



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi

Journal of the Faculty of Law of İnönü University

Cilt : 6 – Özel Sayı
Ocak – Aralık 2015

Vol. : 6 – Special Issue
January – December 2015

**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.**

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

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

Journal of the Faculty of law of Inonu University

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

Basım 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

www.inonu.edu.tr/hukukdergi

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

*İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi*

*Journal of the Faculty of Law of
İnönü University*

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Yayın Kurulu Başkanı – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt	School of Law, University of Exeter, United Kingdom
Prof. Dr. Alan C. Neal	School of Law, University of Warwick, United Kingdom
Prof. Dr. Neil Boister	School of Law University of Canterbury, New Zealand
Prof. Dr. Thom Brooks	School of Law, Durham University, United Kingdom
Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney	Faculty of Law, University of Calgary, Canada
Prof. Dr. Hakan Karan	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta	Atlanta's John Marshall Law School, USA
Prof. Dr. Jason Chuah	School of Law, City University London, United Kingdom
Prof. Dr. Jean Allain	School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zheng Sophia Tang	School of Law, Newcastle University, United Kingdom.
Prof. Dr. Maurizio Borghi	School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.
Prof. Dr. Tomoya Obokata	School of Law, Keele University, United Kingdom.
Prof. Dr. Petra Butler	Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand
Doç. Dr. Tamer Budak	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hayri Keser	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan Kaya	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bilge Öztan	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erkan Küçükgüngör	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erol Ulusoy	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof.Dr. Fatih Uşan	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Fırat Öztan	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Seçkin Ozanoğlu	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail Kirca	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. K.Emre Gökyayla	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem Özen	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet Demir	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet Özcan	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mertol Can	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Oguz Kürşat Ünal	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Süha Tanrıver	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Şahin Akıncı	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Tekin Memiş	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vahit Doğan	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vedat Buz	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel Başpınar	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Zariye Şenocak	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. İpek Sağlam	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Müslüm Akıncı	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. İbrahim Durhan	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Bahar Öcal Apaydın	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Mete Erdem	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Josaph Zand	İnönü 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 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 usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The submissions must be delivered in both printed and electronic formats. The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
The articles may also be sent to the editorial board via hukuk@inonu.edu.tr.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.
Example: Inonu University, School of Law
11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER

CİLT 1

Yrd. Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU Arş. Grv. Mehmet ŞEKER	1-28
Bir Pay Sahipliği Girişimi Olarak Kurumsal Temsilci	
Yrd. Doç. Dr. Fevzi TOPSOY	29-66
Sigorta Primlerinin Zamanında Ödenmemesi ve Bu Nedenle Sigortacının, Gemi İpoteği Alacaklısına Karşı Tazminat Ödeme Borcundan Kurtulması	
Yrd. Doç. Dr. Neşe Baran ÇELİK	67-148
Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri	
Yrd. Doç. Dr. Selin SERT	149-164
Türk Hukukunda Kadın Doğum Hastalıkları Hekimlerinin Gerçekleştirdiği Müdahaleler ve Hekimlerin Yükümlülükleri	
Yrd. Doç. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY	165-206
İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler	
Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK	207-252
Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi	
Antonino Milazzo PhD.	253-286
Res in Commercio and Res Extra Commercium: Reflections of Romans Jurists and Categories of Modern Law	
Salvatore Antonio Cristaldi PhD.	287-314
Commediografi Latini e relativi modelli greci: qualche osservazione a margine ..	
Ögr. Grv. Ferhat YILDIRIM	315-340
“Judikatur und Textanalyse” Seda Küçükdeveci gegen Sewedex GmbH&Co. KG EuGH Urteil vom 19. Januar 2010 Rs. C-555/07	
Arş. Grv. Ayşe Ashhan ERBAŞI ÇUHADAR	341-378
Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu	
Arş. Grv. Ali TURAN	379-428
1815 Numaralı Trabzon Şer’iye Siciline Göre Hukuki Hayatta Kadın (1554-1558)	
Arş. Grv. Adem YELMEN	429-448
Yetkisiz Temsil	

Arş. Grv. Betül DURGEN – Arş. Grv. Adem YELMEN Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller	449-480
Arş. Grv. Burak BİLGE Gelişen Teknolojinin Doğurduğu Yeni Bir Suç Türü: Kredi Kartı (POS) Tefeciliği	481-520
Arş. Grv. Fulya KORKMAZ Adli Kontrol	521-542
Arş. Grv. Kürşat AKÇA Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı	543-596
Arş. Grv. Volkan MAVİŞ Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunları	597-626
Zeynep SAYIMLAR Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim	627-652

CİLT II

Prof. Dr. Recep AKCAN Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler	653-664
Doç. Dr. Leyla ATEŞ Vergisel Bilgilerin Otomatik Değişimi Standardı ve Türkiye	665-682
Doç. Dr. Rauf KARASU 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi	683-706
Yrd. Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU Nükleer Enerji Santralleriyle ilgili Reklamların Düşündürdükleri: Çevreye İlişkin Beyanlar İçeren Reklamlar	707-722
Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler	723-738
Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR LL.M. Tasarım ve Haksız Rekabet Hukuku Açısından Yedek Parçaların Korunması ve Türkiye'nin Ekonomi Politik Tercih Sorunu	739-774
Yrd. Doç. Dr. İdil TUNCER KAZANCI Yrd. Doç. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN Mirasçılardan Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi:	775-808
Yrd. Doç. Dr. K. Berk KAPANCI Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M. 344 F.1 C. Son'un Yorumlanması	809-834
Yrd. Doç. Dr. Mehmet HATİPOĞLU Çevre Korunmasında Avustralya'da Uygulanan İdari Yaptırım Türleri:..	835-876
Yrd. Doç. Dr. Öz SEÇER Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi	877-944
Yrd. Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Üçüncü Bir Vasiyetname ile Geri Alınması	945-964
Arş. Grv. Harun YILMAZ Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Kapsamında İtiraz Usulü	965-986

Arş. Grv. Kürşat AKÇA Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu	987-1020
Arş. Grv. Seda KAYNAK Cognitio Extra Ordinem'den Günümüze Delil ve İspat Yükü	1021-1066
Arş. Grv. Sultan ÇAMAK Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması	1067-1090
Arş. Grv. Tacettin ÇALIK Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları ile İlişkisi	1091-1134
Arş. Grv. Neslihan ÇUKADAR İsviçre Federal Mahkemesinin Tüketici Kredisi Kanunu'ndaki Tüketici Kredisi Kavramının Sınırlarını Pragmatik Çoğulcu Yorum Yöntemi Kullanarak Belirlediği Kararı (KARAR ÇEVİRİSİ)	1135-1150

CONTENTS

VOLUME I

Assist. Prof. Dr. Cafer EMİNOĞLU Research Assistant Mehmet ŞEKER	1-28
Corporate Representative as a Shareholding Initiative	
Assist. Prof. Dr. Fevzi TOPSOY	29-66
Non-Payment of Insurance Premiums on Time, and Therefore the Insurer's Get Away From Paying Insurance Indemnity to Ship Mortgagee	
Assist. Prof. Dr. Neşe Baran ÇELİK	67-148
The Rights and Obligations of The Foreigners Who are Applicants or Beneficiaries of International Protection in Turkish Law	
Assist. Prof. Dr. Selin SERT	149-164
Gynaecology diseases in Turkish Law Medical interventions performed by doctors and their obligations	
Assist. Prof. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY	165-206
Einige Bemerkungen zur Straftat "Experiment und Versuch an Menschen"	
Assist. Prof. Dr. Yasemin DURAK	207-252
Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi	
Antonino Milazzo PhD.	253-286
Res in Commercio and Res Extra Commercio: Reflections of Romans Jurists and Categories of Modern Law	
Salvatore Antonio Cristaldi PhD.	287-314
Commediografi Latini e relativi modelli greci: qualche osservazione a margine ..	
Lecturer Ferhat YILDIRIM	315-340
"Judikatur und Textanalyse" Seda Küçükdeveci gegen Sewedex GmbH&Co. KG EuGH Urteil vom 19. Januar 2010 Rs. C-555/07	
Research Assistant Ayşe Aslıhan ERBAŞI ÇUHADAR	341-378
Nuclear Plant Operator's Civil Liability in the Framework of International Nuclear Civil Liability	
Research Assistant Ali TURAN	379-428
The Status of Women in Legal Life: According to Trabzon Sharia Register Number 1815 (1554-1558)	
Research Assistant Adem YELMEN	429-448
Agency Without Authority	

Research Assistant Betül DURGEN	
Research Assistant Adem YELMEN	
Application Area and Application Exclusions of Contract Status	449-480
Research Assistant Burak BİLGE	
THE POS USURY: A New Type of Crime Engendered by Developing Technology	481-520
Research Assistant Fulya KORKMAZ	
Judicial Control	521-542
Research Assistant Kürşat AKÇA	
Right of Property in The Decisions of The Constitutional Court of Turkey	543-596
Research Assistant Volkan MAVİŞ	
The Problems on Deception Element of The Crime of Fraud	597-626
Zeynep SAYIMLAR	
Actual Division as a Status Affecting The Legal Preemption Right	627-652

VOLUME II

Prof. Dr. Recep AKCAN Some Determinations About The Draft Bill Regarding Expertise	653-664
Assoc Prof. Dr. Leyla ATEŞ Automatic Changing Tax Information Standard and Turkey	665-682
Assoc Prof. Dr. Rauf KARASU An Analysis of Liability Insurance Provisions of The Turkish Commercial Code No: 6102	683-706
Assist. Prof. Dr. Başak BAŞOĞLU Thoughts on Advertising of The Nuclear Energy Powerplants: Environmental Advertising	707-722
Assist. Prof. Dr. Ertuğrul YUVALI Psychological Harassment in Workplace (Mobbing), Effects on Workers Psychosocial and Occupational Health and Legal Remedies Mobbing Victims Can Apply	723-738
Assist. Prof. Dr. Hamdi PINAR LL.M. Protection of Spare Parts in Terms of Design and Unfair Competition Law and Turkey's Problem of Political Economy Preference	739-774
Assist. Prof. Dr. İdil TUNCER KAZANCI Assist. Prof. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN The Relationship Between Actio Paullana and The Actions Dedicated to The Protection of Creditors of Heirs	775-808
Assist. Prof. Dr. K. Berk KAPANCI Interpretation of the Art 344 para. 1 (2) TCO With Relation to the Determination of the Lease Price Agreed in Turkish Liras in Lease Contracts for Residential and Roofed Commercial Premises Concluded for Mord Than One Year	809-834
Assist. Prof. Dr. Mehmet HATİPOĞLU Administrative Sanctions for Environmental Protection in Australia	835-876
Assist. Prof. Dr. Öz SEÇER The Termination of Mandate Contract Related to Sui Generis Reasons ..	877-944
Assist. Prof. Dr. Zafer KAHRAMAN The Retraction of a Second Testament Which Has Already Revoked the First Testament	945-964

Research Assistant Harun YILMAZ	965-986
Appeal Procedure Within the Context of Right to Information Act	
Research Assistant Kürşat AKÇA	
Non-Responsibility of Administration on Damages Caused by Social Events	987-1020
Research Assistant Seda KAYNAK	
From the Cognitio Extra Ordinem to Present: Evidence and Burden of Proof	1021-1066
Research Assistant Sultan ÇAMAK	
Limitation of Freedom of Expression in Accordance With European Court of Human Rights and the Constitutional Court	1067-1090
Research Assistant Tacettin ÇALIK	
Organs of the United Nations Relationship Between Human Rights	1091-1134
Research Assistant Neslihan ÇUKADAR	
Translation of the Swiss Federal Tribunal Decision.....	1135-1150

BİR PAY SAHİPLİĞİ GİRİŞİMİ OLARAK KURUMSAL TEMSİLCİ

Yrd. Doç. Dr. Cafer Eminoğlu*
Araş. Gör. Mehmet Şeker**

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte hukukumuzda daha önce olmayan ve uluslararası alanda özgün nitelik taşıyan kurumsal temsilci müessesesi kabul edilmiştir. Bir paysahipliği girişimi olarak düzenlenen bu müessese ile özellikle sermayenin tabana yayıldığı anonim ortaklıklarda güç boşluğunun azaltılması hedeflenmiştir. Ancak Sermaye Piyasası Kanunu hem kurumsal temsilci hem de TK md. 428’de düzenlenen diğer kurumsal temsil sistemlerinin halka açık ortaklıklara uygulanmayacağını hüküm altına almıştır. Böylelikle kurumsal temsilci için öngörülmüş olan fonksiyon önemli oranda ortadan kalkmıştır. Öte taraftan yayımlayacağı ve pay sahibinin talimatı yerine geçen bildirge ile bağlı olan kurumsal temsilci ile temsil ettiği pay sahipleri arasındaki temsil ilişkisinin hukuki niteliği de tartışmalıdır. Bu ilişkinin kendine özgü yapısı olan sözleşmeler çerçevesinde düşünülmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Anahtar kelimeler: Kurumsal temsilci, kurumsal temsil, hukuki nitelik, pay sahiplerinin temsili, güç boşluğu.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

CORPORATE REPRESENTATIVE AS A SHAREHOLDING INITIATIVE

ABSTRACT

Turkish Commercial Code, numbered 6102, has embodied the corporate representative system, which is new in Turkey and also authentic internationally. The target with that shareholding initiative – based system was to decrease the power gap in joint-stock companies. However the Capital Market Law settles that, the regulations regarding corporate representative as well as other corporate representative systems embodies in Article 428 of Turkish Commercial Code shall not be applied for open joint stock companies. In this way the projected function of corporate representative is considerably destroyed. The corporate representative has to bring out an announcement which substitutes the instructions of shareholders. The legal characteristic of representation relation between the representative and represented shareholders is controversial. It is thought that, this relation is a kind of sui generis contract.

Keywords: Corporate representative, corporate representation, legal characteristic, representation of shareholders, gap in power.

I. GİRİŞ

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TK) en iddialı yeniliklerinin başında pay sahipleri demokrasisinin güçlendirilmesine yönelik tedbirler gelmektedir. Pay sahipliği demokrasisi ortaklıklarda oluşan güç boşluğunu¹ ortadan kaldırmayı ya da azaltmayı amaçlayan mekanizmaları

¹ Güç boşluğu kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Songur, s. 6 vd.; Dal, Seniha : "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan "Güç Boşluğu" Sorunu ve Elektronik Genel Kurullar", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1 (1997/1998 - 2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı), İstanbul 2008, s. 167 vd.; Barut, Talha: Anonim Şirketlerde Güç Boşluğu ve Giderilmesi Yolları, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2008, s. 10 vd.

kapsamaktadır. Özellikle sermayesi tabana yayılmış ortaklıklar açısından önemli bir sorunu ifade eden güç boşluğunun ortaya çıkmasının en önemli sebebi pay sahiplerinin bir araya gelememesi ve pay sahipliği haklarını kullanmamasıdır. Bu da ya genel kurulun toplanamamasına ya da toplanan genel kurulda tek başına çoğunluğu oluşturmasa dahi diğerlerine oranla belli pay oranlarını elinde bulunduran pay sahiplerinin ya da pay sahibi gruplarının hâkimiyetinin oluşmasına neden olmaktadır.

Pay sahipleri demokrasisinin en önemli amaç ve işlevi çoğulcu bir yaklaşımla pay sahibinin değerinin ve kullandığı oyun etkisinin artırılması, genel kurul toplantılarına katılma isteksizliğinin çeşitli yollara önlenmesi ve bu doğrultuda çeşitli temsil sistemlerinin oluşturulması, böylelikle de güç boşluğunun mümkün olduğunca doldurulmasıdır. İşte bu amaçla TK pay sahiplerini, pay sahipliği haklarını kullanma konusunda teşvik etmek ve özellikle küçük pay sahiplerinin bir araya gelerek genel kurulda belli bir güç oluşturmalarını teminen önemli bir kısmı tamamen yeni olan bazı temsil mekanizmaları ihdas etmiştir.

