tamamen kabul edilseydi yapılması gereken masrafların yarısı kadar bir tazminat ödeyecektir (LTF m. 68/I).

Anılan sebeplerle Federal Mahkeme:

- 1.** Talebin kısmen kabulü ile karşı koyulan kararın iptaline, Christian de Siebenthal'ın Tehlikeli Maddeler Fihristi, farklı bir ifade ile Cenevrelî İtfaiyecilerin Turuncu Rehberi isimli eserin ortak eser sahibi olduğunun tespitine,
- 2.** 6000CHF olan yargılama giderlerinin, taraflar arasında yarı yarıya paylaşılmasına,
- 3.** Başvuranın yaptığı masraflara karşılık 3500 CHF lik tazminatın aleyhine temyize başvuru tarafa yükletilmesine karar verilmiştir.
- 4.** Dava kanton yargılamasındaki ücretler ve giderler konusunda yeni bir karar verilmesi için Hukuk Dairesine (Cenevre Kantonu Mahkemesi) geri gönderilmiştir.
- 5.** Karar taraflara ve Hukuk Dairesine (Cenevre Kantonu Mahkemesi) tebliğ edilmiştir.

Lausanne, 1 Nisan 2010

İsviçre Federal Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi Adına

Başkan: Klett

Zabıt Kâtibi: Godat Zimmermann

### III. KARARIN İNCELENMESİ

İsviçre Federal Mahkemesinin 1 Nisan 2010 tarihli ve 4A\_638/2009 sayılı kararı, Cenevre Kenti Yangın ve Yardım Servisi bünyesinde oluşturulmuş “Cenevreli İtfaiyecilerinin Turuncu Rehberi” isimli fikri ürünün, eser sahipliğinin tespiti talepli davanın Cenevre Kanton Mahkemesi Hukuk Dairesi’nde reddi kararının temyizden incelenmesine ilişkindir.

#### A. ESER SAHİPLİĞİNİN TESPİTİ DAVASI

##### 1. İncelemenin Usûl Hukuku Bakımından Sınırlandırılması

İncelememize konu olayda, davacının eser sahipliğinin tespitini içeren talebi, Federal Mahkeme tarafından özellikle davayı açmadaki menfaatinin halen mevcut olup olmadığı ile bu talebin zamanaşımına uğrayıp uğramadığı noktalarında tartışılmıştır. Federal Mahkeme, hakkı tecavüze uğrayan tarafın, tecavüze sessiz kalmasının, tecavüz edeni haklı bir konuma getirebileceğini; buna karşın dava zamanaşımının hak sahipliğinin tespiti değil, eda davaları bakımından söz konusu olabileceğini hükme bağlamıştır. Sonuç olarak Federal Mahkeme, aradan uzun bir süre geçmiş olsa dahi, eser sahibinin bu hakkının tespitini talep hakkının zamanaşımına uğramayacağını görüşündedir.

Biz de Mahkemenin bu görüşünden hareketle, tespit davası açmanın şartlarından hukuki menfaati genel olarak inceledikten sonra, menfaatin zamanaşımına konu olup olamayacağını ve eser sahibinin iyiniyetinin bu süreçteki fonksiyonunu inceleyeceğiz.

##### 2. Tespit Davasının Bir Şartı Olarak Hukuki Yarar

###### a. Genel Olarak Tespit Davası

En genel tanımıyla tespit davaları, bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığını veya bir belgenin sahte olup olmadığını tespitine ilişkin olarak ikame edilen davalar olarak tanımlanabilir. Tespit davası, tespiti istenen hukuki ilişki hakkındaki tereddütlerin giderilmesine hizmet eden bir dava türüdür. Niteliği itibarıyla tespit davaları, bir talep hakkının dava yoluyla ileri sürülmesi amacını gütmeyiz. Bu dava ile hukuki ilişkinin, tarafları bakımından belirli hale getirilmesi amaçlanır<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> *Kuru, B./Budak, A. C.*: Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 69; *Umar, B.*: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2011, s. 292; *Yılmaz, E.*: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2012, s. 728; *Pekcanitez, H./Atalay, O./Özkes, M.*: Medeni Usûl Hukuku, 13. Baskı, 2012, s. 366; *Üstündağ, S.*: Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, C. I-II, İstanbul 2000, s. 332; *Alangoya H. Y./Yıldırım K./Deren Yıldırım N.*: Medeni

Tespit davası, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>3</sup>,nu ile ilk defa yasal düzenlemesini bulmuştur. HMK m. 106 (İsvHMK m. 88)'ya uyarınca “(1) *Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir.*(2) *Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır.*(3) *Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz*”. Yargıtay da, 1086 sayılı kanun döneminde, yasal düzenleme yer almasa dahi, tespit davası uygulamasını kabul etmiştir<sup>4</sup>.

Tespit davasının konusu hukuki ilişkilerdir. Bir vakıanın tespitinin talebi, bu davanın konusunu oluşturamaz (Karş. HMK m. 106/III)<sup>5</sup>. Tespit

---

Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2009, 7. Baskı, s. 202; *Ansay, S. Ş.*; Hukuk Yargılama Usûlleri, Ankara, 1957, s. 219; *Karşı, A.*; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 378; *Hohl, F.*; Procédure Civile, Tome I: Introduction et Théorie Générale, Berne, 2001, § 129; *Corboz, B.*; Les Dispositions Générale du CPC (Titres 3 à 6), Le Code de Procédure Civile-Aspect Choisis, 2011, s. 61.

<sup>3</sup> **Kanun No: 6100, K.T. 12.01.2011, RG 27836, 04.02.2011.**

<sup>4</sup> “*Bilindiği gibi, yürürlükteki yasalarımızla tesbit davalarını düzenleyen bazı özel hükümler ( MK m. 25; İİKm. 69, 72, 89 gibi ) bulunmakla beraber, tesbit davası açılabileceğini öngören genel bir hüküm, Usûl Kanunumuzda yer almış değildir. Fakat, belli koşulların varlığı halinde tesbit davası açılabileceği konusunda, öğretide ve uygulamada tam bir görüş birliği vardır. Nizalı kazadaki üç dava çeşidinden biri olan tesbit davası da; bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için başvurulacak bir davadır. Genellikle, tesbit davasına, ya mevcut bir özel hukuk ilişkisinin inkar edilmesi ( olumlu tesbit davası ) ya da, mevcut olmayan bir özel hukuk ilişkisinin varlığının iddia edilmesi ( olumsuz tesbit davası ) hallerinde başvurulur. Her iki halde de, taraflar arasında bir uyuşmazlık mevcuttur. Bu itibarla, tesbit davasının konusunu maddi vakıaların değil bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının tespiti oluşturur ( HGK. 17.3.1965 gün ve 9/656 E. 120 K. ). Buradaki hukuki ilişkiden amaç, bir kimse ile diğer bir kimse veya eşya arasında mevcut olan somut bir olaydan doğan hukuki ilişkidir. Doktrin ve uygulamada kabul edilen görüşe göre, anılan nitelikteki hukuki ilişki için önemli olsalar dahi, maddi vakıalar yalnız başlarına hiçbir zaman tesbit davasının konusunu teşkil edemezler. Maddi vakıalar, ancak bir hukuki ilişki ile birlikte tesbit davasına konu olabilirler”, (YHGK 30.06.1982, E. 1979/13-1612, K. 1982/748).*

<sup>5</sup> *Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 368; Yılmaz, s. 729; Hohl, § 144.* Bu hususa madde gerekçesinde de yer verilmiştir: “*Üçüncü fıkrada ise maddi vakıaların tek başlarına tespit davasına konu yapılamayacağı; ancak bir hakkın yahut hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi bağlamında tespit davasına konu yapılabileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, maddi vakıaların tek başlarına tespiti isteniyor ise tespit davasına değil; delil tespiti kurumuna başvurulması gerekecektir.*”. Bu hükmün

davası neticesinde bir hukuki ilişkinin veya hakkın içeriği belirlenir. Bu yönüyle tespit davası eda davasından ayrılır. Eda davası neticesinde hukuki ilişkiden doğan bir ifanın gerçekleştirilmesi amaçlanırken, tespit davası neticesinde herhangi bir ifaya hükmedilmez. Aksine bu dava ifanın kaynaklandığı hukuki ilişki veya hakkın tespitine yönelir. Edaya ilişkin hükümler, bünyelerinde mutlaka bir tespit hükmü de barındırır. Kısmi edaya hükmedilmiş olsa dahi durum değişmez. Zira edanın doğduğu hukuki ilişkinin varlığı (veya yokluğu) ve içeriği belirlenmeden, edaya hükmedilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla tespit davasının, eda davasının öncüsü niteliğinde olduğu sonucuna da ulaşmak mümkündür. Buna bağlı olarak, tarafın eda davasının ikame edilebileceği durumlarda, tespit davası ikame etmesinde menfaati bulunmayacağı sonucuna ulaşılabilir<sup>6</sup>. Bununla birlikte, davacı henüz eda davası açabilecek durumda olmadığından tespit davası ikame etmişse ve bu dava devam ederken, tespite konu hakkın veya hukuki ilişkinin talep edilebilmesi mümkün hale gelmişse, tespit davasına karşı tarafın rızası veya ıslaha gerek kalmadan eda davası olarak devam edilebilir<sup>7</sup>.

Tespit talebi, talebe konu olan hukuki ilişkiyi ya da hakkı veya bu ilişkiye göre üçüncü kişi konumunda bulunanların taraflarla ilişkilerine yönelik olabilir. Bu durum özellikle hukuki ilişkinin, tespit davasının taraflarından biri ve üçüncü kişi arasında vücut bulması halinde daha net gözlemlenir. Ancak her halükarda üçüncü kişinin bakımından da korunmaya değer bir menfaatinin varlığı aranmalıdır<sup>8</sup>.

Bu açıklamalardan hareketle tespit davası açılabilmesi için iki şartın mevcut olması gerektiği sonucuna ulaşılır. Bunlar bir hukuki ilişki (veya hakkın) varlığı ile korunmaya değer güncel bir menfaatin varlığıdır.

---

eleştirisi için bkz. *Umar*, s. 296, yazar bu hükmü, hak veya hukuksal ilişki iddiasının temelde hukuki vakıyalardan ibaret olduğu gerekçesi ile eleştirmektedir. Yazara göre, hukuki ilişkinin tespiti iddiası temelde, o hukuki ilişkiye ilişkin kanun hükmünün aradığı koşul vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinden ibarettir. Bu nedenlerle tespit davasına ilişkin kanun hükmünde maddi vakıaların tespit taleplerinin konusunu oluşturamayacakları ifadesinin bulunması yerinde olmamıştır.

<sup>6</sup> *Kuru/Budak*, s. 69; *Umar*, s. 296; *Yılmaz*, s. 729; *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 368; *Ansay*, s. 224; *Üstündağ*, s. 332; *Alangoya/Yıldırım/Yıldırım*, s. 205; *Hohl*, § 141; CPC, *Bohnet*- Art 88, § 13, 15-16; *Corboz*, s. 62.

<sup>7</sup> *Umar*, s. 297

<sup>8</sup> *Alangoya/Yıldırım/Yıldırım*, s. 203; CPC, *Bohnet*- Art 88, § 18; *Üstündağ*, s. 331; *Kuru/Budak*, s. 81.

## **b. Tespit Davasının Şartları**

### **(i) Hukuki İlişkinin Varlığı**

Tespit davasının konusunu hukuki ilişkiler ve haklar oluşturur. Her çeşit hukuki ilişki tespit davasının konusunu teşkil edebilir. Hukuki ilişkinin davanın tarafları arasında mevcut olması şart değildir. Bu ilişki davanın tarafların biri ile bir eşya veya hak arasında olabilir. Mülkiyetin veya eser sahipliğinin tespitinde durum böyledir. Tespiti istenen hukuki ilişki veya hak halen mevcut olmalıdır. Müstakbel hukuki ilişkiler tespit davasının konusunu oluşturamaz. Buna karşın süreli veya şarta bağlı hukuki ilişkilerin tespiti için dava açmak mümkündür. Örneğin müeccel olan dönemsel edim borçlarının tespiti için dava açılabilir<sup>9</sup>.

Maddi vakıalar tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz. Maddi vakıalar ancak bir hukuki ilişkinin veya bir hakkın varlığı veya yoklunun belirlenmesi kapsamında tespit davasının konusunu oluşturabilir<sup>10</sup>.

### **(ii) Hukuki Yarar**

Diğer tüm davalar gibi, tespit davası ikame açılabilmesi için davacının korunmaya değer bir menfaatinin (hukuki yarar) varlığı aranır. Hukuki yarar tüm dava türleri için aranan bir dava şartı (HMK m. 114/I, h) olmakla beraber, tespit davası bakımından ayrıca incelenmesinde fayda vardır. Talebe konu hukuki ilişkinin derhal tespitinde davacının hukuki bir yararının bulunması gerekir<sup>11</sup>. Bu hukuki yararın mutlaka hukuki olması da aranmaz, ancak güncel ve acil olması gerekir<sup>12</sup>. Hukuki yarar davanın açıldığı anda mevcut olmalı ve hüküm verilmesine kadar mevcudiyetini korumalıdır<sup>13</sup>. Eda davaları ve inşai davalarda, hukuki yararın varlığının davacı tarafından ayrıca ispat edilmesine gerek yoktur, davanın açılışında

<sup>9</sup> *Kuru/Budak*, s. 81; *Ansay*, s. 224; *Yılmaz*, s. 730; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 368; *Hohl*, § 144; *Alangoya/Yıldırım/Yıldırım*, s. 202.

<sup>10</sup> *Kuru/Budak*, s. 87; *Alangoya/Yıldırım/Yıldırım*, s. 202, *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 368; *Karlı*, s. 379.

<sup>11</sup> *Kuru/Budak*, s. 87; *Karlı*, s. 379; *Hohl*, § 134; *CPC, Bohnet-* Art 88, §32; *Corboz*, s. 62; *Converset, S.*; *Aide aux Victimes d'Infractions et Réparation du Dommage*, Schulthess, 2009, s. 88.

<sup>12</sup> *CPC, Bohnet-* Art 88, §6; *Yılmaz*, s. 730; *Karlı*, s. 379; *Hohl*, § 135. Menfaatin sadece hukuki olabileceği yönünde, *Kuru, B.*; *Dava Şartları*, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964, s. 142; *Corboz*, s. 62.

<sup>13</sup> *Kuru/Budak*, s. 99; *Alangoya/Yıldırım/Yıldırım*, s. 203.



hukuki yararın varlığı karine olarak kabul edilir<sup>14</sup>. Ancak tespit davalarında hukuki yararın varlığının özel olarak varlığı aranır, bu yararın iddia ve ispat edilmiş olması gerekir<sup>15</sup>. Davacı kendisini tehdit eden tehlikenin ancak tespit davası ile giderilebileceğini ispat ederse, hukuki yararın varlığından söz edilebilir. Tespit davası ile elde edilebilecek hukuki koruma bir başka davayla sağlanabiliyorsa, davacının artık tespit davası açmakta bir hukuki yararı yoktur<sup>16</sup>.

Tespit davasının açılabilmesi için davacının talep ettiği hukuki koruma, ancak tespit davası ile sağlanabilmelidir. Farklı bir ifade ile, gerekli hukuki koruma eda davası ile sağlanabileceksen, davacının tespit davası açmakta yararı olmadığı kabul edilir. Zira eda hükmü, bünyesinde mutlaka ifaya konu hukuki ilişkinin veya hakkın tespitini de barındırır. Böyle bir durumda menfaat, davacının hakkının veya tespite konu hukuki ilişkinin güncel bir tehlike ile tehdit altında bulunması, bunun yanı sıra davacının durumuyla ilgili tereddüt içerisinde olması ve bu tereddüdün ancak tespit davası ile giderilebilmesi gerekmektedir<sup>17</sup>. Kısmi eda davası açılabilmesi durumlarda tespit davası da açılabilmesi, talep sahibinin bu anlamda hukuki yararının bulunduğu HMK m. 107 düzenlemesinden önce de doktrinde taraftar bulan bir görüştü<sup>18</sup>. Belirsiz alacak davasına ilişkin HMK m. 107/III'te yer alan “Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilmesi hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.” ifadesinden, kısmi eda davası açılabilmesi durumlarda, talep sahibinin tespit davası açmakta hukuki yararının olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu imkânın sadece belirsiz alacak davası açılabilmesi durumlara ilişkin olduğu gözden kaçırılmamalıdır<sup>19</sup>. Örneğin, haksız fiilden kaynaklanan bir davada, haksız fiili ve haksız fiilden kaynaklanan tazminat yükümlülüğünü tespit ettirmek için bütün hukuki

<sup>14</sup> Kuru; Dava Şartları, s. 137.

<sup>15</sup> Kuru/Budak, s. 88; Yılmaz, s. 729; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 367.

<sup>16</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 368-369.

<sup>17</sup> Kuru/Budak, s. 94-97; Ansay, s. 219; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 368; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 203; Hohlf, § 137-138; CPC, Bohnet- Art 88, §6; Corboz, s. 62; Abbet, S.; Le Principe de la Bonne Foi en Procédure Civile, SJ 2010 II, s. 228; Converset, s. 88.

<sup>18</sup> Postacioğlu İ. E.; Medeni Usûl Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, 1975, s. 253; Bilge N./Önen E.; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, 1978, s. 393, Kuru/Budak, s. 145-147.

<sup>19</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 369.

ilişki hakkında tespit davası açılabilir<sup>20</sup>. HMK m. 107’de düzenlemesini bulan belirsiz alacak davası da, temelde davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin güç veya imkânsız olması durumlarına özgülenmiştir. Bu davanın açılarak ilk önce temeldeki hukuki ilişki tespit edilir, daha sonra alacağın değeri ve miktarı belirlenir<sup>21</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi, menfi tespit davasına ilişkin olarak verdiği bir kararda, tespit davasında aranacak hukuki menfaati net biçimde tanımlamıştır. Yargılamaya konu olay, adi takipten sonra açılan menfi tespit davasına ilişkindir. Davacı, davalı alacaklının kendisine yönelttiği takiplerin ekonomik özgürlüğünü sekteye uğrattığını iddia ve ispat etmiştir. Federal Mahkeme kararında, tespit davasının, taraflar arasındaki hukuki durumun netleştirilmesine yönelik olduğunu belirttiikten sonra, tespit davasının konusunun hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğunun tespitine yönelik olduğuna değinmiştir. Mahkeme, tespit davasının sınırlarını geniş çizmektedir. Zira bu davanın kabulü şekli ölçütlere değil, talep sahibinin haklı menfaatinin varlığına bağlıdır. Buna göre, tespit davası, federal hukukun uygulanmasını gerektiren ve talep edenin tespit istemekte yeterli menfaatinin bulunduğu durumlarda kabule şayandır. Federal Mahkeme kararına konu olayda da, takiplerin geçerli veya yasaya uygun olup olmadığı değil, haklı veya haksız oldukları incelenmektedir. Bu nedenle, davacının yeterli ve korunmaya değer bir menfaatinin bulunması halinde tespit davası ikame edebilmesi mümkündür. Tespit davasının hukuki ilişkideki belirsizliğin giderilmesine yönelik olması gerekir. Burada sıradan bir belirsizlik yeterli olmaz. Bu belirsizliğin talep sahibinin dava açma özgürlüğünü kısıtlaması ve bu nedenle de çekilmez hale gelmiş olması gerekir<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> *Kuru/Budak*, s. 146; *Karşı*, s. 380. Belirsiz alacak davası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez, H.*; Belirsiz Alacak Davası, Bilge Umar’a Armağan, DEÜHFD C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 509-552 ve *Pekcanitez, H.*; Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara, 2011.

<sup>21</sup> Kılıçoğlu anılan hükmü maddi hukuka ilişkin bir kurum olan zaman aşımının kesilmesi ile ilgili değil, usûl hukuku ile ilgili bir düzenleme getirdiği, belirsiz alacak davası ile ancak ıslah veya ek dava açma zorunda kalmaksızın aynı mahkemede alacağını talep edebilme olanağı getirdiği; buna karşın BK m. 154/II uyarınca ilave alacak bakımından zaman aşımı süresi geçmiş ise, belirsiz alacak davası ile bu durumun def’i olarak ileri sürülmesine engel olunamayacağı görüşündedir, *Kılıçoğlu, A.*; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2011, s. 859.