İfade edilen temsil mekanizmalarından birisi kurumsal temsilcidir. Kurumsal temsilci kurumu daha önceki Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Dahası pay sahibinin genel kurulda temsili başlığı altında yer alan organın temsilcisi ve bağımsız temsilcinin mehası olan İsviçre hukukunda da bulunmamaktadır. Söz konusu düzenleme Türk hukukuna özgü bir kurumdur. Ne var ki esas itibari ile sermayeleri tabana yayılmış ortaklıklar açısından işlevsel olması beklenen kurumsal temsil müessesesi, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki bir hüküm ile halka açık şirketler açısından işlevsiz hale getirilmiştir. Kapalı ortaklıklar açısından ise kurumsal temsil sisteminin faydalı olup olmayacağı tartışmalıdır. Böylelikle bir bütün olarak kurumsal temsilciye ilişkin düzenlemelerin mevcut haliyle gerekliliği sorgulanır hale gelmeye başlanmıştır.

Çalışmamızda öncelikle genel olarak bireysel temsilden kısaca bahsedilmekte, daha sonra ise kurumsal temsile ve onun bir alt türü olan kurumsal temsilciye yer verilmektedir. Kurumsal temsilci ile temsil edilen

pay sahibi arasındaki temsil ilişkisinin kurulması, bu ilişkinin hukuki niteliği ve doğurduğu yükümlülükler çalışmamızda ele alınan temel hususlardır.

II. Anonim Şirket Pay Sahibinin Genel Kurulda Temsili

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin genel kurulda temsiline ilişkin olarak yeni bir sistem getirilmiştir². Bunun getirilmesindeki temel gaye ise, bir yandan temsilin kurumsallaştırılması, bu yolla da, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, genel kurulda güç boşluğunu engellemek ve bu güç boşluğunun giderilmesi ile yönetimin karşına güçlü bir muhalefet çıkarmak ve pay sahipleri demokrasisini³ sağlayabilmektedir⁴.

A. Bireysel Temsil

Bir anonim şirket pay sahibi, paylardan doğan haklarını kullanabilmek için ya münferit olarak genel kurula katılacak yahut da bir temsilci aracılığıyla bu haklarını kullanacaktır⁵. Burada bahsedilen temsil bireysel temsil olarak adlandırılmaktadır. Bireysel temsil ise kendi içerisinde; adi temsil⁶, müşterek temsil ve tevdi eden temsilcisi⁷ olarak üç başlık altında incelenmektedir.

² eTK'da düzenlene anonim şirket pay sahiplerinin genel kurulda temsiline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Saka, Zafer: Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul 2004, s. 137 vd.; Özdemir, Türkay/Yiğit, İlhan: "Anonim Şirket Genel Kurullarında Pay Sahibinin Temsili ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. 1, İstanbul 2007, s. 433 vd.

³ Menfaatleri dolayısıyla biraraya gelen pay sahipleri arasında, pay sahipleri demokrasinden ve iktidar muhalefet ilişkisinden söz edilmesinin, şirketin genel kurulunun sandık başına oy vermeye gitmeye indirgenmesinin doğru olmadığı yönünde bkz. Özdemir, Yiğit, s. 460.

⁴ Bu yönde bkz. TK md. gerekçeleri, md. 428.

⁵ Bireysel temsil hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. I, Ankara 2013, 293 vd.; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan: Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 321 vd.; Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, Ankara 2014, s. 807 vd.; Pay sahibinin genel kurula katılma hakkı devredilemez niteliktedir ve ancak temsilci vasıtasıyla kullanılabilen ortaksal bir hak olduğu yönünde bkz. Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku –Ders Kitabı-, Ankara 2012, s. 473.

⁶ Belirtmek gerekir ki TK'da adi temsil olarak bir temsil türü ayrıca belirtilmemiştir. Bu ifadenin kullanılmasının sebebi; bireysel temsilcinin geleneksel temsilci mi olduğu yoksa tevdi eden temsilcisi mi olduğunun gösterilmesidir. Bu yönde bkz. Pulaşlı, Hasan: 6102

Bireysel temsilin geleneksel olarak kabul edilen türü adi temsildir. Pay sahibi kendisini adi temsilci vasıtasıyla genel kurulda temsil ettirebilmektedir⁸. Bu temsil ilişkisi için temsilcinin pay sahibi olma gibi bir zorunluluğu yoktur. Hatta Kanun temsilcinin pay sahibi olmasına ilişkin zorunluluk getiren esas sözleşme hükmünün geçersiz olacağını ifade etmiş ve gerekçede de belirtildiği gibi pay sahipliği hakkının temelini oluşturan “temsil edilebilirlik ilkesi”ne vurgu yapmıştır⁹. Pay sahibinin kendisini genel kurulda temsil edecek olan temsilcisi, pay sahibini temsil ederken pay sahibinin talimatlarına uymakla yükümlü kılınmıştır. Ancak temsilcinin bu talimatlara uymaması kullanılan oyun geçersiz olmasına yol açmayacağı gibi bu durum genel kurul kararının geçerliliğine de bir etki etmeyecektir (md. 427/1). Bu durumda talimata uymamış olmaktan kaynaklanan zararlar pay sahibi ile temsilcisinin iç ilişkisinin konusu olacaktır. Kanun koyucu bu hususta pay sahibinin temsilciye karşı haklarının saklı olduğunu hüküm altına almıştır (TK m. 427/1).

Eğer bir pay birden çok kişiye ait ise bu kişiler paydan doğan haklarını ancak bir temsilci aracılığıyla kullanabileceklerdir. Bu pay sahipleri temsilci olarak içlerinden birisini yahut dışarıdan bir üçüncü kişiyi de temsilci olarak atayabileceklerdir (md. 432/1).

Sayıtlı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 482. Bir başka deyişle Borçlar Kanunu anlamındaki temsilci olduğu yönünde bkz. Tekinalp, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2012, s. 179; Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, s. 272.

⁷ Tevdi eden temsilcisinin kurumsal temsil başlığı altında bulunduğu yönünde bkz. Pulaşlı, Hasan: “Türk Ticaret Kanununa ve Tasarisına Göre Anonim Şirket Genel Kurullarında Oy Hakkının Kullanılması”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 795.

⁸ Yeni Türk Ticaret Kanunu ile birlikte getirilen tek pay sahipli anonim şirketlerde de adi temsil sistemi geçerlidir ve uygulama alanı bulacaktır. Bu yönde bkz. Tekinalp, Tek, s. 179. Nama yazılı paylarda veya pay senetlerinde ve hamiline yazılı paylarda veya pay senetlerinde adi temsile ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 482 vd.

⁹ Bu yönde bkz. TK madde gerekçeleri, md. 425. Ayrıca belirtmek gerekir ki eTK döneminde esas sözleşmede öngörülmek şartıyla pay sahibi olmayan kişilerin temsilci olarak atanmalarına engel olunabilmekte idi. Bkz. eTK md. 360/2.

Tevdi eden temsilci ise TK'da münferit olarak md. 429'da düzenlenmiştir¹⁰. Tevdi eden temsilci TK ile birlikte yeni gelen hükümler içerisinde değerlendirilmektedir. Kanunda tevdi eden temsilcisine talimat alma yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca tevdi eden temsilcisi, kendisine tevdi edilmiş bulunan pay ve pay senetlerinden doğan katılma ve oy haklarını tevdi eden adına kullanma yetkisi varsa, bu temsil yetkisini kullanırken, nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda talimat almak için, her genel kurul toplantısından önce, tevdi edene başvurmak zorundadır (md. 429/1)¹¹. Ancak bazı durumlarda talimat alınamayabilecektir. Eğer tevdi eden temsilcisi zamanında talimat talep etmiş ancak talimat alamamışsa, tevdi edilen kişi, katılma ve oy haklarını, tevdi edenin genel talimatı uyarınca kullanacak; böyle bir talimatın

¹⁰ Tevdi eden temsilcisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 488 vd.; Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 331, 332; Üçışık/Çelik, s. 301 vd.; Bilgili/Demirkapı, s. 327 vd.; Tekinalp, Yeni, s. 273, 274; Songur, Damla Gülseren: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Temsili, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2012, s. 83 vd.; Pulaşlı, Oy, s. 802 vd.; Pulaşlı, Şirketler, s. 813 vd. Madde başlığının "tevdi edenin temsilcisi" şeklinde olması gerektiği yönünde bkz. Eriş, Gönen: 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C. 3, Ankara 2013, s. 2924. Madde başlığının, kimin temsil ettiğinin tam olarak anlaşılabilmesi için "tevdi temsilcisi" olması gerektiği yönünde bkz. Pulaşlı, Oy, s. 802; aksi yönde olarak "tevdi temsilcisi" ibaresinin Türk dilbilgisi kurallarına uygun olduğu ve doğrusunun Borçlar kanunu tasarisında kullanılan "saklatan(mudi) Temsilcisi" olduğu belirtilmiştir Devamla da "tevdi eden temsilci" ifadesi önerilmiştir. Bu yönde bkz. Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2009, s. 232, 233. Aynen adi temsilde söz konusu olduğu gibi burada da tek pay sahipli anonim şirketlerde tevdi eden temsilcisi söz konusu olabilir. Bu hususta bkz. Tekinalp, Tek, s. 180.

¹¹ Hisse senetleri, saklanmak amacıyla açık kasa işlemi yapılarak bankalara, yönetilmesi için portföy danışmanlarına, yatırım yöneticilerine, saklama kuruluşlarına ve aracı bir takım kurumlar ile avukatlara tevdi edilebilmektedir. Bu yönde bkz. TK madde gerekçeleri, md. 429.

yokluğu hâlinde oy, yönetim kurulunun yaptığı öneriler¹² yönünde verilecektir (md. 429/2)¹³.

B. Kurumsal (Toplu) Temsil

Ticaret Kanunu'nda yeni olarak nitelendirilen, daha önceki Ticaret Kanunda yer almayan, mehazı ise İsviçre Borçlar Kanunu olan bir kurum getirilmiştir. Bu temsil türü kurumsal (toplu) temsil olarak adlandırılmaktadır¹⁴. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi kurumsal temsilin mehazı her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu olsa da birçok konuda mehaz hükümden ayrılınıldığı ve bu yönüyle yerli olduğu söylenebilir¹⁵. Ticaret Kanunu'nda yer alan organın temsilcisini, bağımsız temsilciyi ve kurumsal temsilciyi ifade etmek amacıyla üst bir kavram olarak kurumsal temsil kavramı kullanılmaktadır¹⁶.

TK md. 428/1 hükmüne göre şirket, kendisiyle herhangi bir şekilde ilişkisi bulunan bir kişiyi, genel kurul toplantısında kendileri adına oy kullanıp ilgili diğer işlemleri yapması için yetkili temsilcileri olarak atamaları amacıyla pay sahiplerine tavsiye edecekse, bununla birlikte şirketten tamamen bağımsız ve tarafsız bir diğer kişiyi de aynı görev için önermek ile yükümlüdür. Burada şirket ile ilişkisi olan kişinin önerilmesi ve atanması halinde bu kişi “organın temsilcisi” olarak

¹² Böyle bir durumda temsilcinin oyunu yönetim kurulunun tavsiyelerine uymaksızın kullanması halinde oyun geçerli olduğunun söylenmesinin kolay olmadığı yönünde bkz. Kendigelen, s. 332.

¹³ Tevdi eden temsilcinin talimat alamaması halinde yönetim kurulunun yaptığı öneriler doğrultusuna yapılmasına ilişkin hükmün kabul edilmesinin sebebi; tevdi eden temsilcinin oyu kendi menfaati lehine kullanmasını önlemektir. Almanya'da bankalar ve diğer kredi kurumları tevdi eden temsilci olarak sanayi üzerinde hakimiyet kurmuşlardır. Sosyal politika ile doğrudan alakalı olan söz konusu hüküm emredici niteliktedir. Bu yönde bkz. TK madde gerekçeleri, md. 429. Emredici hüküm olduğunun belirtilmesine ilişkin olarak genel kurul kararlarının en azından iptal edilebilirlik yaptırımı ile karşı karşıya kalacağına işaret ettiği yönünde bkz. Kendigelen, s. 332.

¹⁴ Doktrinde toplu temsil olarak da kullanılmaktadır. Bu kullanım için bkz. Kendigelen, s. 326; Şener, s. 476; Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2014, s. 164. Kitlesel temsil şeklindeki kullanım için bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 324. “Bireysel olmayan temsil” şeklindeki kullanım için bkz. Tekinalp, Tek, s. 181; Tekinalp, Yeni, s. 274.

¹⁵ TK madde gerekçeleri, md. 428.

¹⁶ Bu yönde bkz. Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 490, 491.

adlandırılmaktadır¹⁷. Şirketten bağımsız kişinin atanması halinde ise bu kişi “bağımsız temsilci” olarak adlandırılmaktadır¹⁸. Maddeden de anlaşılacağı üzere eğer şirket organın temsilcisini önermişse aynı zamanda bağımsız temsilciyi de atama için önermek mecburiyetindedir. Kurumsal (toplu) temsilin bu iki türünün yanında şirket girişiminden ayrı bir çoklu temsil mekanizması da öngörülmüştür. Konumuzun esasını teşkil eden ve “kurumsal temsilci” olarak adlandırılan bu yeni temsil olanağı aşağıda ayrı bir bölüm olarak ele alınmaktadır.

III. KURUMSAL TEMSİLCİ

Kurumsal temsilci müessesesi TK md. 428/2’de öngörülmüştür ve Türk hukukuna özgü bir düzenlemedir¹⁹. Kanunda düzenlenen kurumsal temsilcinin kabul edilmesinin temel sebebi ise büyük sayılara varabilecek temsil belgesi toplama örgütlenmesini yapabilecek kişilerin önerilmesi, özellikle bu göreve talip olabilecek kişilerin cesaretlendirilmeleri, bunların şirket yönetiminden tamamen bağımsız hareket edebilmeleri ve özellikle güç boşluğunun doldurulmasıdır²⁰. Her bir kurumsal temsilci başlı başına,

¹⁷ Organın temsilcisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 495, 496; Kendigelen, s. 328; Üçışık/Çelik, s. 296 vd.; Eminoğlu, Cafer : Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), İstanbul 2014, s. 78, 79; Tekinalp, Tek, s. 181, 182; Tekinalp, s. 274, 275; Songur, s. 96 vd.; Pulaşlı, Oy, s. 796 vd.; Pulaşlı, Şirketler, s. 824 vd.

¹⁸ Bağımsız temsilci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçışık/Çelik, s. 296 vd.; Eminoğlu, s. 79 vd.; Songur, s. 101 vd.; Pulaşlı, Oy, s. 799 vd. Bağımsız temsilcinin İsviçre hukuku ile birlikte incelenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 496 vd.; Pulaşlı, Şirketler, s. 827 vd. Bağımsız temsilcinin bağımsızlığının ne surette sağlanabileceğinin tartışma yaratacağı, uygulamada bağımsız olarak adlandırılan ancak bağımlı kişilerin ortaya çıkacağı ve bu bağlamda da yönetim kurulunun sorumluluğunun söz konusu olacağı yönünde bkz. Özdemir, Yiğit, s. 460. Bağımsız temsilci hakkında getirilen hükümlere ilişkin eleştiriler için bkz. Kendigelen, s. 328.

¹⁹ Ticaret Kanunu madde gerekçesinde de belirtildiği gibi kurumsal temsilci müessesesi İsviçre hukukunda yer almamaktadır. Bu yönde bkz. TK madde gerekçeleri, md. 428/2.

²⁰ Bu yönde bkz. TK md. gerekçeleri, md. 428/2. Kurumsal temsilci ile temsilin desteklendiği her ne kadar kanun gerekçesinde ifade edilmişse de düzelemenin bunu yansıtmadığı ve bunun teşvikinin sağlanabilmesi için usuli işlemlerin daha hafif surette düzenlenmesi gerektiği ve sorumlulukların da bu denli ağır olmaması gerektiği yönünde bkz. Özdemir, Yiğit, s. 460.

genel kurulda görüşülmek üzere oluşturulan gündeme ilişkin yaptığı öneriler (bildirge) çerçevesinde vücut bulan “oy toplama merkezleridir”²¹.