<sup>22</sup> JdT 1995 I 130, aynı yönde JdT 1999 I 250-251.

### 3. FSEK Kapsamında Eser Sahipliğinin Tespiti Davası

Fikri Mülkiyet Hukuku mevzuatında tespit davalarına ilişkin bazı özel düzenlemelere rastlamak mümkündür<sup>23</sup>. Bu kapsamda ikame edilen tespit davalarında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili maddelerinin uygulama alanı bulacağına ilişkin maddeler de dikkati çekmektedir. 551 Sa. Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 153; 556 Sa. Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 78; 5042 Sa. Kanun m. 64 ve 5147 Sa. Kanun m. 35 bu duruma örnek verilebilir. FSEK md. 15/III'de ise bir eserin kimin tarafından meydana getirildiğinin ihtilafı olması ya da herhangi birinin eserin sahibi olduğunu iddia etmesi halinde, eser sahipliğinin mahkemeden tespitinin talep edilebileceği; m. 67/II de ise bu dava ile birlikte tecavüzün ref'i davası da açılabileceği düzenlenmiştir<sup>24</sup>.

Benzer bir tespit davası düzenlemesine LDA m. 61'de de rastlamak mümkündür. Anılan düzenlemeye göre, böyle bir tespit yapılmasında hukuki menfaati bulunan herkes, bu kanundan doğan bir hakkın veya hukuki ilişkinin tespitini talep edebilir. Görüldüğü üzere düzenleme sadece eser sahipliğinin tespitine yönelik değildir. Tespit davası eser sahipliğinin tespitine ilişkin olabileceği gibi, manevi-mali haklara tecavüzün mevcut olup olmadığına ilişkin de olabilir. Genel olarak tespit davalarına ilişkin usûl kanunundaki hükümler burada da uygulama alanı bulur<sup>25</sup>. Özellikle tespit davası açmada menfaatin varlığı bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalar, bu dava için de geçerlidir. Kanaatimizce,

<sup>23</sup> KHK No: 554, Kabul Ta: 24.06.1995, RG: 27.06.1995/22326. (Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname) m. 49; KHK no: 551, Kabul Ta: 24.06.1995, RG: 27.06.1995/22326 (Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname) m. 149 vd.; KHK No: 556, Kabul Ta: 24.06.1995, RG: 27.06.1995/22326 (Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname), m. 74; KHK No: 555, Kabul Ta: 24.06.1995, RG: 27.06.1995/22326 (Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname) m. 25; Kanun No: 5042, RG: 15.01.2004/25347 m. 61-62; Kanun No: 5147, RG: 30.04.2004/25448, m. 33 bu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir. Tecavüzün mevcut olmadığını tespiti davalarına ilişkin bir inceleme için bkz. *Tuncer, İ.*; Fikri Mülkiyet Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığının Tespiti Davası, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan), Cilt I, 2009, s. 617-650.

<sup>24</sup> “Bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilafı ise, yahut her hangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi, hakkının tesbitini mahkemeden isteyebilir”.

<sup>25</sup> *Barrelet/Egloff*, Art. 61, § 2.

Türk Hukuku bakımından da benzer bir sonuca ulaşmak mümkündür. FSEK m. 15/III ve m. 67/II hükümleri, tespit davasının maddi hukuka göre çözümlenmesi gereken unsurlarına ilişkindir. Bu hükümler, davacı sıfatı ve davanın konusunu düzenlemektedir. Burada aslen konusu itibariyle özel bir tespit davası bulunmaktaysa da, yargılama sırasında HMK'nın ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

FSEK m. 15/III'te değinilen eser sahibinin ihtilaflı olması hali, ya birden fazla kişi tarafından meydana getirilmiş eserlerde ya da FSEK md. 11<sup>26</sup> anlamında eser sahibinin belli olmadığı durumlarda söz konusu olmaktadır<sup>27</sup>. Eser sahipliğinin birden fazla kimse tarafından iddia edilmesi daha yaygın bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>28</sup>. Eser sahipliğinin tespiti davası somut olayın özelliklerine davalı taraf belirtilmeden de açılabilir<sup>29</sup>. Davada eser sahibi olduğunu iddia eden davacı, birden fazla eser sahipliği olması halinde kendisinin eser sahibi olarak tanımayan diğer eser sahiplerine ya da üçüncü bir kişiye dava açabilecektir<sup>30</sup>. Bunun yanı sıra, eser üzerindeki hakları yasa gereği kullanma yetkisine sahip istihdam eden ya da tüzel kişi veya organlarına karşı da bu davanın açılması mümkündür<sup>31</sup>. Dava kapsamında gerçek eser sahibi olduğunu- diğer bir anlatımla eseri meydana getirdiğine ilişkin ispat yükü davacıdadır<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> “(1)Yayımlanmış eser nüshalarında veya güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır.

(2)Umumi yerlerde veya radyo televizyon aracılığı ile verilen konferans ve temsillerde, mutad şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimse o eserin sahibi sayılır, meğer ki, birinci fıkradaki karine yoluyla diğer bir kimse eser sahibi sayılsın”.

<sup>27</sup> Ateş, M.: Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara 2012 [Eser Sahipliği], s. 474.

<sup>28</sup> Ateş, Eser Sahipliği, s. 475.

<sup>29</sup> Bu durumda eser sahipliğinin belli olmaması ya da şüpheli olması halinin hiç kimsenin kusurundan kaynaklanmaması ya da eser sahipliği iddiasına herhangi biri tarafından itiraz edilmemiş olması gerekir (Ateş, M: Fikir ve Sanat Eseri Sahipliğinin Tespiti Davası, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, Yıl: 2010, C. 2, s. 77-106, İstanbul 2011 [Eser Sahipliğinin Tespiti], s. 93). Karşı görüş Yavuz, L./Alıca, T./Merdivan, F.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C.I, Ankara 2013, s. 375; Yargıtay 11. HD. E.2004/9853, K. 2005/6414.

<sup>30</sup> Ateş, Eser Sahipliğinin Tespiti, s. 95.

<sup>31</sup> Ateş, Eser Sahipliğinin Tespiti, s. 96.

<sup>32</sup> Ateş, Eser Sahipliğinin Tespiti, 103; Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 378.

Eser sahipliğinin tespiti davasının dayanağını, eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılma hakkı oluşturmaktadır. Eser sahibinin bu hakkı Bern Sözleşmesi 6<sup>bis</sup> maddesi kapsamında eser sahibinin asgari hakları arasında düzenlenmiştir<sup>33</sup>. FSEK md. 15’de eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, “adın belirtilmesi salahiyeti” şeklinde ele alınmıştır. Buna göre “*Eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyeti münhasıran eser sahibine aittir*”<sup>34</sup>. Hukuk düzenimiz eser sahibi olarak tanıtılma hakkını, FSEK’te sınırlı sayıdaki umuma arz<sup>35</sup>, eserde değişiklik yapılmasını yasaklama<sup>36</sup> ve eserin aslına ulaşma hakkı<sup>37</sup> ile birlikte, eser sahibinin manevi hakları arasında saymıştır. Yaratıcı bir çabanın ürünü olan eser ile sahibi arasında ayrılmaz bir bağ yaratan manevi haklar<sup>38</sup>, eser sahibine bağlı<sup>39</sup> ve eser sahibinin herkese karşı ileri sürebileceği mutlak haklardandır<sup>40</sup>. Dolayısıyla söz konusu haklar, başka herhangi bir koşula tabi olmaksızın, eserin yaratılması ile doğmaktadır ve eser sahibi yaşadığı sürece bu haklarını kullanmaktadır<sup>41</sup>. Eser sahibinin ölümü halinde yasada sayılan sıra ile belirtilen mirasçılar, bu haklarını ancak kullanım yetkisini<sup>42</sup> haizdir<sup>43</sup>. FSEK md. 19/II uyarınca yasada belirtilen mirasçılar,

<sup>33</sup> Tekinalp, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2010.

<sup>34</sup> Maddenin devamı ise şu şekildedir: “(2) *Bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyelerle bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopye veya işleme olduğunun açıkça gösterilmesi şarttır. (4) (Ek: 7/6/1995 - 4110/6 md.) Eser niteliğindeki mimari yapılarda, yazılı istem üzerine eserin görülen bir yerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde eser sahibinin adı yazılır.*”

<sup>35</sup> FSEK md. 14.

<sup>36</sup> FSEK md. 16.

<sup>37</sup> FSEK md. 17.

<sup>38</sup> Bu hakların eser sahibinin kişilik haklarına dayandırılması eğilimi olsa da kişilik hakları eser yaratılmadan önce de var olduğu halde eser sahibinin manevi hakları eserin yaratılması ile doğduğundan ve eser sahibinin ölümü halinde yasada sırasıyla sayılan mirasçılar tarafından bazı manevi haklar kullanılabilirdiğinden bu yaklaşım eleştirilmiştir (Tekinalp, s. 161; Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 233).

<sup>39</sup> Beşiroğlu, A.: Fikir Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 210.

<sup>40</sup> Tekinalp, s. 161; Karahan/ Suluk/Saraç/Nal, s. 72.

<sup>41</sup> Öztan, F.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 287; Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 235.

<sup>42</sup> FSEK md.19 “(1) *Eser sahibi 14 ve 15 inci maddelerin birinci fıkralarıyla kendisine tanınan salahiyetlerin kullanılış tarzlarını tesbit etmemişse yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyetlerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti*

eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl boyunca, eserin umuma arzı, eser sahibi olarak tanıtılma ve eserde değişiklik yapılmasını yasaklama haklarını kullanma yetkisine sahiptir<sup>44</sup>.

Hukuki işlemlere konu olmayan ancak kullanım yetkisi mirasçılara geçebilen eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, eser sahibinin kendisini eser sahibi olarak tanıtır tanıtmayacağı, tanıtacaksa bunun nasıl olacağı yani içeriğinin belirlenmesinden oluşur<sup>45</sup>. Dolayısıyla eser sahibi, eser sahibi olarak tanıtılma hakkını her zaman kullanabilir<sup>46</sup>. Ayrıca başkalarının bir kimsenin eser sahibi olduğunu reddetmesi, eser sahipliğinin tartışma konusu yapılması ya da bir başka kimsenin eser üzerinde birlikte eser sahibi olduğunu iddia etmesi halinde söz konusu hak kullanılacaktır<sup>47</sup>. Daha açık bir anlatımla eser sahibi haricinde ya da yanı sıra üçüncü kişilerin eser sahibi olarak gösterilmesi halinde eser sahibi, her zaman

---

*tenfiz memuruna; bu tayin edilmemiş sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçularına, ana - babasına, kardeşlerine aittir. (3) Eser sahibi veya birinci ve ikinci fıkralara göre salahiyyetli olanlar, salahiyyetlerini kullanmazlarsa; eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartıyla, eser sahibine 14, 15 ve 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kendi namına kullanabilir. (5)18 inci madde ile yukarıdaki fıkralarda sayılan salahiyyetli kimselerden hiçbiri bulunmaz veya bulunup da salahiyyetlerini kullanmazlarsa yahut ikinci fıkra da belirlenen süreler bitmişse, eser memleketin kültürü bakımından önemli görüldüğü takdirde, Kültür ve Turizm Bakanlığı 14, 15, 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları kendi namına kullanabilir”.*

<sup>43</sup>Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 237; Tekinalp, s. 162; Kılıçoğlu, A.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s. 220; Aslan, A.: Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004, s. 24; Bozbel, S.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012, s. 153. Benzer şekilde manevi haklardan yalnızca eserin umuma arzı ve eserde değişiklik yapma hakkının kullanma yetkisi, hukuki işlemlere konu olabilir (Tekinalp, s. 164; Kılıçoğlu, s. 221-222).

<sup>44</sup>FSEK md. 26’da eser sahibine tanınan mali hakların zamanla sınırlı olduğu açıkça düzenlenmiş ve fakat yasa kapsamında manevi haklarla ilgili böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu hükümden hareketle manevi hakların süreye tabi olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak FSEK 19/2’deki düzenleme ile eser sahibinin ölümünden itibaren yasada belirtilen mirasçıların belirli manevi hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl içinde kullanma yetkisine sahip olduğu, yetmiş yıl bittikten sonra artık söz konusu hakları kullanma yetkilerinin sona ereceği anlaşılmaktadır. Oysa böyle bir süre sınırlaması, manevi hakların niteliği ile uyumsuz (Kılıçoğlu, s. 357-358). Manevi hakların koruma süresine tabi olmadığı görüşü için bkz. Tekinalp, s. 163. Bu hakların koruma süresinin de 70 yıla sınırlı olduğu görüşü için bkz. Bozbel, s. 226.

<sup>45</sup> Tekinalp, s. 168; Bozbel, s. 152; Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 357 vd.

<sup>46</sup> Bozbel, s. 157.

<sup>47</sup> Tekinalp, s. 169.

müdahale etme hakkına sahip olacaktır<sup>48</sup>. İşte incelenen karara konu tespit davasının dayanağını, eser sahibinin bu müdahale hakkı oluşturmaktadır. Bu hakkın kullanılması eserin yayınlanmış- umuma arz edilmiş- olması koşuluna bağlı değildir. Eser umuma arz edilmemiş dahi olsa eser sahibi olarak tanıtılma hakkının ihlal edilmesi halinde eser sahibi ihlal edenlere karşı bu hakkını ileri sürebilecektir<sup>49</sup>.

#### 4. Zamanaşımının Devam Eden Tespit Davasındaki Rolü

Tespit davasında aranan menfaatin güncel olması gerektiğine, müstakbel menfaatler için tespit davası ikame edilemeyeceğine değinmiştik. İncelememize konu olayda da davacının talebi, tespiti talep edilen hakkın zamanaşımına uğramış olması nedeniyle ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bu noktada, tespit davası bakımından zamanaşımı ile tespiti talep edilen hak zamanaşımını birlikte değerlendirilerek, zamanaşımı kavramının inceleme konusu olaydaki etkisine göre sonuca ulaşmak gerekir. Maddi hukuk kapsamında eser sahipliği hakkında zamanaşımı ileride incelenecektir<sup>50</sup>.

Tespit davasının hukuki ilişkileri veya hakları konu edinmesi, maddi hukuk talepleri bakımından söz konusu olan zamanaşımı def'inin de incelenmesini gerektirir. Tespit davaları zamanaşımına uğramaz. Ancak tespit davasına konu hukuki ilişkiden kaynaklanan alacak hakkı zamanaşımına uğrayabilir. Doktrinde alacak hakkının zamanaşımına uğraması durumunda da tespit talep edenin artık bu talebi bakımından hukuki yararının bulunmadığı yönünde görüşler de mevcuttur<sup>51</sup>. Biz bu görüşlere katılmıyoruz. Zamanaşımı bir def'i niteliğindedir. Bu nedenle, ileri sürülmedikçe, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınamaz<sup>52</sup>. Dolayısıyla def'i olarak ileri sürülmedikçe, hâkim talebe konu alacağı, zamanaşımına uğramamış gibi değerlendirip hükme bağlayacaktır. Zira zamanaşımına uğramış olan alacak eksik borç haline getirir<sup>53</sup>. Zamanaşımına uğrayan alacak hakkının kaynaklandığı hukuki ilişkiyi

<sup>48</sup> *Bozbel*, s. 157.

<sup>49</sup> *Tekinalp*, s. 169; *Yavuz/Alıca/Merdivan*, s. 355.

<sup>50</sup> Bkz. "B" başlığı altında yapılan açıklamalar.

<sup>51</sup> *Kuru/Budak*, s. 354; *Alangoya/Yıldırım/Yıldırım*, s. 206.

<sup>52</sup> *Eren, F.*; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, İstanbul, 2008, s. 1232; *von Thur, A.*; *Borçlar Hukuku 1-2* (Çev.: Cevat Edege), Ankara 1983, s. 29; *Kılıçoğlu*, s. 862. Zamanaşımı konusunda ayrıntılı inceleme için bkz. *Erdem, M.*; *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul, 2010

<sup>53</sup> *Von Thur*, s. 32; *Eren*, 1248; *Erdem*, s. 350 vd.



tespit için ikame edilecek davada, zamanaşımı def'i ileri sürülmezse, hâkim bu yönde bir değerlendirme yapamayacağından, tespit talep edenin menfaati bu koşula bağlanamaz. Hâkim bu alacak hiç zamanaşımına uğramamış gibi kaynaklandığı hukuki ilişkiyi tespit edecektir. Tespit davasında aranan menfaatin ekonomik olması durumunda daha net gözlemlenebilir.

Kural olarak alacak hakları dışındaki haklar zamanaşımına uğramaz. Özellikle aynı haklar, kişilik hakları, fikri haklar ve yenilik doğuran haklar zamanaşımına tabi değildir<sup>54</sup>. Bu hakların tespiti talep edildiğinde, hukuki menfaatin belirlenmesinde hakkın zamanaşımına uğramasından ziyade, tespiti talep anı önem taşıyabilir. Örneğin hakka tecavüz durumunda, hak sahibinin tespit talep etmesinde yavaş davranması veya geç kalması, talep sahibinin talebindeki hukuki menfaatinin artık var olmadığı yönünde bir izlenim yaratabilir. Zira talep sahibi, bu tecavüzü hoş görmüş veya kabullenmiş olabilir. Tespit talep edilmesinde geç kalınması veya tecavüzün hoş görülmüş veya kabullenilmiş olduğu yönünde bir izlenimin bulunması halinde dahi, sırf bu nedenlerle talep sahibinin tespit talep etmekteki menfaatinin ortadan kalktığı sonucuna ulaşamaz. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu marka hakkına tecavüze ilişkin olarak verdiği bir kararda da bu hususa açıkça değinmiştir<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Erdem, s. 16; Eren, s. 1234, kanun yenilik doğuran hakkı zamanaşımına tabi tutmuşsa, bizzatı hakın kendisi değil, bu hakkın kullanılmasından kaynaklanan alacak hakkı zamanaşımına uğrar.

<sup>55</sup> HGK, E. 2011/11-59, K. 2011/271, T. 4.5.2011. "...haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yöntem ve uygulamalarına karşı emek ilkesi uyarınca işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır. Bu bakımdan da öncelikli marka hakkı sahibinin bir başkası tarafından daha sonra gerçekleşen tescilsiz ve tescilli marka kullanımına sessiz kalarak icazet veren davranışlarda bulunup bulunmadığı her somut olayın kendi özellikleri içinde değerlendirilmelidir. Davacı-k.davalı tarafından 1993 tarihinden itibaren davalı-k.davacı aleyhine açılan davalarda uyumsuzluk konusu "K..." ibareli tanıtma işareti üzerinde öncelik ve üstün hakkı bulunduğu, davalı-k.davacının işletme adı ve ticaret unvanı ile iltibas oluşturacak şekilde aynı ibareyi ticaret unvanının asli unsuru olarak kullanımın haksız rekabet oluşturduğu iddia edilerek ticaret sicilinden terkinin istendiğine ve kesinleşen mahkeme kararlarında da davacı-k.davalının öncelik ve üstün hakkının varlığı nedeniyle bu tür bir kullanımın haksız rekabete yol açtığı kabul edilerek ticaret sicilinden terkinine hükmedildiğine göre, davacı-k.davalının tanıtma işareti niteliğindeki "K..." ibaresinin kullanımına karşı sessiz kaldığından söz edilemez. Davacı-k.davalının söz konusu işaretin aynı zamanda tescilsiz hizmet



## 5. İncelememize Konu Karar Bakımından Değerlendirme

Federal Mahkeme kararında, sonuç olarak ortak eser sahipliğine hükmetmiştir. Biz bu bölümde usul hukuku kapsamında inceleme yapacağız. Bu kapsamda mahkemenin tespit davasında aranacak hukuki yarar ve zamanaşımı hususlarında yaptığı tespitlere katılmaktayız.

Fikri mülkiyet haklarının zamanaşımına uğraması söz konusu değildir. Dolayısıyla eser sahibi hak sahibi olduğu müddetçe, bu hakkın tespitini talep edebilir. Bir an için hakkın zamanaşımına uğradığı kabul edilse dahi, zamanaşımının def'i niteliğinde olması nedeniyle, hâkimin bunu kendiliğinden dikkate alarak, talep sahibinin hukuki yararın olmadığı sonucuna ulaşması da mümkün değildir. Bu haklara tecavüz halinde de, hak sahibinin uzun süre sessiz kalması; tecavüze rıza gösterdiği şeklinde yorumlanamaz. Eser sahipliği hakkının tespitinde aranacak menfaat, tecavüzün ne kadar zamandır devam ettiği veya eser sahibinin bu duruma karşı tutumu ile değerlendirilerek tespit edilemez. Bu durum da, hakkın zamanaşımına uğramamasının doğal bir sonucudur.