A. Genel Olarak Temsil Kavramı ve Kurumsal Temsilci

Bir hukuki işlem yapıldığında, kural olarak bu hukuki işlemin hüküm ve sonuçları işlemi gerçekleştiren kişiye aittir. Fakat bazı durumlarda karşılaşılan zorlukların ve maddi engellerin aşılması amacıyla, bir hukuki işlemi gerçekleştirmek isteyen kişilerin işlemi bizzat yapmaları her zaman imkan dâhilinde olmadığından temsilci²² vasıtasıyla işlemlerin gerçekleştirilmesine olanak tanınmıştır²³.

Temsil, hüküm ve sonuçları doğrudan veya dolaylı olarak temsil olunan kişinin, yani işlemin ad ve hesabına yapıldığı kişinin bir üçüncü kişiye bu işlemi yapması için verdiği yetkidir²⁴.

Temsil türleri birçok farklı eserde farklı başlıklar altında incelenmiştir²⁵. Kaynağı bakımından temsil, kanuni ve iradi temsil olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanuni temsilde, temsil yetkisinin kaynağını kanun oluşturmaktadır²⁶. Bir başka deyişle, ortaya konan irade, temsil olunanın iradesi değildir. İradi temsilde ise temsil yetkisinin kaynağı temsil olunanın iradesidir²⁷. Kurumsal temsilci TK’da düzenlenmiştir ancak

²¹ Bu yönde bkz. Tekinalp, Tek, s. 183; Tekinalp, Yeni, s. 276.

²² BK bağlamında düzenlenen temsil kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, Şener: Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 3 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Necip: (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Bölüm-Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. I, İstanbul 2010, s. 620 vd.

²³ Bu yönde bkz. Akyol, s. 3; Kocayusufpaşaoğlu, s. 620; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 424; İnceoğlu, Murat : Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s 7; Gülerci, Altan Fahri/Kılınç, Ayşe: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 130.

²⁴ Bu hususta bkz. Akyol, s. 4; İnceoğlu, s. 7; Eren, s. 424.

²⁵ Biz burada sadece birkaçına değinmekle yetineceğiz. Burada bahsedilmeyen diğer ayrımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, s. 43 vd. Aktif ve pasif temsil için ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 45, 46; Kocayusufpaşaoğlu, s. 632 vd.; Eren, s. 430.

²⁶ Örneğin miras bırakanların veya küçük ve kısıtlıların temsili kanuni temsil kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir. Bu hususta bkz. Akyol, s. 45; İnceoğlu, s. 40; Gülerci/Kılınç, s. 132; Kocayusufpaşaoğlu, s. 628; Eren, s. 431.

²⁷ Bu yönde bkz. Akyol, s. 43, 44; Kocayusufpaşaoğlu, s. 627; Gülerci/Kılınç, s. 132; Eren, s. 430 vd.

temsilcinin ortaya koyduğu irade kanundan değil bizatihi temsil olunanın iradesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kurumsal temsilciye verilen temsil iradi temsildir.

Doğrudan sonuçlar bakımından ise dolaylı temsil ve doğrudan temsil olarak temsil ilişkisi iki alt başlıkta incelenmektedir. Dolaylı temsilde temsilci, temsil olunan kişiden aldığı yetkiyi kullanırken kendi adına ve fakat temsil olunan hesabına hareket etmektedir²⁸. Ancak doğrudan temsilde temsilci, bir üçüncü kişi ile yapılan işlemin tarafı olmaksızın işlemi temsil olunan ad ve hesabına yapmaktadır²⁹. Doğrudan temsilin söz konusu olabilmesi için kişinin temsilci olduğunu üçüncü kişiye bildirmesi gerekmektedir³⁰. Kurumsal temsilci yönüyle duruma bakıldığında, kurumsal temsilcinin doğrudan temsilci olduğu görülecektir. Nitekim kurumsal temsilci genel kurulda pay sahipliğinden kaynaklanan hakları temsil olunan pay sahibinin ad ve hesabına yapmaktadır. Öte taraftan kurumsal temsilcinin belirlenmesinden sonra genel kurulda bir bildirim söz konusu olacaktır ve bu yolla temsilcinin temsil olunan pay sahipleri adına işlem yaptığı genel kuruldaki diğer pay sahiplerince öğrenilecektir.

Niteliği bakımdan ise özel kanun hükümleri ile düzenlenen temsil halleri de bulunmaktadır. Bu bağlamda kurumsal temsil özel kanunda hüküm altına alınmış ve bir takım sonuçları düzenlenmiştir. Belirli bazı konular da ise Borçlar Kanununa (BK) atıf yapılmıştır.

²⁸ Dolaylı temsilde iki farklı hukuki işlem bulunmaktadır. Öncelikle temsilci üçüncü kişi ile bir işlem yapar daha sonra ise yaptığı bu hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının temsil olunan üzerinde doğması için işleme konu hak ve borçları temsil olunana devreder. Bu yönde ve dolaylı temsil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, s. 46; İnceoğlu, s. 43; Kocayusufoğlu, s. 630; Gülerci/Kılınç, s. 132 vd.; Eren, s. 429, 430. Dolaylı temsil gerçek olmayan temsil olarak da adlandırılmaktadır ve BK md. 532 vd. maddelerinde düzenlenen komisyon ve TK md. 917 vd. düzenlenen taşıma işleri komisyonculuğu dolaylı temsile örnek kanuni düzenlemeler olarak gösterilebilir. Bu yönde bkz. Eren, s. 429.

²⁹ Bu yönde bkz. Akyol, s. 46; Kocayusufoğlu, s. 631; Eren, s. 427. Doğrudan temsil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, s. 46 vd.; Akyol, s. 151 vd.; Eren, s. 427.

³⁰ Bu hususta bkz. Akyol, s. 46.

B. Temsil İlişkisinin Kurulması

1. Borçlar Kanunu Bağlamında Temsil İlişkisinin Kurulması

Temsil ilişkisi birden fazla farklı yolla kurulabilmektedir³¹. BK'da düzenlenen temsile ilişkin olarak, tek taraflı irade açıklaması ile temsil yetkisi verilebilmektedir. Bu tür bir temsil ilişkisinin kurulabilmesi için iradenin açıklanmış olması gerekir. Ancak bu irade açıklamasının karşı tarafa ulaşması gibi bir zorunluluk yoktur³².

Ancak temsil ilişkisi sözleşme ile de kurulabilmektedir. Böyle bir durumda temsil olunan ile temsilci arasında; vekâlet, hizmet veya eser sözleşmelerinden birisi akdedilebilecektir³³.

2. Ticaret Kanunu Bağlamında Kurumsal Temsil İlişkisinin Kurulması

Kurumsal temsilcinin seçilebilmesi ve yönetim kurulu tarafından ilan edilebilmesi için bir takım işlemlerin yapılması gerekmektedir. Kurumsal temsilcinin atanması işlemi yönetim kurulunun yapacağı bir ilanla başlar. Bu ilanla yönetim kurulu pay sahiplerini, önerdikleri kurumsal temsilcilerin kimliklerini ve bunlara ulaşılabilecek adres ve elektronik posta adresi ile telefon ve telefaks numaralarını en çok yedi gün içinde şirkete bildirmeye çağırır. TK md 428'den de anlaşılacağı gibi pay sahiplerinden, kendilerinin belirleyecekleri kurumsal temsilciyi şirkete bildirmeleri istenilmektedir.

Yönetim kurulunun yapacağı bu çağrı, genel kurul toplantısına çağrı ilanının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanacağı ve şirket internet sitesinde yer alacağı tarihten en az kırkbeş gün önce yapılmış olmalıdır³⁴. Bu çağrı yapıp, pay sahipleri kurumsal temsilcileri

³¹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Songur, s. 38 vd.

³² Kocayusufoğlu, s. 635.

³³ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Songur, s. 39 vd.

³⁴ Burada belirtilen ilanın, hangi yolla yapılacağı düzenlenmediği için sürelerin başlangıcının tespitinde bir takım zorlukların yaşanacağı ve birçok süre ve yapılan ilanlardan hangisinin esas alınacağı hususunda duraksamalara sebebiyet vereceği yönünde bkz. Eriş, s. 2922. Ayrıca süreye uyulmaksızın bir ilan yapıldığında bunun

bildirdikten veya kurumsal temsilci olmak isteyen kişi şirkete başvurduktan sonra, yönetim kurulu, bildirilen kişileri, bağımsız temsilci ve organ temsilcisi ile birlikte, genel kurul toplantısına ilişkin çağrısında, adreslerini ve onlara ulaşma numaralarını da belirterek, ilan eder ve internet sitesinde yayımlar³⁵. Eğer organın temsilcisi ve bağımsız temsilci önerilmemişse sadece kurumsal temsilciye ilişkin söz konusu bilgiler ilan edilir ve internet sitesinde yayımlanır. Burada sayılan işlemler yapılmaksızın bir kurumsal temsilci pay sahiplerini genel kurulda temsil etmek için vekâlet toplayamayacaktır.

Doktrinde bu düzenlemenin kurumsal yönetim yaklaşımına aykırı olduğu belirtilmiştir³⁶. Buna göre eğer amaç kurumsal temsil müessesesinin işletilmesini sağlamak ise yönetim kurulunun böyle bir atamaya karışması yerinde değildir. Öğretide devamla, bu müessesesinin yönetim kurulundan bağımsız olarak yürütülmesi gerektiği aksi taktirde kurumsal temsilden beklenen faydanın en baştan işlemez hale getirileceği belirtilmiştir³⁷. Kanaatimizce de yönetim kurulu dışında bir yapıya böyle bir görevin tevdi edilmesi kurumsal temsilden beklenen faydayı arttıracaktır. Ancak bu tarz bir görevin maddi külfete sebep olacağı ve zaman kaybına yol açacağı açıktır. Nitekim kurumsal temsilcinin mevcut mevzuat kapsamında sadece kapalı ortaklıklar açısından söz konusu olabileceği göz önünde bulundurulduğunda bu gerekçe haklılık kazanmaktadır. Dolayısıyla bu görevin yönetim kuruluna verilmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Nitekim yönetim kurulu ilana çıkmakta

yaptırımının ne olacağı da belirtilmemiştir. Söz konusu yaptırımın genel kurul kararının iptali şeklinde olması bir sonuç olarak değerlendirildiğinden bu hükmün yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin bir düzen hükmü olarak değerlendirileceği yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 326, d.n. 556.

³⁵ Kurumsal temsilci adayının şirketin internet sitesinde yayınlanmasının, pay sahibinin bunu hangi gerekçe ile talep ettiğini belirtmeksizin yahut çok sayıda kurumsal temsilci talebinin internet sitesinde yayınlanması gibi sistemin işleyişini engelleyecek bir takım hususların düzenleme yapılırken dikkate alınmadığı yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 331.

³⁶ Bu hususta bkz. Kendigelen, s. 330.

³⁷ Bu yönde bkz. Kendigelen, s. 330.

herhangi bir serbestiye sahip olmadığı gibi kurumsal temsilci seçme aşamaları da bazı süreçlere ve prosedürlere bağlanmıştır³⁸.

Belirtmek gerekir ki sadece pay sahipleri değil, kurumsal temsilci olmak isteyen diğer kişiler de yine ilgili madde uyarınca şirkete başvurabileceklerdir. Nitekim kurumsal yönetim ilkeleri açısından düşünüldüğünde, bir şirkete ilişkin menfaat sahipleri sadece o şirketin pay sahipleri değildir. Dolayısıyla üçüncü kişiler de, örneğin alacaklılar, kanımızca pay sahiplerini, kurumsal temsilci atamaları yönünde örgütleyebileceklerdir. Bu anlamda kendileri kurumsal temsilci olarak ortaya çıkabilecekleri gibi pay sahipleri tarafından kurumsal temsilci olmak üzere önerilebileceklerdir. Nitekim TK m. 428/2 hükmünde sadece pay sahiplerinin önerilebileceği yönünde bir kısıtlamaya yer verilmediği gibi, yönetim kurulunun yapacağı çağrıda, pay sahipleri ile sınırlı tutmaksızın, kurumsal temsile istekli olanlara şirkete başvurma olanağı sağlanmıştır.

Kurumsal temsilci temsil vazifesini meslek olarak ve ivaz karşılığında yapamaz. Kurumsal temsilci seçimi bir pay sahipliği girişimi, diğer bir ifade ile pay sahiplerini örgütleme işlemidir ve profesyonel bir iş olarak para karşılığı yürütülemez. Kurumsal temsilci Türk Borçlar Kanununun 510. maddesini ileri sürerek temsil ettiği pay sahiplerinden herhangi bir talepte de bulunamaz³⁹.

Bazı durumlarda bağımsız temsilci ile organın temsilcisinin yönetim kurulu tarafından önerilmemesi halinde gerekçede de belirtildiği gibi kurumsal temsilcinin ortaya çıkması ve bir bildirge yayınlama zorunluluğu gündeme gelecektir⁴⁰. Bu bağlamda kurumsal temsilci hususunda yapılan düzenlemenin TK md. 428/1'de düzenlenen bağımsız temsilci ve organın temsilcisinden bağımsız bir şekilde düzenleme altına

³⁸ Bu yönde bkz. Eminoğlu, s. 82.

³⁹ Söz konusu hüküm uyarınca kurumsal temsilcinin yaptığı masrafları ve verdiği avansları dahi isteyememesinin bu kurumun uygulanmasını azaltacağı yönünde bkz. Songur, s. 106, 107.

⁴⁰ TK madde gerekçeleri, md. 428/1.

alındığı belirtilmektedir⁴¹. Böylelikle yönetim kurulunun bağımsız temsilciye ilişkin ilan yükümlülüğü, organın temsilcisi ve bağımsız temsilcinin önerilmesinden bağımsızdır. Diğer bir ifade ile şirket, organın temsilcisini önermekten kaçınmakla bağımsız temsilciye ilişkin yükümlülüklerinden muaf olmayacak, bu yolla pay sahiplerinin bağımsız temsilci etrafında örgütlenmesine engel olamayacaktır.

3. Kurumsal Temsil Müessesinin Uygulanacağı Şirketler

Anonim şirketlerde kurumsal temsilci ilişkisinin kurulabilmesi için anonim şirketin pay sahiplerinin sayısına ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla pay sahiplerine bakılmaksızın tüm anonim şirketler kurumsal temsilciye ilişkin yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü kılınmışlardır.

Ne var ki Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) md. 30/4'de hükmün getirilme amacı ile bağdaşmayacak bir şekilde, TK md. 428'in SerPK kapsamında uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Diğer bir ifade ile TK'nın kurumsal ve bağımsız temsilci ile organın temsilcisine ilişkin hükümleri, payları halka arz edilmiş olan ortaklıklar ile payları borsada işlem gördüğü veya pay sahibi sayısı beş yüzü aştığı için halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklara uygulanmayacaktır. Diğer bir ifade ile toplu temsile ilişkin hükümler sadece kapalı ortaklıklar açısından uygulama alanı bulabilecektir. Ne var ki temsile ilişkin hükümlerin ihdas edilmesinin esas amacı pay sahipleri sayısı fazla olan, diğer bir ifadeyle sermayenin tabana yayıldığı ortaklıklardaki güç boşluğunu gidermekti. SerPK'daki söz konusu hükümle TK'nın temsile ilişkin ilgili hükümlerinin, kendileri için belirlenen ihdas amacına hizmet etme olanakları kanaatimizce önemli oranda ortadan kalkmıştır⁴².

Bununla birlikte bütün kapalı ortaklıklarda kurumsal temsile ilişkin zorunluluğun öngörülmüş olmasının hem genel kurul toplantılarını geciktireceği hem de payların büyük kitlelere yayılmamış olduğu anonim

⁴¹ Bu yönde bkz. Kendigelen, s. 329.

⁴² Aynı yönde bkz. Bahtiyar, s. 166.

şirketlere ek bir mali külfet getireceği de açıktır⁴³. Netice itibariyle kurumsal temsilci müessesesinin yürütülebilmesi için pay sahipleri açısından bir sınırlama getirilmesi yerinde olacaktır⁴⁴. Kanaatimizce kurumsal temsilciye ilişkin düzenlemelerin uygulanması için sayı itibari ile bir “pay sahibi alt sınırının” öngörülmesi yerinde olacaktır. Örneğin bu sayının 51 olması önerilebilir. Böylelikle limited şirketler için kurumsal temsilci müessesesinin öngörülmemiş olması bir gerekçeye kavuşmuş olacak ve ihtiyaç duyulan çok pay sahipli bu tür ortaklıklarda bu müessese işletilecektir⁴⁵.