## B. ESER VE ESER SAHİPLİĞİ KAVRAMLARI

### 1. İncelemenin Maddi Hukuk Bakımından Sınırlandırılması

Federal Mahkeme temyiz incelemesi kapsamında “Cenevreli İtfaiyecilerinin Turuncu Rehberi”nin (incelememizde “Turuncu Rehber” olarak anılacaktır), “eser” olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu tartışılmış ve eser sahipliği ve bu kapsamda ortak eser sahipliği olguları değerlendirilmiştir.

Karara ilişkin incelememiz, Federal Mahkemenin çizdiği çerçeve ve değerlendirme biçimine sadık kalınarak ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) sistematığı esas alınarak yapılacaktır.

---

*markası olarak da kullanımının önlenmesi için ayrı bir dava açmaması nedeniyle, aynı süre içerisinde bu ibarenin davalı-k.davacı tarafından tescilsiz ve daha sonra da tescilli marka olarak kullanımına icazet verdiği ve hükümsüzlük davası açmayacağı izlenimi yaratmasına rağmen işbu davayı açmış olmasının, önceki davranışı ile çelişki oluşturup karşı tarafı yarattığı güven nedeniyle çelişkili davranma yasağı ( Venire contra factum proprium ) ilkesi uyarınca MK'nun 2.maddesi ile düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu da kabul edilemez. Çünkü, davacı-k.davalı 1993 tarihinden itibaren açtığı davalarda temel iddia olarak "K..." kelimesi üzerinde öncelik ve üstün hak sahibi olduğunu iddia etmiş ve kesinleşen mahkeme kararları ile de bu iddiasını kanıtlamıştır..."*

## 2. Eser Kavramı

İnceleme konusu kararda “Tehlikeli Maddeler Fihristi” ya da “Cenevrelî İtfaiyecilerin Turuncu Rehberi” her kimyasal ürünün bir fiş ile tanıtıldığı bir rehberdir. Söz konusu fişler ürün ve tehlikelerine ilişkin bir tanım; yangın, toprak kayması, sel ve zehirlenme sırasında yapılması gerekenlere ilişkin bir bilgilendirmeyi; korunma ve onarım için gereken materyalleri, fiziksel değişmezler ile ürüne göre, insanların tahliyesinin ihtiyari veya zorunlu olduğunu gösteren tek veya çift turuncu çizgi ile zehirli sızıntı veya patlama riskinde boşaltılacak alanın tanımını içermektedir. Bu haliyle somutlaşan ve rehber halini alan çalışma, dille ifade edilen bir fikri ürün olabilir. Bu ürün, bir fikri çaba sonucu meydana gelmişse eser olarak korunması söz konusu olabilecektir. FSEK 1/B maddesi a bendinde eser, “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*”<sup>56</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Kanundaki tanımdan hareketle bir sanat veya fikir ürünü sahibinin hususiyetini taşıması, somutlaşmış olması, fikri bir çabayı yansıtmaması ve FSEK’de sınırlı sayıda belirlenen eser gruplarından birine dâhil olması koşulu ile korunmaktadır.

Bir fikri ürünün eser olarak kabul edilmesi, FSEK’te sınırlı sayıda öngörölmüş olan eser gruplarından birine dâhil olmasına da bağlıdır<sup>57</sup>. Buna göre kanunda İlim ve Edebiyat Eserleri, Müzik Eserleri, Güzel Sanat Eserleri ve Sinema Eserleri olmak üzere dört eser grubu sayılmıştır. İnceleme konusu karara konu olayda bahsi geçen Turuncu Rehber, ilim ve edebiyat eserleri grubunda değerlendirilebilir. FSEK md.2/1’de “*herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserlerin*” ilim ve edebiyat eserleri grubuna dâhil olduğu ifade edilmiştir<sup>58</sup>. Kural olarak herhangi bir şekilde dille ifade edilen fikri ürünler bu kapsamda değerlendirilir<sup>59</sup>.

<sup>56</sup>Doktrinde “ve” kelimesinin yanlış kullanıldığı, yalnızca bir fikir ya da bir sanat ürününün kanundaki diğer koşulları da sağlıyorsa FSEK kapsamında eser olarak korunacağı kabul edilmektedir (bkz. *Tekinalp*, 103).

<sup>57</sup>Bu koşul, doktrinde ve Yargı kararlarında FSEK bakımından eser olarak kabul edilen fikri ürünler bakımından objektif koşul olarak da anılmaktadır (*Kılıçoğlu*, s. 122; *Suluk*, C.: Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004, s. 48; Yargıtay 11.HD. E. 2006/934, K. 2007/4555).

<sup>58</sup>Anılan bendin devamında “*her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları*” bu kapsamda sayılmıştır. Ayrıca maddenin 2. bendinde “*her nevi rakslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri*” ve 3. bendinde

Hukuk düzenimizde fikri bir çaba sonucu ortaya çıkan ve somutlaşan, bir fikir ya da sanat ürününün korumadan yararlanabilmesi için belirleyici olan ölçüt, sahibinin hususiyetini taşımasıdır<sup>60</sup>. Eserin eser sahibinin hususiyetini taşımasından neyin kast edildiği, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte yargı kararlarında da bu konuda bir birlik yoktur<sup>61</sup>. Bir görüşe göre hususiyet, eserin herkes tarafından meydana getirilememesi ve yaratıcı nitelik taşımasında kendisini gösterir<sup>62</sup>. Benzer bir görüş, hususiyetin “yenilik” anlamına geldiğini ve bilineni tekrar etmeyen, herkesçe yaratılması mümkün olmayan ve yaratıcı çaba sonucu oluşan fikri yaratımların eser olarak kabul edilebileceği şeklindedir<sup>63</sup>. İkinci bir görüşe göre, eser sahibine atfedilebilecek belirli bir çabanın ürünü ise eserden söz edilir bu halde, yeni bir şekil ve sunumla ortaya konulan bir düşünce eser sahibine atfedilebilecek fikri bir çalışma sonucu ortaya çıkmış ve nispeten bağımsızlaşmışsa hususiyetten bahsedilir<sup>64</sup>. Dolayısıyla fikri ürün sahibinin kendine has özelliklerini taşıyorsa eser olarak kabul edilmelidir<sup>65</sup>. Bunun için de eserin yaratılması sırasında, sahibinin kişisel özelliklerini ortaya koyabileceği bir serbestlik alanına

---

“bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri” ilim ve edebiyat eserleri grubu içerisinde sayılmıştır.

<sup>59</sup> Tekinalp, s. 114; Öztan, s. 109; Ateş, M.: Fikri Hukukta Eser, Ankara 2007 [Eser], s. 127; Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 99.

<sup>60</sup> Arslanlı, H.: Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 3-4; Tekinalp, s. 104; Erel, Ş. N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2. Bası, Ankara 1998, s.33; Kılıçoğlu, s. 117. Doktrinde ve Yargı kararlarında bu koşul, FSEK kapsamında eser olarak kabul edilen fikri ürünler bakımından sübjektif koşul olarak de nitelendirilmektedir (Erel, s. 34; Kılıçoğlu, s. 114; Suluk, s. 49; Yargıtay 11 HD. E. 2003/4-260, K. 2003/271). Yargıtay hususiyetin somut olaya göre eserin dahil olduğu kategori dikkate alınarak ve bu kategoride uzman bir bilirkişiden görüş alınmak suretiyle tespit edilmesi görüşündedir (Yargıtay 11. HD. E. 2004/2772, K. 2004/12672; Yargıtay 11. HD. E. 2006/927, K. 2007/3892; Yargıtay 11. HD. E. 2007/6365, K. 2008/7953. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 67 vd.).

<sup>61</sup> Yavuz /Alıca/Merdivan, s. 63.

<sup>62</sup> Hirsch, E. E. (Çeviren: Çernis, V.): Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. II, Fikri Haklar, İstanbul 1943, s.12.

<sup>63</sup> Kılıçoğlu, s. 114-115.

<sup>64</sup> Arslanlı, s. 6-7.

<sup>65</sup> Öztan, s. 92.

ihtiyaç vardır<sup>66</sup>. Karma bir görüş ise eserin sahibinin bireyselliğini yansıtmaya gerektiği; ancak zihni bir çalışma sonucu başkalarının bu konuda ortaya koyabileceklerinden biraz farklı olduğu ölçüde eser sahibinin hususiyetini taşıdığını ileri sürmektedir<sup>67</sup>. Bir diğer karma görüş, hususiyeti eserin bağımsız bir fikri çalışmanın ürünü olması ve eser sahibinin yaratıcı gücünü yansıtmaya ile ifade etmektedir<sup>68</sup>. Farklı bir yaklaşım, hususiyetin üslup yani anlatımda kendisini göstereceğini ileri sürmektedir<sup>69</sup>. Hususiyetin hem eser sahibinin yaratıcılığını yansıttığı hem de üslupta kendini bulduğu şeklinde bir karma görüş daha ortaya atılmıştır<sup>70</sup>. Son olarak hususiyetin anlaşılması bakımından üslup ve nispi bağımsızlığın yanı sıra eserin yaratılmasında serbest biçimlendirme alanının bulunması, genelin üstünde bir özelliğin ve amaca uygun olanın üstünde bir özelliğin bulunmasının önemli olduğu da savunulmaktadır<sup>71</sup>. Hususiyet kavramına ilişkin birbirinden farklı görüşlerin ortaya çıkması, temelde eser kavramının kapsamı ile ilgilidir. Eser kavramının kapsamının geniş tutulması, koruma kapsamını da genişletecektir. O takdirde toplumun eser olarak kabul edilmeyen fikri ürünler bakımından serbestlik alanı daraltılmış olacaktır. Aksi durumda ise toplumun serbestlik alanı genişlerken, eser kavramının kapsamının daraltılması nedeniyle koruma kapsamı da daraltılmış olacaktır. Dolayısıyla bu iki alan arasında bir denge sağlanması gerekmektedir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre hususiyet kavramı, Fikri Mülkiyet Hukukunun iki önemli kriteri, orijinallik kriteri<sup>72</sup> ve gelişme gösterme kriteri<sup>73</sup>, kapsamında

<sup>66</sup> Öztan, s. 95.