Kurumsal temsilin kabul edilmesinin temel nedeni, yukarıdada ifade edildiği üzere, güç boşluğunu gidermektir. Güç boşluğu daha çok, sermayesi geniş kitlelere yayılmış vaziyetteki halka açık anonim şirketlere ilişkin bir problemdir⁴⁶. Sermayesi geniş kitlelere yayılmamış olan az pay sahipli anonim şirketlerde güç boşluğu sorunu daha az yaşanmaktadır⁴⁷. Kurumsal temsilciler vasıtasıyla özgül ağırlığı bulunmayan, azınlıkta ve dağınık halde bulunan pay sahipleri belirli bir güce ve etkinliğe sahip olabilmektedirler⁴⁸. Bu nedenle toplu temsile ilişkin hükümlerin halka açık şirketlere uygulanmasının önü tekrar açılmalıdır. Aksi taktirde kapalı

⁴³ Bu yönde bkz. Kendigelen, s. 329; Eminoğlu, s. 82. Özellikle gerekçedeki ifade, bir başka deyişle kurumsal temsilcinin bağımsız temsilci ve organın temsilcisinden bağımsız olarak hüküm altına alındığı ve bağımsız temsilci ve organın temsilcisi atanması işlemleri yapılmasa dahi kurumsal temsilcinin atanabileceği gerçeği dolayısıyla kurumsal temsilcinin düzenlendiği TK md. 428/2'deki usullere uyulmadığı takdirde iptalin söz konusu olacağı kabul edilirse, söz konusu hükmün küçük anonim şirketler için tehlikeli sonuçları getireceği söylenebilir. Bu yönde bkz. Kendigelen, s. 329.

⁴⁴ Kendigelen bu yönde, TK md. 428'de düzenlenen tüm temsil müesseselerinin sadece pay senetleri borsada işlem gören veya en azından payları çok sayıda ortağa dağıtılmış bulunan halka açık anonim şirketler için bir anlam ifade edeceğini ve kurumsal temsilcinin sadece halka açık anonim şirketler için söz konusu olacağını belirtmemesinin büyük bir eksiklik olduğunu belirtmiştir. Ayrıca pay sahipleri demokrasinin sadece bu tip ortaklıklarda gerekli olduğunu da ifade etmiştir. Bu yönde bkz. Kendigelen, s. 329, 330. Bu yükümlülüğün sadece halka açık anonim şirketler için söz konusu olması gerektiği yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s. 301.

⁴⁵ Bu hususta bkz: Eminoğlu, s. 82.

⁴⁶ Bu hususta bkz. Eminoğlu, s. 81.

⁴⁷ Kendigelen, s. 329.

⁴⁸ Eminoğlu, s. 76.

ortaklıklar açısından pratik önemi son derece kısıtlı olan ve ortaklık işleyişini engellemeye elverişli olan bu sistemin tamamen yürürlükten kaldırılması kanaatimizce yerinde olabilecektir.

C. Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Kurumsal Temsilcinin Yükümlülükleri

1. Bildirge Yayınlama ve Yayınladığı Bildirgeye Uyuma Yükümlülüğü

Kurumsal temsilci TK md. 430 uyarınca bir bildirge yayınlacaktır. Bu bildirge ile de kurumsal temsilci hangi yönde oy kullanacağını ve temsil belgesinin içeriğini ilan edecektir⁴⁹. Yapılan bu ilan ile birlikte kurumsal temsilci esasında bildirmede yer alan hususları beğenen pay sahiplerinin kendisine vekalet vermesini istemektedir⁵⁰. Bu bildirge pay sahibi tarafından verilmiş talimat yerine geçecektir (TK m. 428/4).

Kusurlu olarak bildirgesine veya kanuna aykırı hareket eden veya hileli işlemler yapan kurumsal temsilcinin bu fiil ve kararlarının sonuçlarından BK'nın 506. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca sorumlu olacaktır (TK m. 428/5)⁵¹. Ayrıca sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan sözleşmelerin de geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Bildirge temsil edilenin talimatı yerine geçtiği için temsilci yayınladığı bu bildirgeye uymakla yükümlüdür. Bir başka deyişle klasik vekalet

⁴⁹ Bildirge ilanının pay sahiplerine yöneltilmiş bir açıklama olduğu yönünde bkz. Tekinalp, Tek, s. 183; Tekinalp, Yeni, s. 277. Hangi yönde oy kullanılacağını daha önceden beyan edilmesinin genel kuruldaki görüşmelere paydaş ve dolayısı ile temsilcilerinin iradelerini hiç etkilemeyeceği gerekçesi ile eleştiri getirilmiştir. Söz konusu eleştiri için bkz. Özdemir, Yiğit, s. 461, 462.

⁵⁰ Bu yönüyle kurumsal temsilci çağrı yolu ile vekalet toplayan temsilciden ayrılmaktadır. Bir başka deyişle kurumsal temsilci yaptığı bildirge ile bağlı olacak ve fakat çağrı yoluyla vekalet toplayan temsilci yapacağı çağrı bağlamında vekalet talep etmemektedir. Bu yönde bkz. TK madde gerekçeleri, md. 428/2. Çağrı yoluyla vekalet toplama suretiyle temsil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Saka, s. 148 vd.; Songur, s. 108 vd.

⁵¹ Bu sorumluluk hali sadece kurumsal temsilci için öngörülmüştür. Dolayısıyla doktrinde yazarlar tarafından bu hükmün hem bağımsız temsilciye hem de organ temsilcisine uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir. Bu hususta bkz. Kendigelen, s. 328; Eminoğlu, s. 83.

ilişkisinde yer alan talimat burada bildirge olarak karşımıza çıkmakta ve dolayısıyla yine bir talimata uyma yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

Kurumsal temsilciye ilişkin tartışmalı hususlardan bir diğeri, temsilcinin, yayınladığı bildirge kapsamında, farklı pay sahiplerinin farklı menfaatlerini göz önünde bulundurması gerekip gerekmediği ile ilgilidir. Tek bir bildirgenin olduğu ve bu bildirgenin de talimat yerine geçtiği düşünüldüğünde, kanaatimizce kurumsal temsilcinin farklı pay sahiplerinin farklı menfaatlerini göz önünde bulundurmamak gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır.

Kurumsal temsilcinin, temsil ettiği kişilerin her birisi için farklı yönde oy kullanıp kullanamayacağı cevaplanması gereken diğer bir sorudur. Kanaatimizce kurumsal temsilci kurumu, kurumsal temsil bağlamında kanunda düzenlendiği ve güç boşluğunun giderilmesi amaçlandığı için kurumsal temsilci temsil ettiği kişilerin hepsi için aynı yönde oy kullanmak zorundadır. Kaldı ki tek bir bildirge ve dolayısıyla tek bir talimat söz konusudur. Dolayısıyla kurumsal temsilcinin de tek bir yönde oy yetkisi vardır.

Burada tartışılması gereken husus gündeme yeni madde eklenmesi halinde kurumsal temsilcinin nasıl hareket etmesi gerektiğidir. Bazı durumlarda anonim şirket genel kurulunda görüşülecek gündeme yeni madde eklenmesi söz konusu olabilmektedir. Kural olarak da kurumsal temsilci daha önceden ilan edilen gündeme ilişkin bir bildirge yayınlamakta ve bu doğrultuda da pay sahiplerini temsil edeceğini beyan etmektedir. Pay sahipleri de bu minvalde kendilerinin temsil edilmesi için söz konusu bildirgeye bakarak temsil yetkisini vermektedir. Toplantı gündemine yeni bir madde eklenmesi halinde kanaatimizce öncelikle yayımlanan bildirgeye ve bunun neticesinde pay sahibi tarafından verilen vekalet içerisine bakılmalıdır. Eğer bildirgede genel talimat şeklinde bir ibare ve vekalette de buna ilişkin bir izin var ise kurumsal temsilci söz konusu durumu dikkate alarak yeni gündem maddesi ile ilgili olarak pay sahiplerinin yerine oyunu kullanmalıdır. Kurumsal temsilci bu durumda,

bildirgede diğer gündem maddelerine ilişkin olarak ilan ettiği genel tutuma uygun şekilde oy kullanılmalıdır.

Bildirgenin ve vekâletin, yukarıda belirttiğimiz çerçevede genel bir temsiliyet ve talimat öngörmemesi durumunda kanaatimizce kusumsal temsilcinin gündeme sonradan eklenen hususlara ilişkin olarak temsil yetkisi söz konusu olmayacaktır⁵². Ancak bu yetkisizlik hali temsilci ile pay sahibi arasındaki iç ilişkide sonuç doğuracak ve kullanılan oy ile genel kurul kararlarının geçerliliğine kanaatimizce her hangi bir etkide bulunmayacaktır.

2. Bildirim Yükümlülüğü

TK md. 431'de kurumsal temsilciye bir bildirim yükümlülüğü getirilmiştir⁵³. Söz konusu madde hükmü uyarınca kurumsal temsilci, kendisi tarafından temsil olunacak payların sayılarını, çeşitlerini, itibarî değerlerini ve gruplarını şirkete bildirmek zorundadır. Eğer bu bildirim yükümlülüğüne uyulmazsa, o genel kurulda alınan kararlar, genel kurula yetkisiz katılmaya dair hükümler çerçevesinde iptal edilebilir.

Toplantı başkanı kurumsal temsilcinin yaptığı bildirimleri açıklayacaktır. Bir pay sahibi bu bildirim yapılmasını talep etmesine rağmen toplantı başkanı açıklamayı yapmamışsa her pay sahibi şirkete karşı açacağı dava ile genel kurul kararlarının iptalini isteyebilir⁵⁴. Ancak başkan bildirimini açıklamaz ve genel kurul toplantısına da bu şekilde devam edilip karar alınır ise sırf bildirim açıklanmaması söz konusu

⁵² Aksi takdirde kurumsal temsilcinin tazminat sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

⁵³ Hükmün kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu md. 689e hükmüdür. İsviçre hukukuna bu hükmün getirilme sebebinin, tevdi eden temsilcisi bankaların ve kısmen de olsa organ temsilcilerinin güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek olduğu söylenilmektedir. Bu yönde bkz. Böckli, Aktienrecht 2. Aufl. N. 1364 (Aktaran: Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 494).

⁵⁴ Söz konusu bildirim yapılması halinde yaptırım olarak iptalin öngörülmesinin, bazı kişilerce kötüye kullanılacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda bildirim yerine “genel kurula giriş kartı talep ederler” şeklinde değiştirilmesini ve ek olarak “bildirimin yapılması temsilcilerin genel kurula katılabilmelerinin ön koşuludur” gibi bir düzenleme yapılmasının yeterli olacağını kabul etmektedir. Bu yönde bkz. Moroğlu, s. 234.

kararın iptal edilmesi için yeterli değildir⁵⁵. Genel kurul kararının iptal edilebilmesi için, pay sahibinin bu bildirimde açıklamasının yapılmasını talep etmesi, buna rağmen başkanın açıklama yapmamasının gerekli olduğu belirtilmiştir⁵⁶.

Bildirim yükümlülüğü şeffaflık ilkesinin bir gereğidir⁵⁷. Ancak kurumsal temsilcinin bildirim zorunluluğuna uymaması halinde karşılaşılabilecek iptal edilebilirliğin mutlak iptal sebebi olmadığı belirtilmektedir⁵⁸. Bir başka deyişle kurumsal temsilcinin temsil etmiş olduğu paylardan doğan oy haklarının alınan karara etkisi araştırılmalı ve Yargıtay'ın da yetkisiz katılmaya ilişkin ilkesel içtihadı bağlamında uyumsuzluk hususunda karar verilmesinin yerinde olacağı savunulmuştur⁵⁹.

Kanunda toplantı başkanının kurumsal temsilcinin yapmış olduğu bildirim ne zaman açıklayacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır.

⁵⁵ Bu hususta bkz. Ayan, s. 36. Kanunun gerekçesinde bu hususun kabulünün açıklaması şu şekilde yapılmıştır: "...iptalin şarta bağlanmasının sebebi başkanın ihmâlinin genel kurul kararının iptaline sebep olmasının uygun görülmemesidir. Tasarı ihmâlin, pay sahibinin müdahalesi ile ihmâlden çıkması, bir anlamda açıklamama kastına dönüşmesini aramıştır. Yoksa basit bir unutmaya ağır sonuçlar doğurabilir..."

⁵⁶ Bu yönde bkz. Ayan, s. 36; Üçışık/Çelik, s. 301; Pulaşlı, Şirketler, s. 823, 824. Hazır bulunanlar listesi ile yapılacak bir inceleme ile ortaya çıkarılabilecek bir hususun şirkete yahut genel kurulda bu bildirimde yapılmasını talep eden pay sahibine bildirmemenin genel kurul kararının iptaline sebep olacak ağır bir yaptırıma tabi tutulmasının abartılı bir düzenleme olduğu ve amacı aştığı yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, 330. Moroğlu, bildirimde bulunmamanın yaptırımının genel kurula katılama olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu yönde bkz. Moroğlu, s. 234.

⁵⁷ Bu yönde bkz. TK madde gerekçeleri, md. 431. Şeffaflık ilkesi ile bağlantılı olarak da temsilcilerin bu haklarını kötüye kullanmalarının önüne geçilmesi düşüncesi güdüldüğü yönünde bkz. Ayan, s. 35.

⁵⁸ Bu yönde bkz. Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 495; Pulaşlı, Oy, s. 808; Üçışık/Çelik, s. 300.

⁵⁹ Bu yönde bkz. Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 495. Bu hususun uygulamada ne şekilde çözümlenmesi gerektiğine ilişkin olarak gerekçede şu ifadeler yer verilmiştir: "...Tasarının 431 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin bir mutlak iptal sebebi mi öngördüğü, yoksa bildirimde bulunmayan kurumsal temsilcinin veya tevdi eden temsilcisinin temsil ettiği paylardan (pay senedinden) doğan oy haklarının alınan kararlarda etkili olup olmadığının araştırılmasının mı gerekli olduğu sorunu öğretininin ve ilkesel Yargıtay kararlarının yetkisiz katılmaya bağladıkları sonuca göre çözülür..." Bkz. TK madde gerekçeleri, md. 431.

Alman doktrinin de bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre söz konusu bildirim toplantının başında, en kötü ihtimalle ise kararların oylamasına geçilmeden önce yapılmalıdır⁶⁰. Bir başka görüşe göre ise, yine bildirim oyların alınmasından evvel ve seçimden önce yapılması gerektiğini belirtilmekle birlikte en geç genel kurulun kapanışına kadar bu bildirim yapılabilir de kabul edilmektedir⁶¹. Türk hukukunda ise bu bildirim en geç genel kurulun başlaması anına kadar yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁶². Nitekim bizce de bu bildirim genel kurulun başlaması anına kadar yapılabilmesi mümkün olmalıdır.

D. Kurumsal Temsil İlişkisinin Hukuki Niteliği

BK çerçevesinde genel anlamda temsil hususunda temsilcinin temsil yetkisini kullanmada serbestisi bulunmaktadır. Ancak kurumsal temsilci bir bildirge yayınlamaktadır. Bu bildirge talimat yerine geçtiğinden, kurumsal temsilcinin bu bildirgeye uymakla yükümlü olduğu söylenilebilir⁶³.

Bu önkabulle birlikte kurumsal temsil ilişkisinin hukuki niteliğini belirlemek için ilişkinin temelini incelemek yerinde olacaktır. Kurumsal temsil ilişkisinde kurumsal temsilcinin yaptığı bildirge öneri olarak kabul edilir, temsil olunan ise bu öneriyi kabul ederse sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Sözleşme ilişkisinin kurulması ile birlikte tarafların hakları ve borçları da söz konusu olacaktır. TK md. 428/3'de kurumsal temsilcinin

⁶⁰ Bu yönde bkz. Böckli, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 315 (Aktaran: Ayan, s. 36).

⁶¹ Bu yönde bkz. Schaad, Basler Komm., Art 689e, Nr. 6 (Aktaran: Ayan, s. 36).

⁶² Söz konusu görüş için bkz. Kendigelen, s. 333; Ticaret Kanunu madde gerekçelerinde de bildirim en geç genel kurulda yapılması gerektiği yönünde bkz. TK madde gerekçeleri, md. 431.

⁶³ TK md. 428/5'de kusurlu olarak bildirgesine veya kanuna aykırı hareket eden veya hileli işlemler yapan kurumsal temsilci yaptığı bu fiillerden dolayı BK md. 506/1 ve 2'de düzenlenen hükümler gereğince sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır. Burada kurumsal temsilciye yüklenen bir sorumluluk vardır. Maddede de belirtildiği gibi bu sorumluluk bir kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla kurumsal temsilcinin kusurlu olarak bildirgesine aykırı hareket etmesi halinde sorumlu olacaktır. Örneğin kurumsal temsilci kusurlu olarak oy kullanmazsa burada kusurun varlığı dolayısıyla kurumsal temsilci sorumlu tutulabilecektir.

yağtığı bu temsili ivaz karşılığı yürütemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bunun yanı sıra aynı fıkra, kurumsal temsilcinin BK md. 510 uyarınca bir takım hakları da ileri süremeyeceğini düzenlemektedir. Kurumsal temsilcinin ücret karşılığı bu işi yapamayacağı, BK md. 510'da düzenlenen vekâlet verenin giderleri ve avansları ödeme gibi bir yükümlülüğü de olmadığı ve kurumsal temsilcinin vekalet ifası sebebiyle uğradığı zararları, vekalet verenden talep edemeyeceği de dikkate alındığında kurumsal temsilci ile temsil olunan arasında yapılan sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ifade edilebilir.

Vekâlet sözleşmesi BK md. 502/1 uyarınca "...vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir"⁶⁴. Kural olarak vekâlet sözleşmelerinde vekâlet verenin ücret ödeme borcu yoktur. Ancak bazı hallerde vekâlet verenin ücret ödeme borcu da söz konusu olmaktadır⁶⁵. Bu bağlamda kurumsal temsil ilişkisinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu ifade edilmektedir⁶⁶. Nitekim TK md. 428'de, bazı hususlarda vekâlet sözleşmesinin düzenlendiği BK md. 506'ya gönderme yaptığı görülmektedir. Ancak kanunda vekâlet teriminin geçmesi ve vekâlet sözleşmesine atıf yapması dolayısıyla hukuki nitelik olarak kurumsal temsil ilişkisini doğrudan vekalet sözleşmesi olarak kabul etmek uygun değildir. Kaldı ki kurumsal temsilci ilişkisi ile vekâlet sözleşmesi birçok yönden farklılık göstermektedir ki bazı hususlar kanunda açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu farklılıklar ise genel olarak talimat verme, giderler ve avanslar ve sadakat yükümlülüğünde kendini göstermektedir.

⁶⁴ Söz konusu tanımın eksik olduğu yönünde ve "vekâlet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, vekil, vekâlet veren ile arasındaki özel güven ilişkisine dayalı şekilde, vekâlet verenin menfaatine ve hesabına olarak ve nispeten yersel, zamansal veya maddi bağımsızlık içerisinde bir iş veya hizmeti, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmış ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi borçlanır." şeklindeki tanım için bkz. Gümüş, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 2, İstanbul 2014, s. 122; Benzer bir tanım için bkz. Yavuz, Cevdet: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2014, s. 1154.

⁶⁵ Vekalet sözleşmesinde ücret borcu hakkında bkz. Gümüş, C. 2, s. 129, 130, 178 vd.; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İzmir 2013, s. 683, 684; Yavuz, s. 1165 vd.; Tandoğan, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 2, İstanbul 2010, s. 364 vd., 574 vd.

⁶⁶ TK md. 428'e bakıldığında organın temsilcisinde, bağımsız temsilcide ve kurumsal temsilcide vekâlet yoluyla bir temsil ilişkisi kurulduğu yönünde bkz. Songur, s. 39.

Vekâlet sözleşmesinde yer alan talimat verme hakkı vekâlet verene aittir⁶⁷. Ancak kurumsal temsilci sözleşmesine baktığımızda talimat kurumsal temsilci tarafından bir bildirge olarak ilan edilmektedir. Bu yönüyle de kurumsal temsilcilik sözleşmesi vekâlet sözleşmesinden ayrılmaktadır.

Bir başka farklılık ise masraflar ve avanslarda kendisini göstermektedir. Vekâlet sözleşmesi uyarınca müvekkil, vekilin işin usulüne uygun görülmesi için yaptığı masrafları ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek zorundadır (BK md. 510/1)⁶⁸. Kurumsal temsilcinin yaptığı masrafları da temsil olunandan alması kanun hükmü ile yasaklanmıştır.

Vekâlet sözleşmesinin, şekil olarak nasıl kurulacağı kanunda düzenlenmiş değildir ve şekil serbestisi olduğu kabul edilmektedir⁶⁹. Kurumsal temsil sözleşmesinin de yine aynı şekilde hangi şekle uyularak kurulması gerektiği hüküm altına alınmamıştır⁷⁰.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin sadakat yükümlülüğü vardır ve vekâlet verenin menfaatlerini gözetmesi gerekecektir⁷¹. Böyle bir durumda birden fazla pay sahibini temsil eden kurumsal temsilcinin pay sahipleri arasında menfaat çatışmaları olacak ve farklı yönde oy kullanması gerekecek. Ancak farklı yönde oy kullanmak kurumsal temsilci müessesinin işleyiş sistemine uygun düşmemektedir. Yukarıda

⁶⁷ Vekalet sözleşmesinde yer alan talimat verme hakkı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 424 vd.; Gümüş, C. 2, s. 156 vd.; Aydoğdu/Kahveci, s. 688; Yavuz, s. 1200 vd.; Tandoğan, C. 2, s.436 vd.

⁶⁸ Giderler ve avanslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, C. 2, s. 182 vd.; Yavuz, s. 1216.; Tandoğan, C. 2, s. 576 vd.

⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, C. 2, s. 390 vd.; Gümüş, C. 2, s. 139.

⁷⁰ TK md. 428/1'de sadece "...vekalet toplanamaz" ibaresi geçmektedir. Bu bağlamda kurumsal temsil sözleşmesinin bir vekalet sözleşmesi olduğu kabul edilirse kurumsal temsil sözleşmesinin de şekil serbestisine sahip olduğu kabul edilecektir. Ancak kurumsal temsil için de şekil serbestisinin kabul edilmesi uygulamada bir takım sorunların çıkmasına sebep olabilir.

⁷¹ Sadakat ve özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, C. 2, s. 154, 155; Aral/Ayrancı, s. 420 vd.; Yavuz, s. 1192 vd., 1204 vd.; Tandoğan, s. 406 vd.

sayılan farklılıklar dolayısıyla kurumsal temsilci müessesesinin vekâlet sözleşmesi ile açıklanamayacağı kanaatindeyiz.

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ise kanunda yer almayan, unsurları kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birisine girmeyen sözleşmelerdir⁷². Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler iyiniyet kurallarına ve işlerde yaygın teamüllere göre yorumlanırlar⁷³. Ayrıca mahiyeti elverdiği ölçüde bu tip sözleşmelere, benzedikleri akit tiplerine ilişkin kanun hükümleri kıyas yoluyla uygulanır ve hatta gerektiği takdirde BK genel hükümleri uygulama alanı bulur⁷⁴. Bu bağlamda kurumsal temsilci sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesinin bazı niteliklerini taşımakla birlikte, kendine özgü yapısı olan sözleşmelerden olduğunu söylemek uygun olacaktır. Bir başka deyişle kurumsal temsilci sözleşmesi yukarıda da bahsedildiği gibi vekâlet sözleşmesi ile tam olarak açıklanamadığından bu sözleşmenin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu ifade edilebilir.

Kendine özgü yapısı olan sözleşmelere ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda çözüm yolları genellikle mahkeme içtihadıyla tespit edilmiş adet hukukunda yer almaktadır⁷⁵. Ancak bazı durumlarda hakim MK md. 1 uyarınca kedisine tanınmış yetki gereği kendisi hukuk kuralı koyarak uyuşmazlığı çözer⁷⁶.

Kurumsal temsilci sözleşmesine hangi hükümlerin uygulanacağını ve dolayısıyla hukuki niteliğinin belirlenmesinde BK md. 502/2 hükmünü dikkate almak gerekir. Hüküm uyarınca “vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine de uygulanır”⁷⁷. Söz konusu hüküm, iş görme sözleşmeleri

⁷² Tandoğan, C. 1/1, s. 13; Aral/Ayrancı, s. 57; Yavuz, s. 29; kendine özgü yapısı olan sözleşmelerin tanımının ne olduğuna ilişkin tartışma için bkz. Gümüş, C. 1, s. 8, 9.

⁷³ Tandoğan, C. 1/1, s. 13; Yavuz, s. 29.

⁷⁴ Bu hususta bkz. Tandoğan, C. 1/1, s. 13; Yavuz, s. 29.

⁷⁵ Bu yönde bkz. Tandoğan, C. 1/1, s. 13; Yavuz, s. 29.

⁷⁶ Bu yönde bkz. Tandoğan, C. 1/1, s. 13; Yavuz, s. 29.

⁷⁷ Hükümün mehası ve tartışmalar için bkz. Tandoğan, C. 2, s. 384 vd.; Yavuz, s. 1160, 1161; Aral/Ayrancı, s. 412 vd. eBK döneminde, kanunun ilgili hükmü dolayısıyla iş görme borcu doğuran bir sözleşmeye, kanunda yer alan diğer iş görme sözleşmelerine

hususunda sınırlı sayı ilkesinin geçerli olmadığını belirtir şekilde kaleme alınmıştır⁷⁸. Dolayısıyla yapılan bir sözleşmenin kanunda düzenlenmeyen bir sözleşme tipi olması mümkündür ve bu sözleşmeye de uygun düşmesi halinde vekâlet hükümlerinin uygulanacağı söylenebilir. Bu çerçevede hükmün isimsiz sözleşmelerin kurulmasını engellemediği⁷⁹ ve kurumsal temsilci sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan sözleşmelere uygulanacak hükümler bağlamında değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Bir başka deyişle kurumsal temsilci sözleşmesi kendine özgü yapısı olan sözleşme olarak yapılacaktır, yani hukuki nitelik olarak bu şekilde isimlendirilecektir. Bu sözleşmeye de hükümlerin elverdiği ölçüde vekalet hükümleri veya diğer iş görme sözleşmelerinin uygun hükümleri yahut BK genel hükümler uygulanabilecek veyahut da MK md. 1 uyarınca hakimin hukuk kuralı koyması ile uyuşmazlık çözülebilecektir.

Vekâlete ilişkin olarak kanunda düzenlenen hükümlerin yapısının uygun olmadığı ve kanunda yer alan diğer iş görme sözleşmeleri kapsamına da girmeyen sözleşmeleri kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak nitelendirmek ve bunlara gerektiği takdirde vekâletten başka türlere ait hükümleri kıyas yoluyla uygulamak yahut yeni kurallar koymak uygun olacaktır⁸⁰ (BK md. 502/2).

ait hükümler uygulanamıyor ise, zorunlu olarak vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiği şekline bir anlam çıkarılabildiği hususunda bkz. Yavuz, s. 1160, 1161. BK md. 502/2 hükmünden kendine özgü yapısı olan sözleşmeye uygulanacak hükümlerin öncelikle vekalet sözleşmesinde aranması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Gümüş, C. 2, s. 132. BK md. 502/2'nin isimsiz sözleşmelerin kurulmasını engellemediği yönünde bkz. Aral/Ayrancı, s. 413.

⁷⁸ Bu yönde bkz. Yavuz, s. 1161.

⁷⁹ BK md. 502/2'nin isimsiz sözleşmelerin kurulmasını engellemediği yönünde bkz. Aral/Ayrancı, s. 413.

⁸⁰ Bu yönde bkz. Tandoğan, C. 2, s. 384, 385; Yavuz, s. 1161

IV. SONUÇ

Kurumsal temsilciye ilişkin düzenleme TK'nın getirdiği yeniliklerden biridir. Kurumsal temsilin mehzazının İsviçre hukuku olması karşısında Türk hukukuna has bu sistemin uygulanmasında bir takım problemler ortaya çıkabilecektir. Öncelikle kurumsal temsilciliğin hukuki niteliğinin her ne kadar vekâlet sözleşmesi olduğu söylenebilecekse de bazı konularda kurumsal temsilcinin vekâletten ayrıldığı görülmektedir. Ayrıca kurumsal temsilin BK anlamındaki temsil ilişkisinin kurulmasından tamamen farklı bir prosedüre tabi olduğu da görülmektedir. Bu nedenle kurumsal temsile ilişkin olarak temsilci ile pay sahibi arasında ortaya çıkan hukuki ilişkiyi “kendine özgü yapısı olan sözleşmelerden” saymak yanlış olmayacaktır.

Kurumsal temsilciye TK'da bir takım yükümlülükler de getirilmiştir. Bu bağlamda kurumsal temsilci bildirge yayınlamakla ve bu bildirge talimat yerine geçeceği için, ona uymakla yükümlü kılınmıştır. Eğer kurumsal temsilci yayınladığı bildirgeye uymazsa sorumluluk rejimi olarak BK md. 506'ya atıf yapılmıştır. Ayrıca kurumsal temsilciye kimleri temsil edeceğini bildirmesi için bir bildirim yükümlülüğü de getirilmiştir. Genel kurulun toplanması ile yapılan bu bildirim neticesinde toplantı başkanının bu bildirimini genel kurulda açıklaması gerekmektedir. Aksi takdirde kurul kararı iptal yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki SerPK m. 30/4 ile halka açık ortaklıklar açısından TK m. 428'in, yani kurumsal temsil ile birlikte diğer toplu temsil mekanizmalarının uygulanmayacağına hüküm altına alınması ilgili temsil mekanizmalarının ihdas amacını son derece sınırlamıştır. Esas itibari ile sermayenin tabana yayıldığı ve pay sahipleri sayısının fazla olduğu halka açık ortaklıklardaki güç boşluğuna bir çare olarak ortaya çıkan toplu temsil sistemi böylelikle asıl ihtiyaç duyulan şirketler açısından yürürlükten kaldırılmıştır. Kapalı ortaklıklarda ise toplu temsil son derece sınırlı bir fayda sağlayacak, bununla birlikte genel kurulun toplanma ve sağlıklı bir şekilde karar alma süreçlerini olumsuz etkileyebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akyol, Şener: Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.
- Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2014.
- Barut, Talha: Anonim Şirketlerde Güç Boşluğu ve Giderilmesi Yolları, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2008. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan : Şirketler Hukuku, Bursa 2013.
- Dal, Seniha: “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan "Güç Boşluğu" Sorunu ve Elektronik Genel Kurullar”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1 (1997/1998 - 2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı), İstanbul 2008, 167-199.
- Eminoğlu, Cafer: Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), İstanbul 2014.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Eriş, Gönen: 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C. 3, Ankara 2013.
- Gülerci, Altan Fahri/Kılınç, Ayşe: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2014.
- İnceoğlu, Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.
- Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Bölüm-Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. I, İstanbul 2010.
- Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2009.
- Özdemir, Türkyay/Yiğit, İlhan: “Anonim Şirket Genel Kurullarında Pay Sahibinin Temsili ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. 1, İstanbul 2007, 433-466.
- Pulaşlı, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012. (Genel Esaslar)
- Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, Ankara 2014. (Şirketler)
- Pulaşlı, Hasan: “Türk Ticaret Kanununa ve Tasarısına Göre Anonim Şirket Genel Kurullarında Oy Hakkının Kullanılması”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, 785-812. (Oy)
- Saka, Zafer: Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul 2004.
- Songur, Damla Gülseren: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Temsili, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2012. (Yayınlanmamış Yüksel Lisans Tezi)
- Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku – Ders Kitabı-, Ankara 2012.
- Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul 2010. (C. 2)
- Tekinalp, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2012. (Tek)

- Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013. (Yeni)
- Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. I, Ankara 2013.
- Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

SİGORTA PRİMLERİNİN ZAMANINDA ÖDENMEMESİ VE BU NEDENLE SİGORTACININ, GEMİ İPOTEĞİ ALACAKLISINA KARŞI TAZMİNAT ÖDEME BORCUNDAN KURTULMASI

Yrd. Doç. Dr. Fevzi TOPSOY¹

Özet

Sigorta tazminatı, gemi ipoteği kapsamına dâhil olan en önemli unsurlardan birisidir. Özellikle geminin kurtarılamayacak şekilde batması durumunda gemi ipoteği alacaklısı, alacağına, sadece sigorta tazminatıyla kavuşabilir. Bununla birlikte, primin ödenmemesi nedeniyle sigorta sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, sigortacı gemi ipoteği alacaklısına karşı da sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu kapsamda çalışmada; sigorta priminin zamanında ödenmemesinin sonuçları ile sigortacının gemi ipoteği alacaklısına karşı sigorta tazminatı ödeme borcundan kurtulmasının koşulları ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sigorta sözleşmesi, Sigorta tazminatı, Sigorta primi, Gemi ipoteği, Sözleşmenin feshi

NON-PAYMENT OF INSURANCE PREMIUMS ON TIME, AND THEREFORE THE INSURER'S GET AWAY FROM PAYING INSURANCE INDEMNITY TO SHIP MORTGAGEE

Abstract

Insurance Indemnity is one of the most important elements included in ship mortgage. In particular, when the shipwreck cannot be revocable, ship mortgagee can obtain her debt with only insurance indemnity. However, in the event of termination of the insurance contract due to non-payment of premium, the insurer is not liable against ship mortgagee. In this study; consequences of the non-payment of the insurance premiums and the situations of an insurer to get away from paying insurance indemnity to the ship mortgagee are discussed in detail.