<sup>67</sup> Ayiter, N.: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981, s. 40 vd. Aynı doğrultuda Yargıtay 7. CD. E.1980/2877, K. 1980/3052.

<sup>68</sup> Erel, s. 34.

<sup>69</sup> Tekinalp, s. 105-106; Güneş, İ.: Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008 [Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku], s. 65; Bozbel, s. 36. Aynı doğrultuda Yargıtay 11. HD. E. 2006/934, K. 2007/4555; Yargıtay 11. HD. E. 2005/13440, K. 2005/12765.

<sup>70</sup> Ateş, Eser, s. 75-78.

<sup>71</sup> Karahan/ Suluk/Saraç/Nal, s. 36-37.

<sup>72</sup> Burada orijinallik, eserin kendi alanında tek ve benzersiz olması şeklinde anlaşılmalıdır (Beşiroğlu, s. 71). Bu kriter bir fikri üründeki farklılığın herkesçe gerçekleştirilemeyecek, sahibine özgü özellikler sonucu oluşup oluşmadığını ve fikri ürün sahibinin fikri ürünü yaratırken gerekli fikri yeteneklerini kullanıp kullanmadığını diğer bir anlatımla ürüne fikri katkısını belirlemeye yöneliktir (Geven, Z.: Fikri Mülkiyet Hukukunda Yenilik ve Orijinallik, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl. 2011, C. 2, Sa.2, s. 327-401, s. 337).

değerlendirilmelidir. Buna göre fikri ürünün, orijinallik kriteri kapsamında etkin bir korumadan yararlanabilecek düzeyde yaratıcısının kendine has özelliklerini taşımasının yanı sıra gelişme gösterme kriteri kapsamında da söz konusu özelliklerin tekel hakkı elde edecek düzeyde bir gelişmeye yol açması gerekmektedir<sup>74</sup>. Bu sayede Fikri Mülkiyet Hukukunun amacına uygun olarak, gerek fikri ürüne etkin bir koruma sağlanmış gerekse diğer ürünler bakımından toplumun serbestlik alanı korunmuş olacaktır<sup>75</sup>.

İnceleme konusu kararda, daha önce Turuncu Rehber benzer bir rehberin bulunmadığı, Rehberde her bir ürüne ilişkin kimyasal etiketlerin bulunduğu müdahale fişleri, ONU numarası, tehlike ölçeği, ürünün ve ona bağlı tehlikelerin tanıtımı, müdahale edenlere yönelik duruma göre nasıl daha iyi davranılacağını gösteren değişik sütunlar ile sabitlerin belirtilmesi aracılığıyla özgün bir biçimde konunun ele alındığı belirtilmiştir. Bu değerlendirme yukarıda belirttiğimiz gelişme gösterme kriterine karşılık gelmektedir. Buna göre Turuncu Rehberin, toplumun bilgi düzeyine önemli bir katkı yaptığı açıktır. Turuncu Rehberin, sahibine özgü özellikler sonucu oluşup oluşmadığı konusu, aşağıda Eser Sahipliği ele alınırken değerlendirilecektir.

### C. Eser Sahipliği Kavramı

FSEK 1/B maddesinin b bendinde eser sahibi “*eseri meydana getiren kişi*” olarak tanımlanmıştır<sup>76</sup>. Dolayısıyla hukuk düzenimizde eser

<sup>73</sup>Bu kriter, bir fikri üründeki farklılığın, fikri ürünün toplumun bilgi düzeyine, hakkaniyete uygun olacak şekilde tekel hakkı tanınabilecek seviyede bir katkı sağlayıp, sağlamadığını belirlemeye yöneliktir (*Geven*, s. 336).

<sup>74</sup>*Geven*, s. 371 ve 381.

<sup>75</sup>Eser sahibinin hakları ile toplumun serbest erişim alanı arasındaki dengenin sağlanması bakımından tekel hakkı, hukuk düzenlerinde bir takım sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Öncelikle fikrin kendisi değil; somut ifade edilmiş hali korunmaktadır. İkinci olarak somutlaşmış fikri ürünün korunması için, belirli bir bireysel karaktere ya da kimi hukuk düzenlerinde orijinal karaktere sahip olması gerekir. Son olarak da hukuk düzenleri korumayı belirli bir süre ile sınırlandırmıştır. Ancak günümüzdeki teknolojik gelişmeler nedeniyle yeni hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır (*Geiger, C.* (Çeviren: *Şehrali, F. H.*): Fikri Haklar Bilgiye Serbest Erişimi Engeller mi? Fikri Haklar Alanında Menfaatler Dengesi, Hirsch’ten Günümüze Fikri Haklar, Tebliğler 24 Mayıs 2004, Ankara 2005, s. 34 vd).

<sup>76</sup>Kanunda 2004 yılında yapılan değişiklikle kişi sözcüğünden önceki “gerçek” ibaresi metinden çıkarılmıştır. Ancak bir gerçek kişinin esere hususiyetini verebileceği ve eser sahibi olabileceği gerekçesi ile söz konusu değişiklik doktrinde eleştirilmiştir (*Kılıçoğlu*, s.119; *Ateş*, 2012, s. 32; *Karahan/ Suluk/Saraç/Nal*, s. 67; *Öztaş*, s. 234; *Gökyayla*, s. 18 vd.).

sahipliği bakımından “yaratma gerçeği” ilkesi benimsenmiştir<sup>77</sup>. Buna göre eserin yaratılması ile eser sahipliği kendiliğinden -başkaca herhangi bir işleme gerek olmaksızın- doğar<sup>78</sup>. Eserin yaratılması, maddi bir fiil sonucunda gerçekleşir ve eser meydana getirildiği andan itibaren hukuki koruma kendiliğinden -*ipso iure*- başlar<sup>79</sup>. Yaratma ilkesinin bir sonucu olarak, tüzel kişilerin maddi fiilleri ile eseri meydana getirmesi mümkün olmadığından, tüzel kişiler eser sahibi olarak kabul edilmemektedir<sup>80</sup>. Hukuk düzenimizde eserin, sahibinin hususiyetini taşıdığı kabul edildiğinden, esere hususiyetini kim verdiyse ya da kime atfedilebiliyorsa o kimse eser sahibi olarak kabul edilmektedir<sup>81</sup>.

İncelenen karara konu somut olayda C'nin 1978 yılında Cenevre Kenti Yangın ve Yardım Servisi bünyesinde tam zamanlı çalışmak üzere işe alındığı ve 2001 yılında sözleşmesinin yenilendiği anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda hukuk düzenimiz istihdam ilişkisi içinde dahi eseri meydana getiren kişiyi eser sahibi olarak kabul etmektedir. FSEK md. 18/II'de öngörülen düzenleme şu şekildedir: “*aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır*”<sup>82</sup>. Bu madde istihdam edenlerin, eser sahipliğinden doğan mali hakları kullanma yetkisine sahip olabileceği şeklinde yorumlanmalıdır<sup>83</sup>. Mali hakların kullanma yetkisinin kime ait olacağı sözleşme hükmü ile belirlenebileceği gibi işin mahiyetinden de anlaşılabilir<sup>84</sup>. İstihdam edenin mali hakları kullanma yetkisine sahip olabilmesi için eserin istihdam edilen tarafından

<sup>77</sup> Ayiter, s. 90; Erel, s. 69; Tekinalp, s. 149; Kılıçoğlu, s. 161; Ateş, Eser Sahipliği, s. 33.

<sup>78</sup> Erel, s. 70; Tekinalp, s. 149; Kılıçoğlu, s. 163; Karahan/ Suluk/Saraç/Nal, s. 67; Bozbel, s. 77; Yavuz/Alica/Merdivan, s. 191; Yargıtay 11. HD. E. 2007/5265, K. 2007/9282.

<sup>79</sup> Tekinalp, s. 149; Öztan, s. 235-236; Kılıçoğlu, s. 164; Suluk, s. 47.

<sup>80</sup> Ateş, Eser Sahipliği, s. 34. Aynı doğrultuda Yargıtay 11. HD. E.2007/227, K. 2008/2175.

<sup>81</sup> Ateş, Eser Sahipliği, s. 34.

<sup>82</sup> Maddenin birinci fıkrası şu şekildedir: “*Mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir*”. Öztan istihdam edilenlerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki manevi hakların tamamen kendilerine ait olacağı, istihdam edenlerin mali hakları kullanma yetkisine sahip olacağına ilişkin değişikliğin yerinde olduğunu belirtmekle birlikte; gerek manevi hakların gerekse mali hakların, eser sahibini olan istihdam edilene bırakılmasına ilişkin bir düzenlemenin daha isabetli olacağını ifade etmiştir (Öztan, s. 243).

<sup>83</sup> Tekinalp, s. 145; Bozbel, s. 78.

<sup>84</sup> Tekinalp, s. 145.

işin görülmesi sırasında meydana getirilmesi gerekmektedir<sup>85</sup>. Ancak işin görülmesi sırasında yaratılmış olsa bile, istihdam edilen mesleki eğitimi, kurum içindeki işlevi ya da olağan iş akışı ile ilgili olmayan ya da istihdam edenin talimatları olmaksızın eser yaratılmışsa, o takdirde işten bağımsız bir eserden bahsedilir<sup>86</sup>.

İncelenen kararda C'nin 1978 yılında Turuncu Rehberin fişlerini yapmak amacıyla işe alınmış olduğundan bahsedilmektedir. Buna göre istihdam ilişkisi dâhilinde C'nin yaratıcı faaliyetleri sonucu meydana gelen eserin sahibi C olarak kabul edilebiliyorsa, FSEK 18/2 anlamında eserin manevi hakları C'ye ait olacaktır. Dolayısıyla C'nin manevi bir hak olan eser sahibi olarak tanıtılma hakkı da kendisindedir. Bu nedenle tespit davası açmasında hukuki menfaati olduğunun da kabulü gerekir.

Kararda dosya kapsamındaki delillerden C'nin tek başına eseri meydana getirdiğine dair Federal Mahkemede kanaat oluşmadığı anlaşılmaktadır. Ancak kararda C'nin Rehberin hazırlanmasında birim yetkilisi A'dan gelen talimatları mı yerine getiren basit bir yardımcı mı olduğu yoksa A ile birlikte sahibi mi olduğu aydınlatılmaya çalışılmıştır. Buna göre incelenen karara konu somut olayda A'nın Turuncu Rehberin yapılması için görevlendirilmiş birim başında olduğu Federal Mahkeme tarafından da kabul edilmektedir. Buna göre A'nın yazdığı, Turuncu Rehberle ilişkin bir içindekiler tablosu, önsöz, acil tedbirler konusunda notlar, rehberde sınıflandırılan ürünlere dair uyarı ve tanımlamalar, tehlike etiketleri ve tehlike ölçüğü ve bu notlara dayanılarak daktilo edilmiş iki fiş örneğinin dosya kapsamında mevcut olduğu ifade edilmektedir. Bunlardan A'nın kendine has özelliklerini Turuncu Rehberle yansıttığı anlaşılmaktadır. Ancak eseri yaratanın yalnızca A olduğu konusunda da şüpheler vardır. Zira A, önsöz taslağına kendi isminin yanına C'nin ismini koymuştur. Bu durumda C'nin esere yaratıcı katkısının olup olmadığı araştırılmıştır. Federal Mahkeme bu konudaki değerlendirmesini, C'nin 1978 yılında Turuncu Rehberin fişlerini yapmak amacıyla işe alınması; bu döneme kadar böyle bir rehberin bulunmaması; C'nin mesleki yetenekleri ile kimyasal verileri derlediği, halka yaydığı ve itfaiyeciler bakımından kullanışlı hale getirerek, projeyi tamamladığı hususunun Kanton Mahkemesi tarafından da kabul edilmesi ve son olarak eserin tüm baskılarının önsözünde C'nin katkı ve işbirliğinin övülmesi ve C'nin her

---

<sup>85</sup> Öztan, s. 248.

<sup>86</sup> Öztan, s. 249.

baskıya bir önsöz yazıp imzalaması olgularına dayandırmıştır. C'nin kendi mesleki birikimini kullanarak, kimyasal verileri derlemiş olması, bu bilgileri İtfaiyeciler için anlaşılır hale getirmesi ve projeyi tamamlaması Turuncu Rehberine kendine özgü özellikler kattığının göstergesidir. Bu durumda Turuncu Rehber hem A'nın hem de C'nin kendilerine has özelliklerini taşımaktadır. Sonuç olarak Federal Mahkeme de C'nin A'nın talimatlarını yerine getiren ve bu suretle Turuncu Rehberin içeriğini oluşturan sütunları dolduran basit bir yardımcı olmadığına ve fakat A ile birlikte eser sahibi olduğuna karar vermiştir. Ancak C, tek başına eser sahibi olduğu iddiasıyla dava açtığından Kanton Mahkemesi kararı kısmen bozulmuştur.

Hukuk düzenimiz bir eserin meydana getirilmesinde yaratıcı katkısı olan kişilerin tümünü eser sahibi olarak kabul etmektedir<sup>87</sup>. Birden fazla kişinin eser sahibi olarak kabul edilebilmesi, her birinin esere kendisine özgü karakterini yansıtması diğer bir anlatımla yaratıcı katkıda bulunması ile anlaşılmaktadır. Bu durumda birden fazla kişi tarafından meydana getirilen eserde, eserin hangi bölümünün kim tarafından meydana getirildiği belli ise ortak eser sahipliğinden<sup>88</sup> bahsedilir<sup>89</sup>. Bu durumda eserin bir bölümünde bir kimsenin yaratıcı katkısı vardır ve eserin söz konusu bölümü o kişiye has özellikler taşımaktadır. O nedenle ortak eserde eser sahibi kadar eser sahibi hakkı vardır<sup>90</sup>. Ancak bir bütün halindeki eserin birden fazla kişi tarafından meydana getirilmişse ve bu kişilerin esere katkısının ayrılması ve belirlenmesi mümkün değilse eser sahipleri arasında birlikten<sup>91</sup> söz edilir<sup>92</sup>. O durumda eser, meydana getirilmesinde yaratıcı katkısı olan kişilerinin tümüne has özellikler taşımaktadır. FSEK md. 10/III uyarınca, bir eserin meydana getirilmesinde teknik hizmetler veya teferruata ilişkin yardımlar eser sahipleri birliği kapsamında değerlendirilmez. FSEK bakımından ortak eser sahipliği ile eser sahipleri arasında birlik arasındaki ayrımın temelinde, eserin kısımlara ayrılmasının mümkün olup olmaması ve

---

<sup>87</sup> Ateş, Eser Sahipliği, s. 185.

<sup>88</sup> Beşiroğlu, ortak eser sahipliği yerine “toplu eser sahipliği” ifadesini kullanmaktadır (Beşiroğlu, s. 160 vd.).

<sup>89</sup> FSEK md. 9.

<sup>90</sup> Tekinalp, s. 150.

<sup>91</sup> Beşiroğlu, eser sahipleri arasında birlik yerine “ortak eser sahipleri” ifadesini kullanmayı tercih etmektedir (Beşiroğlu, s. 166 vd.).

<sup>92</sup> FSEK md. 10.



birden fazla kişinin hangisinin hangi kısmı meydana getirdiğinin tespit edilip edilememesi yatmaktadır. Federal Mahkeme Turuncu Rehberin eser sahiplerinin A ve C olduğuna karar vermiştir. Ancak karardan anlaşıldığı kadarıyla eserin hangi kısmının kim tarafından meydana getirilmiş olduğunun tespiti mümkün olmamıştır. O takdirde A ve C'nin yaratıcı katkılarıyla meydana gelen eser, her ikisinin kendine has özellikleri ile oluşmuş, her ikisinin fikri çabası ile meydana gelmiştir ve FSEK md. 10 uyarınca eser sahipleri arasında birlikten söz edilir.

#### IV. GENEL DEĞERLENDİRME

İncelenen İsviçre Federal Mahkemesi kararında hukuk düzenimizle paralellik gösteren değerlendirmelerin yanı sıra hukuk düzenimizden farklı ele alınan konular dikkat çekmektedir. Kararın kendisi ve yukarıda yapmış olduğumuz değerlendirmeler birlikte ele alındığında, bu husus açıkça görülmektedir. Ancak bu bölümde kısaca birbirine paralel ve birbirinden farklılık gösteren konuların üzerinde durulacaktır.

Öncelikle eser sahipliğinin tespiti davası bakımından iki hukuk düzeni ele alınacaktır. Bizim hukuk düzenimizde FSEK 15 kapsamında “eser sahipliğinin tespitine” özgü bir dava öngörülmüştür. İsviçre Hukukunda ise LDA md. 61’de, bu yasadan kaynaklanan hakkın ya da hukuki ilişkinin tespiti bakımından bir dava öngörülmüştür. Federal Mahkeme incelenen kararda eser sahipliğinin tespitinin dayanağının “eser sahibi olarak tanıtılma hakkı” olduğunu belirtmiştir. Hukuk düzenimizden farklı olarak 1992’de yürürlüğe giren yeni yasa ile İsviçre Hukukunda monist yaklaşım benimsenmiştir<sup>93</sup>. Buna göre eser sahibinin hakları mali ve manevi haklar olarak ayrı ayrı sınıflandırılmaz ve fakat tek bir eser sahibi hakkından bahsedilir<sup>94</sup>. Bu hak münhasır ve mutlak bir haktır. Eser sahipliği hakkı herkese karşı ileri sürülebilir<sup>95</sup>. Dolayısıyla eser sahibi hakkı bakımından tek bir koruma süresi söz konusu olmaktadır<sup>96</sup>. LDA md. 29’a göre bu süre eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıldır. Ancak geleneksel olarak eser sahipliği hakkı, manevi ve mali yetkilerden oluşur<sup>97</sup>. Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı ise manevi hak/yetkiler

<sup>93</sup> Alman Hukuku model alınmıştır (*Dessementet, F.:* Le Droit d’Auteur, Lozan 1999, s. 139).

<sup>94</sup> *Dessementet*, s. 135; *Braun, M.:* Le droit moral de l’artiste interprète, Bern 2010, s. 42 vd.

<sup>95</sup> *Barrelet/Egloff*, Art. 9, §9.

<sup>96</sup> *Dessementet*, s. 136.

<sup>97</sup> *Braun*, s. 19.

kapsamında ele alınmıştır<sup>98</sup>. Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, hukuk düzenimizde olduğu gibi, eser sahibinin isminin eserde gösterilip gösterilemeyeceği ya da nasıl gösterileceği ile eser sahipliğinin uyuşmazlık konusu olması halinde eser sahibinin üçüncü kişilere karşı bu hakkını savunmasını içerir<sup>99</sup>. İncelenen karar bakımından eser sahipliğinin tespiti davasının dayanağını eser sahibinin üçüncü kişilere karşı bu hakkını savunması oluşturmaktadır<sup>100</sup>.

Her iki hukuk düzeni bakımından karşılaştığımız en önemli farklılık eser kavramının korunmasındaki belirleyici unsurdur. Hukuk düzenimiz eser olarak korunacak fikri ürünlerde eser sahibinin hususiyetini aramaktadır. 1992’de yürürlüğe giren yeni yasa ile İsviçre Hukukunda eser sahibinden kaynaklanan özgünlük terk edilmiş; yerini eserin bireysel karaktere sahip olmasına bırakmıştır<sup>101</sup>. İsviçre LDA md. 2/I’de eser “*Değeri ya da amacından bağımsız olarak, bireysel nitelik gösteren edebi veya sanatsal zihinsel yaratımlar*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre yaratım faaliyetinin sonucunun korunmaya değer olup olmadığının tespiti bakımından en önemli koşul “eserin bireysel karaktere” sahip olup olmamasıdır<sup>102</sup>. Eserin kendisinden kaynaklanan bir bireyselliğe sahip bir fikri ürün olması, korunması bakımından yeterlidir<sup>103</sup>. Bireysellik içerse, eserin ait olduğu alan içerisindeki yerini değerlendirmek gerekir<sup>104</sup>. Amaç daha önceki aynı tür eserler arasında karşılaştırma yapmaktır<sup>105</sup>. Bu karşılaştırma mutlak değil nispi bir karşılaştırma olacaktır<sup>106</sup>. Eser sahibinin yaratım alanı ne kadar dar olursa olsun –örneğin bilimsel eserler bakımından durum böyledir- eğer eser kendi alanında yeni ve tek olarak nitelendirilebiliyorsa, o eserin bireysellik taşıdığı söylenir<sup>107</sup>. Dolayısıyla

<sup>98</sup> Barrelet/Egloff, Art. 9, §10; Braun, s. 19.