Keywords: Insurance contract, Insurance indemnity, Insurance premiums, Ship mortgage, Cancellation of contract.

¹ Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Sigorta tazminatı, gemi ipoteği kapsamına kendiliğinden² dâhil olan en önemli unsurlardan birisidir³. Özellikle geminin kurtarılamayacak şekilde batması durumunda, gemi ipoteği alacaklısının alacağına kavuşmasının yegâne yolu, çoğu zaman, sigorta tazminatıdır⁴. Bu nedenle, gemi malikinin menfaatinin sigortalanması kadar mevcut sigorta sözleşmesinin de ipotek süresince, özellikle gemi ipoteği alacaklısına karşı, ayakta tutulması büyük önem taşır. Bu öneminden dolayı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'na, sigorta sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi durumunda, menfaati zarara uğrayacak olan gemi ipoteği alacaklısını koruyan özel hükümler derç edilmiştir⁵. Bununla birlikte kanun koyucu, sigorta sözleşmesinin, sigorta priminin zamanında ödenmemesi nedeniyle feshedilmesini farklı şekilde hükme bağlamıştır. Örneğin sigorta sözleşmesinin, primin zamanında ödenmemesi nedeniyle feshedilmesi durumunda, gemi ipoteği alacaklısına karşı geçerli olmaya devam edeceği iki haftalık süre uygulanmadığı [TTK m. 1014(3)] gibi; yine sigortacı, sigorta priminin zamanında ödenmemesi nedeniyle sigorta ettirene veya sigortalıya karşı tazminat ödeme borcundan kurtulması

² Türk hukukunda sigorta tazminatı, gemi ipoteğinin kapsamına kendiliğinden dahil olan unsurlardan birisidir. Bunun için sigorta tazminatı üzerinde ayrıca rehin tesisine ihtiyaç bulunmadığı gibi gemi ipoteğinin sigortacıya bildirilmiş olması da zorunlu değildir. Gemi ipoteğinin riziko gerçekleşmeden önce tesis edilmiş olması yeterlidir. Bununla birlikte sigorta tazminatından bahsedilebilmesi için, her şeyden önce, gemi malikinin menfaatinin sigortalandığı geçerli bir sigorta sözleşmesine ihtiyaç olduğu da tartışmadan uzaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kalpsüz*, T.: Gemi Rehni, B. 5, Ankara 2004, s. 101; *Akıncı*, S.: Türk Hukukunda Gemi İpoteği, Ankara 1958, s. 99.

³ Bununla birlikte gemi maliki, ipotek tesis edebilmesi için gemisini sigorta ettirmekle yükümlü değildir. *Kalpsüz*, s. 103; *Akıncı*, s. 96. Uygulamada ise gemi maliki, gemiye ilişkin finans işlemleri için gemisini sigorta ettirmek zorunda kalmaktadır. Bkz. *Rydenfelt*, M.: Insurance in Ship Finance, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lund Üniversitesi, s. 31.

⁴ Bu nedenle, uygulamada, gemi malikinin gemisini sigorta ettirmesinin şart koşulduğu ve ipotek sözleşmesinde bu hususun vurgulandığı bildirilmektedir. *Hill*, C.: Maritime Law, B. 6, Londra 2003, s. 33.

⁵ İpotekli alacaklı hakkında sigorta sözleşmesinin süresinden önce sona ermesini gerektiren sebeplerin, ancak durum kendisine bildirilmesinden veya herhangi bir şekilde öğrendiği tarihten itibaren iki hafta geçmekle hüküm ifade edeceğine ilişkin TTK'nın 1024(2) maddesi bu özel hükümlerden birisidir. Yine TTK'nın 1027(1) maddesinde sigortacının, sigorta ettirenin veya sigortalının fiili yüzünden, tazminat ödeme borcundan kurtulsa bile, ipotekli alacaklıya karşı olan borcunun varlığını sürdüreceği hükme bağlanmıştır.

durumunda gemi ipoteği alacaklısına karşı da borçtan kurtulmaktadır [TTK m. 1027(2)(a)]. Buna karşılık kanun koyucu, gemi ipoteğini sigortacıya bildiren ipotekli alacaklıya, ödenmemiş primleri ödeyerek sigorta sözleşmesini ayakta tutma imkânı getirmiştir [TTK m. 1024(1)].

Görüldüğü üzere sigorta primlerinin zamanında ödenmemesi, sigorta sözleşmesinin tarafı olmamasına rağmen bundan en çok etkilenecek kişilerden birisi olan gemi ipoteği alacaklısının aleyhine sonuçlar doğuran özel bir durumdur. Konuyla ilgili olarak hem TTK'nın Deniz Ticareti Hukuku (m. 1022 -1029) hem de Sigorta Hukuku (m. 1430 – 1434) kitabında özel hükümler bulunmaktadır. Bunların bir kısmı 1956 tarihli eski TTK'dan dili güncelleştirilerek alınırken özellikle sigorta hukukuyla ilgili olan hükümler kapsamlı değişikliğe uğramıştır. Bu nedenle konunun ayrıntılı bir şekilde incelenmesi büyük önem taşımaktadır.

Bu kapsamda, çalışmada, öncelikle, kapsamlı değişikliğe uğrayan, TTK'nın, sigorta priminin zamanında ödenmemesi nedeniyle sigortacının, sigorta ettirene karşı sorumluluktan kurtulmasına ilişkin hükümleri incelenmiştir. Ardından da sigortacının, yine sigorta priminin zamanında ödenmemesi nedeniyle gemi ipoteği alacaklısına karşı sigorta tazminatı ödeme borcundan kurtulmasının koşulları ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

I. Prim Ödeme Borcu

Prim ödeme borcu, sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğüdür⁶. Ayrıca kanun koyucu, sigortacının riziko taşıma yükümlülüğünün başlamasını, kural olarak, primin tamamının veya taksitlendirilmişse ilk taksitinin ödenmiş olması koşuluna bağlamıştır. Bu itibarla primin ödenmesi; hem sigorta sözleşmesinden doğan edimin ifası dolayısıyla temerrüt hükümlerinin uygulanması hem de

⁶ Sigorta sözleşmesi, bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan rizikonun meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle veyahut hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yüklediği iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bkz. TTK m. 1401. Tarafların asli edim yükümlülükleri; sigortacı için rizikoyu taşıma yükümlülüğü iken sigorta ettiren açısından prim ödeme borcudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Arseven*, H.: Sigorta Hukuku, B. 2, İstanbul 1991, S. 93; *Kender*, R.: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, B. 12, İstanbul 2013, s. 163 (Sigorta Hukuku); *Bozer*, A.: Sigorta Hukuku, Ankara 2004, s. 23; *Kubilay*, H.: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003, s. 33; *Can*, M.: Türk Özel Sigorta Hukuku, B. 3, Ankara 2009, s. 223.

sigortacının sorumluluğunun başlaması açısından büyük önem taşımaktadır.

A) Prim Kavramı

TTK'nın 1430(1) maddesinde sigorta ettirenin sözleşmede kararlaştırılan primi ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmasına rağmen, TTK'da sigorta primi tanımlanmamıştır. Bununla birlikte doktrin ve uygulamaya paralel olarak sigorta primini, sigortacının rizikoyu üstlenmesine karşılık olarak, sigorta ettirenin ifa etmesi gereken karşı edim şeklinde tanımlamak mümkündür⁷.

Sigorta primi ödeme borcu sigorta ettiren açısından asli edim yükümlülüğü olmakla birlikte primin, mutlaka sigorta sözleşmesinde belirlenmiş olması zorunlu değildir⁸. Belirlenebilir olması da sözleşmenin geçerliliği için yeterlidir⁹. Sigorta primi, hukuki niteliği itibariyle bir para borcudur¹⁰. Sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresinde (aranacak borç)¹¹ ve kural olarak peşin ödenir¹². Bununla birlikte primin peşin ödenmesi emredici değildir¹³. Taraflar, ilk taksitin nakden ödenmesi şartıyla, sonraki primler için kambiyo senedi düzenlenmesini

⁷ Arseven, s. 117; Doktrinde yapılan diğer tanımlar için bkz. Kayhan, Ş.: Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu, Ankara 2004, s. 93; Aylı, A.: Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu, İstanbul 2003, s. 5.

⁸ Primin sigorta sözleşmesinde gösterilmemiş olması sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Bkz. Kender, Sigorta Hukuku, s. 233; Arseven ise primin serbest sisteme göre belirlendiği durumlarda, primin belirlenmemiş olmasının sözleşmeyi geçersiz kılacağını düşünmektedir. Arseven, s. 120.

⁹ Yarg. 11. HD, 11.09.1973, E. 2810 K. 3314 (www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2014).

¹⁰ 1956 tarihli eski TTK'nın 1294(2) maddesinde açık şekilde sigorta priminin "para olarak ödeneceği" belirtilmiştir. TTK'nın 1494(2) maddesinde de "nakden ödeneceği" hükme bağlanarak, prim ödeme borcunun bir para borcu olduğu kabul edilmiştir.

¹¹ Bkz. TTK m. 1432. Bilindiği gibi aksine sözleşme olmadıkça para borçlarının ifa yeri, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeridir [TBK m. 89(1)]. Bu anlamda TTK'nın 1432. maddesi bu genel kuralın istisnalarından birisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Bozer, s. 86; Aylı, s. 72.

¹² Bu anlamda sigortacı kısmi ödemeyi kabul etmek zorunda değildir. Krş TBK m. 84. Bununla birlikte primin poliçe veya bonoya bağlanması durumunda sigortacı, TTK'nın 707(2) maddesi uyarınca, kısmi ödemeyi reddedememelidir.

¹³ "Sigorta sözleşme süresi sona ermeden primin tamamının tahsil edilmesi kaydıyla, prim tahsiline ilişkin usul ve esaslar taraflarca belirlenir". Sigorta Şirketleri ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 24. Yönetmelik için bkz. RG., 24.08.2007, Sayı: 26623.

kararlaştırabilirler¹⁴. Sigorta priminin doğrudan sigortacıya ödenmesi de zorunlu değildir. Prim tahsil etme yetkisine sahip acenteye¹⁵ yapılacak ödemeler de sigortacıya yapılmış sayılır¹⁶.

Sigorta priminin taksitle ödenebilmesi için durumun mutlaka sözleşmede açık olarak kararlaştırılmasının gerekli olup olmadığı, özellikle kısmi ödemeyi kabul eden sigortacının sorumluluğunun başlayıp başlamadığı hususu açık değildir. Doktrinde bir kısım yazar, sigortacının kısmi ödemeyi kabul etmesinin, zımni olarak, primlerin taksitle ödenmesini kabul ettiği şeklinde yorumlanması gerektiğini ileri sürerken¹⁷; diğer bir görüş, sigortacı çekince ileri sürmese bile kısmi ödemenin kabulünün primlerin taksitlendirilmesi olarak kabul edilemeyeceği şeklindedir¹⁸. 1956 tarihli eski TTK'da tam karşılığı olmayan TTK'nın 1431(2) maddesinde “*İzleyen taksitlerin ödeme zamanı, miktarı ve priminin vadesinde ödenmemesinin sonuçları, poliçe ile birlikte yazılı olarak sigorta ettirene bildiril(eceği) veya bu şartlar(ın) poliçe üzerine yazıl(acağı)*” hükme bağlanmıştır. Maddenin lafzı, taksitlendirmenin ancak tarafların açık rızalarıyla mümkün olabileceği görüşünü destekler gibi görünse de aslında madde, tarafların açık iradeleriyle taksitlendirmeyi kabul etmeleri durumunda sigortacının yükümlülüklerini düzenlemektedir. Emredici olduğu iddia edilse bile maddenin amaçsal yorumundan taksitlendirmenin ancak tarafların açık rızalarıyla kabul edilebileceği anlamı çıkmamaktadır. Ayrıca örtülü olarak primin taksitlendirilmesine ilişkin bir yasak da bulunmamaktadır. Dolayısıyla sigortacının kısmi prim ödemesini kabul etmesi, zımnen

¹⁴ Krş. TTK m. 1430(1) ve (2). Ancak bu durumda ödeme, kambiyo senedinin tahsil edilmesi halinde yapılmış sayılır. Sonraki primlerin ödenmesi konusunda taraflar arasında bir anlaşma yoksa, “... her bir taksidin ait olduğu sigorta devresinin ilk günü ödenmesi gerekir.” Şenocak, K.: Hukuki Himaye Sigortası, Ankara 1993, s. 158.

¹⁵ “... Sözleşmede taraf olmadığı gibi, davalı sigorta şirketi ile acentelik ilişkisi iddia ve ispat edilmeyen dava dışı şirkete yapılan ödemenin, poliçede belirlenen prim peşinatına ya da taksitine karşılık yapıldığını kabule olanak bulunmamaktadır”. Yarg. HGK, 17.02.2010, E.2010/11-76, K.2010/76 (www.kazancı.com.tr).

¹⁶ Sigorta Acenteleri Yönetmeliği m. 12(3). Yönetmelik için bkz. RG., 14.04.2008, Sayı: 26847. Bununla birlikte sigortacı tarafından acenteye yapılan ödeme, hak sahibi tarafından tahsil edilmedikçe ödenmiş sayılmaz.

¹⁷ Ayli, s.77; Doğanay, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Ankara 1979, s. 841.

¹⁸ Kayıhan, s. 164. Ancak yazar bu görüşünü, günümüzde yürürlükten olmayan, Sigorta Murakabe Kanunu'nun 23. maddesi ile Sigorta ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliği'nin 33. maddesine dayandırmıştır.

primlerin taksitle ödenmesinin kabul edildiği şeklinde yorumlanmalıdır¹⁹. Bu anlamda kısmi ödemeyi kabul eden sigortacı²⁰, meydana gelen rizikolardan sorumlu olacağı gibi primin hiç ödenmemesi gerekçesiyle sözleşmeden cayma hakkını da kullanamamalıdır.