<sup>99</sup> Barrelet/Egloff, Art. 9, §10-11 ve §14; Braun, s. 60.

<sup>100</sup> Barrelet/Egloff, Art. 9, §14.

<sup>101</sup> Dessemontet, s. 107. Yasanın getirdiği diğer bir değişiklik ise fikri ürünün “algılanabilir” olması halinde korunmasının mümkün olmasıdır. Artık fiziksel bir biçimde şekillenmiş olması koşulu aranmaz (Barrelet/Egloff, Art.2 § 4).

<sup>102</sup> Barrelet/Egloff, Art. 2, §8; Braun, s. 10.

<sup>103</sup> Troller, K.: Précis du droit suisse des biens immatériels, 2. Bası, Basel 2006, s. 133.

<sup>104</sup> Dessemontet, s. 118; Barrelet/Egloff, Art. 2, §8; Braun, s. 13.

<sup>105</sup> Dessemontet, s.118; Troller, s. 133.

<sup>106</sup> Dessemontet, s.119; Troller, s. 133.

<sup>107</sup> ATF X Ag, sic!2003; ATF 125 III 338; ATF 113 II 196; ATF 110 IV 105; ATF 106 II 73; ATF 100 II 172.

karara konu olayda Federal Mahkeme, Turuncu Rehberin eser olarak korunması bakımından bireysel karaktere sahip bir fikri ürün olup olmadığını tespit etmiştir. Buna göre kararda Turuncu Rehberin bireysel karakteri, rehberdeki her kimyasal ürünün bir fiş ile tanıtılması olarak belirlenmiştir. Zira rehberde her tehlike haline özgü farklı renkte ölçekler belirlenmiş, ürün ve tehlikelere ilişkin tanımlar, tehlike halinde alınacak önlemler ayrı ayrı ifade edilmiştir.

Her iki hukuk düzeni bakımından eser sahipliği kavramı “yaratma gerçeği” ilkesine göre belirlenmektedir. İsviçre Hukukunda da eserin yaratılmasıyla eser sahipliği, başkaca hiçbir işleme gerek olmaksızın doğar<sup>108</sup>. Bunun yanı sıra İsviçre LDA md. 6’da eser sahibi “eseri yaratan gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır. Kanunda açıkça “gerçek kişi” ifadesinin kullanıldığı dikkat çekmektedir. Buna göre tüzel kişiler eser sahibi olarak kabul edilemez<sup>109</sup>. Bir sözleşmeye dayanarak eserin meydana getirilmesi halinde, eseri fiilen meydana getiren yani yaratan kimse eser sahibi olarak kabul edilir<sup>110</sup>. İşveren, vekil eden ya da talimat veren eser sahibi olarak kabul edilmez<sup>111</sup>. Federal Mahkeme, bu yaklaşımdan hareketle C’nin, Turuncu Rehber’i meydana getirmek üzere işe alınması olgusunu ve bu rehbera katkılarını değerlendirmiştir.

Eserin birden fazla kişinin yaratıcı katkısı ile meydana getirilmesi halinde İsviçre Hukuku’nda, “ortak eser sahipliği”nden bahsedilmektedir. LDA md. 7 uyarınca bir eserin meydana getirilmesinde birden fazla kişi arasında eser sahipliği bakımından bir çekişme olduğu takdirde “ortak eser sahipliği” söz konusu olur. Talimatlarla hareket eden ve kendi yaratıcılığı ile katkıda bulunmayan kimse, ortak eser sahibi olarak kabul edilmez; ancak yardımcı olarak kabul edilir<sup>112</sup>. Dolayısıyla ortak eser sahipliğinden bahsedebilmek için gerekli temel unsur “birlikte yaratım”dır<sup>113</sup>. LDA md. 7/IV Ortak eser sahipleri, eserdeki kendi yaratıkları bölümler ayrılabilir ise bu bölümler üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirler. Bunun için her bir eser sahibinin yaratıcı katkısının ayrı ayrı belirlenebilir olması gerekmektedir<sup>114</sup>. Oysa hukuk

<sup>108</sup> Troller, s. 137; Braun, s. 5.

<sup>109</sup> Dessemontet, s. 235.

<sup>110</sup> Dessemontet, s. 239.

<sup>111</sup> Barrelet/Egloff, Art. 6, §2.

<sup>112</sup> Barrelet/Egloff, Art. 7, §4.

<sup>113</sup> Dessemontet, s. 240.

<sup>114</sup> Barrelet/Egloff, Art. 7, §12.

düzenimizde “ortak eser sahipliği” ve “eser sahipleri arasında” birlik şeklinde bir ayırım yapılmakta ve FSEK’te her iki durum ayrı ayrı düzenlenmektedir. Ancak İsviçre LDA md. 7/I de ortak eser sahipliği ile kast edilen FSEK md 10 anlamında eser sahipleri arasında birliktir. Maddenin 4. Paragrafında ise bahsedilen FSEK md. 9 anlamında ortak eser sahipliğidir. Zaten Federal Mahkeme tarafından da A ve C’nin ortak eser sahibi olduğuna karar verilmiştir ki; bu durum hukuk düzenimizde FSEK 10 anlamında eser sahipleri arasındaki birlik kavramına karşılık gelmektedir.

## KAYNAKÇA

1. *Abbet, S.*; Le Principe de la Bonne Foi en procédure Civile, SJ 2010 II, s. 221-248.
2. *Alangoya H. Y./Yıldırım K./Deren Yıldırım N.*; Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2009, 7. Baskı.
3. *Ansay, S. Ş.*; Hukuk Yargılama Usûlleri, Ankara, 1957.
4. *Arslanlı, H.*; Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.
5. *Aslan, A.*; Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004.
6. *Ateş, M.*; Fikri Hukukta Eser, Ankara 2007 [Eser].
7. *Ateş, M.*; Fikir ve Sanat Eseri Sahipliğinin Tespiti Davası, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, Yıl: 2010, C. 2, s. 77-106, İstanbul 2011 [Eser Sahipliğinin Tespiti].
8. *Ateş, M.*; Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara 2012 [Eser Sahipliği].
9. *Ayiter, N.*; Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981.
10. *Barrelet, D./Egloff, W.*; Le Nouveau Droit d'Auteur, Commentaire de la Loi Fédérale sur le Droit d'Auteur et les Droits Voisins, 3. Bası, Bern 2008.
11. *Beşiroğlu, A.*; Fikir Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul 2006.
12. *Bilge Necip/Önen Ergun*; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, 1978.
13. *Braun, M.*; Le droit moral de l'artiste interprète, Bern 2010.
14. *Bohnet François/ Haldy Jacques/ Jeandin Nicolas/ Schweizer Philippe/Tappy Denis*; Code de Procédure Civile Commenté, Helbing Lichtenhahn, 2011.
15. *Bozbel, S.*; Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012.
16. *Converset, S.*; Aide aux Victimes d'Infractions et Réparation du Dommage, Schulthess, 2009.
17. *Corboz, B.*; Les Dispositions Générale du CPC (Titres 3 à 6), Le Code de Procédure Civile-Aspect Choisis, 2011.
18. *Dessemontet, F.*; Le Droit d'Auteur, Lozan 1999.

19. *Erdem, M.*; Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010.
20. *Erel, Ş. N.*: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2. Bası, Ankara 1998.
21. *Eren, F.*; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 2008.
22. *Geiger, C.* (Çeviren: *Şehirli, F. H.*): Fikri Haklar Bilgiye Serbest Erişimi Engeller mi? Fikri Haklar Alanında Menfaatler Dengesi, Hirsch'ten Günümüze Fikri Haklar, Tebliğler 24 Mayıs 2004, Ankara 2005.
23. *Geven, Z.*: Fikri Mülkiyet Hukukunda Yenilik ve Orijinallik, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl. 2011, C. 2, Sa.2, s. 327-401.
24. *Gökyayla, E.*: Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, DEÜHFD, Yıl. 2005, C.7, Sa.1, s.1-28.
25. *Güneş, İ.*: Eser Sahibinin Manevi Hakları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 2003/3, C.3, Sa. 4, Ankara.
26. *Güneş, İ.*: Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008 [Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku].
27. *Hirsch, E. E.* (Çeviren: *Çernis, V.*): Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. II, Fikri Haklar, İstanbul 1943.
28. *Hohl, F.*; Procédure Civile, Tome I: Introduction et Théorie Générale, Berne, 2001.
29. *Karahan, S./Suluk, C./Saraç, T./Nal, T.*: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 2. Bası, Ankara 2009.
30. *Karlı, A.*; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.
31. *Kılıçoğlu, A.*; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2011.
32. *Kılıçoğlu, A.*: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006.

33. *Kuru, B.*; Dava Şartları, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964, s. 109-147. (Anılış: “Dava Şartları”)
34. *Kuru, B./Budak, A. C.*: Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul, 2010.
35. *Öztan, F.*: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.
36. *Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.*; Medenî Usûl Hukuku, 13. Baskı, 2012.
37. *Postacıoğlu İlhan E.*; Medeni Usûl Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, 1975.
38. *Suluk, C.*: Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004.
39. *Tekinalp, Ü.*: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2010.
40. *Troller, K.*: Précis du droit suisse des biens immatériels, 2. Bası, Basel 2006.
41. *Tuncer, İ.*; Fikri Mülkiyet Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığının Tespiti Davası, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan), Cilt I, 2009, s. 617-650.
42. *Üstündağ, S.*; Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, C. I-II, İstanbul 2000.
43. *von Thur, A.*; Borçlar Hukuku 1-2 (Çev.: Cevat Edege), Ankara 1983.
44. *Yavuz, L./Alıca, T./Merdivan, F.*: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C.I, Ankara 2013.