Prim ödeme borcu, sigorta sözleşmesiyle birlikte doğar²¹; ancak poliçenin sigorta ettirene teslimiyle muaccel olur²². Bu anlamda sigorta ettiren, kendisine poliçe teslim edilmedikçe prim ödemekle yükümlü değildir²³. Bir an önce sigortacının sorumluluğunun başlamasını isteyen

¹⁹ “... sigortanın süresi 10 yıl olarak gösterilmiş ve poliçede bir senesinin primi belirtilerek bu primin her yıl tahsili yoluna gidilmiş olması itibarıyla 10 yıllık primin taksitler halinde ödenmesinin kararlaştırıldığı kabulü gerekir”. Yarg. 11. HD, 11.09.1973, E. 2810 K. 3314 (www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2014); “... dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden davalı sigorta şirketinin acentesi tarafından davacının prim borcu için alınan iki adet bononun davalıya gönderildiği ve onun tarafından da primin bu şekilde ödenmesine itiraz edilmeyerek bonoların bankaya tahsile verildiği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, sigorta poliçesindeki primin peşinen ödeneceğine ilişkin ve TTK’nın 1295(1) maddesinde yer alan şartın TTK’nın 1264(4) maddesi hükmü uyarınca sigortalı yararına değiştirildiğinin kabulü gerekir”. Yarg. 11. HD, 16.11.1990, E. 1990/7193, K. 1990/7312 [Çeker, M.: Sigorta Hukuku, B. 8, Adana 2013, s. 105 (69 nolu dipnotta zikredilen karar)]. Aynı yöndeki görüşler için bkz. Doğanay, s. 841; Ayli, s. 77.

²⁰ Buradaki kısmi ödemenin kabulünden, sigortacının kendi iradesiyle kabul ettiği kısmi prim ödemeleri anlaşılmalıdır. Bu itibarla; primlerin poliçe veya bonoya bağlanmış bir sözleşmede, sigortacının TTK’nın 707(2) maddesi uyarınca kısmi ödemeyi kabul etmek zorunda olması durumunda sorumluluğu başlamayacağı gibi primin borcu da ödenmiş olmayacaktır. Krş. TTK m. 1430(2).

²¹ Arseven, s. 122.

²² TTK’nın 1341(1) maddesinin ikinci cümlesi uyarınca karada ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda sigorta primi, poliçe henüz düzenlenmemiş olsa bile, sözleşmenin yapıldığı anda muaccel olur. Bkz. Yarg. HGK, 25.11.1983, E. 1980/11-2799, K. 1983/1211; Yarg. HGK, 09.05.2007, E. 2007/11-250, K. 2007/250 (www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2014).

²³ Sigorta sözleşmelerinde sigortacının asli edim yükümlülüğü rizikonun üstlenilmesidir. TTK’nın 1424(1) maddesinde sigortacının, belirtilen süreler içinde, imzalı poliçeyi sigorta ettirene vermek zorunda olduğu hükme bağlanmış olsa da bu yükümlülük asli değil bir yan edim yükümlülüğüdür. Bu nedenle TTK’nın 1431(1) maddesinde sigorta ettirene verilen poliçe teslim edilmemesi nedeniyle prim ödemediği kaçınma hakkının, bir “ödemezik def’i” değil; prim üzerinde hapis hakkına benzer bir hak olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kender, R.: “Poliçe Verme Yükümlülüğüne Aykırılıktan Doğan Hukuki Sonuçlar”, Sigorta Hukuku Dergisi, 1997, C. II, S. 1, s. 11 (“Poliçe Verme Yükümlülüğü”); Ayli, s. 64.

sigorta ettiren, henüz poliçe düzenlenmemiş olmasına rağmen, primi ödemek isterse sigortacı bu ifayı kabul etmek zorunda olacak mıdır?

Konuyla ilgili açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte TTK'nın 1431(1) maddesinde sigorta priminin, kural olarak, sigorta sözleşmesi yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödeneceği düzenlenmektedir. Maddedeki ifa zamanı, “borcun muacceliyetini”, diğer bir ifadeyle sigorta ettirenin sigorta primini ödemek zorunda olduğu, sigortacının da sigorta priminin ifasını isteyebileceği ve gerektiğinde dava açabileceği an olarak anlaşılmalıdır. Bu anlamda sigorta primi, sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla “ifa edilebilir” hale geleceğinden²⁴, sigortacı, haklı bir neden olmaksızın, sigorta poliçesi düzenlenmeden önce yapılan prim ödemesini kabul etmek zorunda olmalıdır.

B) Önemi

Sözleşmede belirlenen primin tamamının veya taksitlendirilmişse ilk taksitinin ödenmesi, sigortacının sorumluluğunun başlaması açısından büyük öneme sahiptir [TTK m. 1421(1)]²⁵. Diğer bir ifadeyle, prim ödeme borcu ifa edilmediği sürece, sigortacının gerçekleşen rizikolar nedeniyle sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğü doğmaz²⁶. Bununla birlikte bu kural emredici değildir. Sigorta ettirenin aleyhine olmamak şartıyla aksinin

²⁴ Borçlar Hukuku anlamında ifa zamanı, “borcun muacceliyeti” ve “borcun ifa edilebilirliği” olmak üzere birbirinden farklı iki anlamda kullanılmaktadır. “Muacceliyet” alacaklının, edimin ifasını isteyebileceği ve gerektiğinde dava açabileceğini, borçlunun ise edimi ifa etmek zorunda olduğunu gösterirken; “ifa edilebilirlik” borcun borçlu tarafından ifa edilebileceği anı diğer bir deyişle edimi yerine getirme yetkisini göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Eren, F.:* Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 15, Ankara 2013, s. 947; *Von Tuhr, A. (çev. Edege, C.):* Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. I ve II, Ankara 1983, s. 506.

²⁵ 1956 tarihli eski TTK'nın 1282. maddesinde de aksi kararlaştırılmadığı sürece sigortacının, primin ödendiği tarihten itibaren gerçekleşen rizikolardan sorumlu olduğu hükme bağlanmıştı. 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nun 959. maddesinde ise sigortacının sorumluluğunun, aksi kararlaştırılmadığı sürece, sigorta sözleşmesinden itibaren başlayacağı hükme bağlanmıştı.

²⁶ “... bono bedeli ödenmesinin riskin gerçekleştiği tarihten sonra olması nedeniyle TTK'nın 1294(2) maddesi [TTK m. 1430(2)] uyarınca sigortacının sorumluluğunun başlamaması gerekir ...” Yarg. 11. HD, 19.10.1998, E. 1999/204, K. 1999/8683 (Dinçment, N.: “Munzam Zarar Kavramı ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Munzam Zarara İlişkin Bazı Yeni Kararları”, *Sigorta Hukuku Dergisi*, 2003, C. VIII, S. 1, s. 157). Kara ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda ise sigortacı, sözleşmenin yapılmasıyla sorumlu olur. Bkz. TTK m. 1421(1)(ikinci cümle).

kararlaştırması mümkündür²⁷. Dolayısıyla taraflar, sigortacının sorumluluğunun, primler henüz ödenmeden veya ödendiği tarihten önceki bir andan itibaren başlayacağını kararlaştırılabilirler²⁸.

Sigorta poliçesi teslim edilmediği sürece sigorta ettirenin prim ödeme yükümlüğü doğmadığına, buna karşılık, prim ödenmediği sürece de sigortacının sorumluluğu başlamadığına göre; sigorta ettirenin kendisine poliçe teslim edilmediği gerekçesiyle prim ödemekten kaçınması ve bu esnada rizikonun gerçekleşmesi durumunda, doğan zarardan kimin sorumlu olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

TTK'nın 1424(1) maddesinin son cümlesinde sigortacının, poliçenin geç verilmesinden doğan zarardan sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Bu itibarla; kendi kusuruyla poliçe verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen sigortacı, maddede belirtilen süreler²⁹ aşıldıktan sonraki makul süre³⁰ içinde gerçekleşen rizikolardan sorumlu olmalıdır³¹. Buna

²⁷ Seven, V.: "Sigorta Priminin Rizikonun Gerçekleşmesinden Sonra Tahsil Edilmesinin Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. XI, Özel Sayı, s. 1275; Aral, İ.: "Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2007, C. XIII, S. 3-4, s. 128.

²⁸ Bununla birlikte prim tahsil edilmiş olmasına rağmen, sigortacının sorumluluğunun daha ileri bir tarihte başlayacağı kararlaştırılmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kayıhan*, s. 151; *Ayli*, s. 63.

²⁹ TTK'nın 1424(1) maddesi gereği sigortacı; sigorta sözleşmesi kendisi veya acentesi tarafından yapılmışsa sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmidört saat, diğer hallerde onbeş gün içinde, yetkililerce imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlüdür.

³⁰ Yargıtay, TTK'nın 1424(1) maddesinde öngörülen süreler içinde poliçe vermemesinden dolayı doğan zararlardan sigortacının sorumlu tutulabilmesi için sigorta ettirenin, poliçe verilmemesi gereken tarihten uzunca bir süre beklemezsizin yeni bir sigorta sözleşmesi yapmak için harekete geçmesi gerektiğine hükmetmiş (Yarg. 11. HD, 26.01.1982, E.74, K.1125 (www.kazanci.com.tr)) olmasına rağmen makul sürenin ne olduğunu açıklamamıştır. Can, buradaki makul sürenin, yeni bir sigorta sözleşmesi yapılabilmesi için gereken makul süre olduğunu düşünmektedir. Buna göre sigorta ettiren; riziko bu süre dolmadan önce gerçekleşmişse müspet zararını tazmini, bu süre sonunda gerçekleşmişse menfi zararının tazminini isteyebilecektir. *Can*, M.: Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, Ankara 2012, s. 33 (Sigorta Sözleşmesinin Tabi). Kender ise sigorta ettirenin hiç sesini çıkarmadan uzun süre beklemesi ve bu esnada rizikonun gerçekleşmesi durumunda müterafik kusuruna meydana geleceğini ve Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun 52. maddesinin uygulama alanı bulacağını, bu hususun Alman hukukunda isabetli olarak düzenlendiğini belirtmektedir. *Kender*, R.: "Poliçe Verme Yükümlülüğü", s. 9.

karşılık iyiniyetli sigortacı, kanunen poliçe verme süresi içinde meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmamalıdır³².

II. Primin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları

TTK'nın 1434(1) maddesinde sigorta ettirenin, sözleşmede kararlaştırılan primi ödememesi durumunda temerrüde düşeceği hükme bağlanmıştır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin hükümler ise Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nda düzenlenmiştir. Bununla birlikte TTK'nın 1434. maddesine, sigorta sözleşmelerinin özelliği nedeniyle³³, primin hiç ya da izleyen taksitlerinden birisinin ödenmemesine ilişkin özel hükümler derç edilmiştir³⁴.

A) Primin Hiç Ödenmemesi

Primin tamamı veya taksitlendirilmişse ilk taksiti ödenmediği sürece sigortacının sorumluluğu başlamadığı gibi sigortacı, ister TBK'nın borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerine başvurabilir, isterse de TTK'da düzenlenen sigorta sözleşmesinden cayma hakkını kullanabilir.

³¹ Yarg. 11. HD, 03.03.2009, E. 2007/7897, K. 2009/2421 (Lale, M. / Akgül, İ.: Sigorta Hukuku, C. I, B. 2, Ankara 2011, s. 40). Uygulamada sigortacıların, poliçeyi kabul beyanı olarak sigorta ettirene teslim ettiklerini vurgulayan Kender, bu durumda poliçe geç verilmişse sigorta veya yardımcı şahıs konumundaki acentenin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ilkesi uyarınca sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmektedir. Kender, R.: "Poliçe Verme Yükümlülüğü", s. 10.

³² Aynı yönde bkz. Can, Sigorta Sözleşmesinin Tabi, s. 32. Yazar, sigorta sözleşmesi kurulmadan önce ancak sigorta ettiren veya sigortacının önerisi ile bağlı olduğu süre içerisinde rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacının, şartların mevcut olması durumunda, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ilkesi uyarınca sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmektedir.

³³ TTK'nın 1434. maddesinin gerekçesinde "... hukukta bir bütünlüğün sağlanması bakımından, sigorta sözleşmeleri bakımından düzenlenecek temerrüt hükümleri ile (Türk) Borçlar Kanunu hükümleri arasında esasta önemli farklılıklara gidilmemesi gerektiği düşüncesi maddede hakim olmakla birlikte sigorta sözleşmelerinin özelliği gereği bazı noktalarda özel düzenlemeler yapıldığı ..." belirtilmektedir. Gereğe için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 438, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2014).

³⁴ Primin ödenmemesinin hukuki sonuçları sadece zarar sigortaları için incelenmiş olup can sigortalarına ilişkin özel hükümler çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

1. Temerrüt Hükümlerinin Uygulanması

Sözleşmeden cayma, borçlunun temerrüdü durumunda alacaklının kullanabileceği seçimlik haklardan³⁵ birisidir. Sigortacı isterse cayma hakkından vazgeçerek üç ay içinde prim borcunun ifası ile poliçeyi teslim tarihinden itibaren hesaplanacak temerrüt faizi isteyebilir³⁶.

TBK'nın 125(1) maddesi uyarınca iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, seçimlik hakkını kullanabilmesi için, kural olarak, borçluya ek süre vermek zorundadır. Bu kapsamda, primin hiç ödenmemiş olması nedeniyle temerrüt hükümlerine başvurmak isteyen sigortacının, seçimlik hakkını kullanabilmesi için sigorta ettirene ek süre vermek zorunda olup olmadığı ayrıca tartışılmalıdır.

Bilindiği gibi seçimlik hakkın kullanılabilmesi için borçluya ek süre verilmesi zorunlu olmakla birlikte; borçlunun davranışından süre verilmesinin faydasız kalacağını anlaşılması, edimin alacaklı yönünden faydasız hale gelmesi veya kesin vadeli bir işlem olması durumunda alacaklı, ek süre vermeden de seçimlik hakkını kullanabilir (TBK m. 124)³⁷. Bu itibarla sigorta ettirenin primi ödemeyeceğini bildirmesi veya rizikonun gerçekleşmesi gibi özel durumlarda sigortacının sigorta ettirene ek süre vermek zorunda olmayacağı açık olmakla birlikte özellikle prim ödeme borcunun kesin vadeli bir işlem olup olmadığının ayrıca tartışılması gerekmektedir.

Genel olarak kesin vadeli işlem, taraflarca, borçlanılan edimin belirli bir vadede veya belirli süre içinde ifa edileceğinin ve sonraki ifanın kabul edilmeyeceğinin kesin olarak kararlaştırıldığı işlemlerdir³⁸. İşlemin kesin vadeli olduğu, tarafların iradelerinden veya iradeye yönelik olgulardan da anlaşılabilir³⁹. Bununla birlikte işlemin kesin vadeli olabilmesi için ifa zamanı, kesin olarak belirli veya belirlenebilir olmalı

³⁵ Bkz. TBK m. 125.

³⁶ Bu durumda sigorta ettiren de isterse kararlaştırılmış olan primin yarısını ödeyerek sözleşmeden cayabilir. Bkz. TTK m. 1430(3).

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Eren*, s. 1113; *Von Tuhr*, s. 620; *Kılıçoğlu*, A.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 15, Ankara 2012, s. 675 (Borçlar Hukuku).

³⁸ *Keskin*, D.: "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. XI, S. 1-2, s. 212.

³⁹ Örneğin sözleşmelerde kullanılan "en geç", "en çok", "mutlaka" gibi ibareler işlemin kesin vadeli olduğunu gösterir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Tunçomağ*, K.: *Borçlar Hukuku*, C. I, B. 4, İstanbul 1969, s. 542; *Eren*, s. 1114.

ve taraflarca ifanın mutlaka belirlenen bu vade içerisinde yerine getirileceği hususu sözleşmenin esaslı unsuru haline getirilmiş olmalıdır⁴⁰.

Primin ödeme zamanını düzenleyen TTK'nın 1431(1) maddesinde sigorta priminin, “*sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerek(eceği)*” açık olarak hükme bağlanmıştır. Özellikle madde metnindeki “*yapılır yapılmaz*” ve “*gerekir*” ifadesi, prim ödeme borcunun kesin vadeli bir işlem olduğunu şeklinde yorumlanmasını mümkün kılmakla birlikte yukarıda belirtildiği gibi işlemin kesin vadeli olabilmesi için ayrıca tarafların bu hususu sözleşmenin asli unsuru haline getirmeleri ve sonraki ifa imkânının taraflarca önceden ortadan kaldırılmış⁴¹ ve alacaklının (sigortacının) ifayı kabul etmeyeceği kararlaştırılmış olmalıdır⁴². Oysa ki TTK'nın 1431(1) maddesi sadece primin muacceliyetini yani sigortacı tarafından istenebileceği anı düzenlemektedir. Sigorta ettiren poliçenin tesliminden sonraki üç ay içerisinde sigorta primi ödemek hakkına sahip olduğu gibi sigortacı da, daha önce sözleşmeden caymadığı sürece, yapılan ödeme teklifini kabul etmek zorundadır. Bu anlamda prim ödeme borcunun, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, kesin vadeli bir işlem olmadığı anlaşılmaktadır⁴³. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği gibi, TTK'nın 1434(2) maddesinde, ek süreden bahsedilmeden, primin hiç ödenmemesi durumunda sigortacının üç ay içinde sözleşmeden cayabileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla sigortacının, tarafların prim ödenmesini kesin vadeye bağlayıp bağlamadığına bakılmaksızın, seçimlik hakkını kullanabilmesi için ayrıca süre vermesinin gerekli olmadığı kabul edilmelidir⁴⁴.

Sigortacının temerrüt hükümlerine dayanarak primin tahsili için dava açması ya da icra takibini başlatması sadece cayma hakkını sona

⁴⁰ Seliçi, Ö.: “Kesin Vadeli İşlemler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1968, C. II, S. 3, s. 95; Eren, s. 1114.

⁴¹ Eren, s. 1114; Keskin, s. 213.

⁴² Seliçi, s. 98.

⁴³ “... poliçede belirtilen prim ödeme tarihleri BK'nın 101(3) (TBK m. 117) maddesindeki kesin vade olmayıp, primin muacceliyet tarihidir”. Yarg. 11. HD, 17.09.2007, E. 2006/8444, K. 2007/11247; Aynı yönde Yarg. 11. HD, 18.06.2009, E. 2008/2189, K. 2009/7547 (Lale / Akgül, s. 193 ve 198).

⁴⁴ Bu anlamda TTK'nın 1434(2) maddesi, sigortacının ek süre vermeden seçimlik hakkını kullanabilmesi anlamında, TBK'nın 124. maddesinin diğer bir istisnası olarak kabul edilebilir.

erdirir; sigortacının sorumluluğunu başlatmaz. Sigortacının sorumluluğu ancak yapılan takip sonucunda primlerin tahsil edilmesiyle başlar. Ayrıca icra takibinin semeresiz kalması nedeniyle sigortacı, tekrar cayma hakkına başvuramaz. Zira karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü durumunda alacaklının sahip olduğu seçimlik haklar nitelik itibariyle yenilik doğuran haktır⁴⁵. Dolayısıyla poliçeyi sigorta ettirene teslim ettikten itibaren sigortacı; üç ay içinde dava veya icra kanalıyla primin tahsilini istemesi durumunda bir daha cayma hakkını kullanamayacağı gibi cayma hakkını kullandıktan sonra da primin tahsilini isteyerek sözleşmeyi ayakta tutamaz⁴⁶. Sigortacının cayma hakkından vazgeçip primin ifasını dava etmesi durumunda sigorta ettiren artık üç aylık cayma süresine bağlı kalmaksızın her zaman prim borcunu ödeyerek sigortacının sorumluluğunu başlatabilir. Sigortacı, bu koşullarda yapılan prim ödeme teklifini ancak ifanın açıkça hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) anlamında olduğunu ispatlayarak kaçınılabilmelidir⁴⁷.

2. Cayma Hakkı ve Şartları

TTK'nın 1434(2) maddesi uyarınca sigortacı, prim alacağı muaccel olduktan itibaren primin tamamını, taksitlendirilmişse ilk taksitinin ödenmemesi durumunda sözleşmeden üç ay içinde cayma hakkına sahiptir. Yine, aynı hüküm gereği, prim alacağının üç ay içinde dava veya takip yoluyla istenmemesi durumunda ise üç ayın sonunda sözleşmeden cayılmış sayılmaktadır. Buna göre sigortacının cayma hakkını kullanmasının şartları: prim alacağının muacceliyeti, üç ay içinde primin ödenmemesi, bildirim ve icra takibine başlanmaması olarak sayılabilir.

a) Prim Alacağının Muacceliyeti

Sigortacının cayma hakkını kullanabilmesinin ilk şartı prim alacağının muaccel olması diğer bir ifadeyle sigorta ettirenin temerrüde

⁴⁵ Eren, s. 1115.

⁴⁶ "... alacaklı ifadan vazgeçmişse, sonradan ifayı talep edemez; eğer tazminat istemişse sözleşmeden dönemez; sözleşmeden dönmüşse tazminat isteyemez". Tunçomağ, s. 545; Yenilik doğuran hakların özellikleri hakkında ayrıca bkz. Eren, s. 67.

⁴⁷ Sigortacının primin alacağının semeresiz kalması sigorta sözleşmesini sona erdirmeyeceğinden sigorta ettiren, halen ayakta olan sigorta sözleşmesine dayanarak prim ödemesinde bulunabilir. Sigortacı da kural olarak yapılan bu ödemeleri kabul etmelidir. Aksi takdirde temerrüde düşer. Sigortacı üç aylık cayma süresi sonrası yapılacak prim ödeme tekliflerini sadece hakkın kötüye kullanımı olduğu gerekçesiyle reddedebilmelidir.

düşmüş⁴⁸ olmasıdır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi prim alacağı, aksi kararlaştırılmadıkça, sigorta sözleşmesi yapılır yapılmaz ancak poliçenin teslimi ile muaccel hale geldiğinden⁴⁹, sigortacı, cayma hakkını kullanabilmek için, kanuna uygun şekilde poliçeyi düzenleyip sigorta ettirene teslim etmiş olmalıdır⁵⁰. Dolayısıyla sadece sözleşmenin kurulmuş olması, cayma hakkının kullanılması için tek başına yeterli değildir.

b) Üç Ay İçinde Primin Ödenmemesi

Sigortacı, cayma hakkını üç ay içinde kullanabilir. Üç aylık bu süre, primin muaccel olduğu tarihten -dolayısıyla taraflar ileri bir tarih kararlaştırmamışlarsa poliçenin sigorta ettirene tesliminden- itibaren başlar⁵¹. Üç ay içinde olmak şartıyla sigortacı, herhangi bir zaman diliminde sözleşmeden cayabilir. Cayma beyanı sigorta ettirene ulaşmaya kadar sigorta sözleşmesi geçerli olmaya devam edeceğinden, sigorta ettiren, üç aylık bu süre içinde kararlaştırılan primi ödeyerek sözleşmeyi ayakta tutabilir. Sigortacı, bu şartlar dâhilinde yapılan prim ödemelerini kabul etmek zorundadır. Aksi halde temerrüde düşer.

Yukarıda değinildiği gibi taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa sigorta primi sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresinde ödenir. Diğer bir ifadeyle prim ödeme borcu aranacak borçtur. Bu tür borçlarda alacaklı veya temsilcisi borçlunun yerleşim yeri veya işyerinin bulunduğu yerde borçlanılan edimi borçludan almak zorundadır. Borçlunun durumu pasiftir. Edim konusu şeyi alacaklının emir ve tasarrufunda hazır bulundurmakla yükümlüğünü yerine getirmiş olur⁵². TTK'nın 1434(1) maddesinde de sigorta ettirenin mütemerrit olması, 1431. maddeye uygun olarak, primin "istenilmiş" olması şartına bağlamıştır. Bu anlamda cayma

⁴⁸ İlk prim alacağının muaccel olmasıyla sigorta ettiren kendiliğinden temerrüde düşer. Ayrıca ihtar çekilmesi zorunlu değildir. *Kayhan*, s. 228.

⁴⁹ Sigorta ettiren, "... poliçe teslim edilmediği sürece "prim borcundan dolayı" mütemerrit duruma düşmez". Doğanay, s. 845.

⁵⁰ *Kender*, R.: "Zarar Sigortalarında Prim Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1996, C. X, S. 1-2, s. 761.

⁵¹ TTK'nın 1434(2) maddenin ikinci cümlesinde üç aylık cayma süresinin vadeden itibaren başlayacağı belirtilmektedir. Bilindiği gibi prim, aksi kararlaştırılmamışsa, poliçenin sigorta ettirene teslimiyle muaccel olacağından, maddedeki vade ibaresinden, primin muacceliyeti anlaşılmalıdır. Tarafların anlaşarak primin ilk taksitini vadeye bağlamaları durumunda üç aylık süre, bu vadeden sonra başlayacaktır. Aynı yönde bkz. *Can*, Sigorta Sözleşmesinin Tabi, s. 60.

⁵² *Eren*, s. 945.

hakkının kullanabilmesi için sigortacının sadece poliçeyi sigorta ettirene teslim etmiş olması yeterli değildir. Ayrıca sigortacı veya temsilcisi, sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresinde primin ödenmesini talep etmelidir⁵³. Aksi takdirde sigorta ettiren temerrüde düşmeyeceği⁵⁴ gibi sözleşmeden cayılmış sayılması için üç aylık süre de başlamayacaktır. İspat hukuku bakımından; sigortacı sigorta poliçesinin teslim edildiğini ve primin ödenmesinin istendiğini ispat etmesi gerekirken,⁵⁵ sigorta ettiren primlerin ödendiğini ispatla yükümlüdür⁵⁶.

TTK'nın 1434(2) maddesinin birinci cümlesinden üç aylık sürenin, cayma hakkının kullanılabilmesine yönelik hak düşürücü süre olduğu görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu maddenin üçüncü cümlesinden, üç aylık sürenin aslında sigorta ettiren aleyhine bir hak düşürücü süre olduğu anlaşılmaktadır. Zira söz konusu cümlede, prim alacağıının, muacceliyet gününden itibaren üç ay içinde dava veya takip yoluyla istenmemiş olması hâlinde sözleşmeden cayılmış sayılacağı hükme bağlanmaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu, sigortacının sessiz kalmasına, sigorta ettiren aleyhine bir sonuç bağlamıştır.

⁵³ Aynı yönde bkz. Şenocak, K.: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s. 208 (Mesleki Sorumluluk); Aylı, s. 140; Kayıhan, s. 160. Yargıtay da sigortacının, “Kendi(si) tarafından imzalanmış bulunan poliçenin bir örneğini sigortalının ikametgahına götürerek ona vermek (sigorta ettirene), dilerse bir suretini sigortalıya imzalatılarak almak ve özellikle primi veya ilk taksitini poliçenin teslimi karşılığında tahsil etmekle yükümlü olduğu(na)” hükmetmiştir. Yarg. HGK, 28.09.1983, E. 1982/11-929, K. 1983/853 (www.kazanci.com.tr); Aynı yönde diğer kararlar için bkz. Yarg. 11. HD, 01.03.2010, E. 2008/11420, K. 2010/2295; Yarg. 11. HD, 14.02.2011, E. 2010/2367, K. 2011/1489 (Lale / Akgül, s. 43).

⁵⁴ Doğanay, s. 851.

⁵⁵ Yargıtay 11. HD, 26.1.1982 tarihli kararında (E.1982/74, K.1982/1125), poliçenin teslimi işleminin maddi bir olay olup şahitle ispatının mümkün olduğuna hükmederken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu aynı olayla ilgili olarak vermiş olduğu 28.9.1983 tarihli kararında (E. 982/11-929, K. 983/853) sigortacının, sigorta poliçesini sigortalıya götürdüğünü, imzalamasını istediği halde imzalamadığını ve primin ilk taksitinin sigortalı tarafından ödenmediğini ancak yazılı delille kanıtlayabileceğine hükmetmiştir. Kararlar için bkz. Cebe, M. S.: Mal Sigortaları Hukuku, Ankara 2010, s. 275.

⁵⁶ “Davacı taraf, primin ilk taksitini olaydan önce ödemediğini iddia etmiş ise de bu iddiasını makbuz veya başka bir belge ile kanıtlayamamıştır. Poliçenin teslim edilmiş olması tek başına primin ilk taksitinin ödendiğini kanıtlamaya yeterli değildir”. Yarg. 11. HD, 16.05.2006, E. 2005/5515, K. 2006/5763 (Lale / Akgül, s. 128).

c) Bildirim

Cayma yenilik doğuran bir hak olduğundan sigorta sözleşmesinden caymak isteyen sigortacı, üç aylık süre içinde, bu iradesini sigorta ettirene bildirmelidir. Cayma hakkı ancak bu bildirimden itibaren hukuki sonuç doğurur. Dolayısıyla sigorta ettiren, cayma beyanı kendisine ulaşıncaya kadar sigorta primini ödeme hakkına sahip olmaya devam eder.

Bütün yenilik doğuran haklar gibi cayma beyanından da dönülmesi mümkün değildir. Bununla birlikte cayma beyanı, sigorta ettiren tarafından öğrenilmediği sürece sigortacı tarafından geri alınabilmelidir. Cayma beyanı ile caymadan dönüldüğünün aynı anda yapılması durumunda ise sorun, TBK'nın 9. maddesindeki öneri ve kabulün geri alınmasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak çözümlenmelidir⁵⁷. Bununla birlikte sigorta ettiren sözleşmeden cayıldığını öğrendikten sonra artık sigortacı, cayma bildirimini geri alamaz.

Bildirim kural olarak herhangi bir şekle tabi kılınmamıştır. Karşı tarafın tacir ve sözleşmenin ticari işletmesiyle ilgili olması durumunda ise bildirim, TTK m. 18(3) maddesinde belirtilen şekilde yapılmalıdır.

Bildirim yükümlülüğü sadece üç ay içinde kullanılacak cayma hakkı için zorunludur. Zira prim alacağı muaccel olmasından itibaren üç ay içinde dava veya takip yoluyla istenmemesi durumunda, herhangi bir bildirim gerek kalmaksızın, sözleşmeden cayılmış sayılmaktadır. Kanun gereği sözleşmeden cayılmış olacağından, üç aylık süre sonunda yapılacak prim ödemesi, duruma göre ancak yeni bir öneri veya öneriye davet olacaktır.

d) İcra Takibine Başlanmaması

TTK'nın 1434(2) maddesinin son cümlesinin aksi ile kanıt yorumundan, primin dava veya takip yoluyla istenmesi durumunda sigortacının cayma hakkını kaybedeceği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle cayma hakkının kullanılabilmesi veya sözleşmeden cayılmış sayılması için sigortacı, prim alacağını dava veya takip yoluyla istememiş olmalıdır. Aksi takdirde sigortacı, sözleşmeden cayma hakkını kaybedeceği gibi üç ayın sonunda sözleşme kendiliğinden sona ermiş sayılmayacaktır.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. *Serozan, R.: Sözleşmeden Dönme*, B. 2, İstanbul 2007, s. 463. Buna göre; sigorta ettirenin yapılan cayma bildiriminden önce cayma beyanından dönüldüğünü veya icra takibine başlanıldığını öğrenmesi durumunda caymadan dönülmüş sayılacaktır.

TTK'nın 1434(2) maddesinde kullanılan “*dava ve takip yolu*” ifadesi dar anlamda yorumlanmalı; noter veya iadeli taahhüt mektup gibi yollarla yapılan ihtar veya ihbarlar cayma hakkını ortadan kaldırmamalıdır.

3. Caymanın Hukuki Sonuçları

Caymanın gerçekleşmesiyle sigorta sözleşmesi hiç kurulmamış gibi geriye yönelik sona erer. Prim hiç ödenmemiş olduğundan sigortacının sorumluluğu başlamayacağı gibi; caymanın gerçekleştiği ana kadar geçen sürelerin sigorta primleri de talep edilemez. Zira TTK'da cayma, sigortacı için tanınmış seçimlik bir hak olarak düzenlenmiştir. Sigortacı isterse, caymadan vazgeçip, üç ay içinde primlerin tahsilini dava edebilir. Sigortacının doğrudan cayma beyanını ileterek ya da üç ay sessiz kalarak cayma hakkını kullanması, prim talep hakkından vazgeçtiği anlamındadır. Cayma ile sigorta sözleşmesi, geçmişe etkili olarak bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkacağından⁵⁸, caymanın gerçekleşmesiyle, sigortacının prim talep etme hakkı da sona ermelidir⁵⁹. Bununla birlikte sigortacı, sözleşmeden cayılması nedeniyle uğradığı fiili zarar ve varsa yoksun kalan kârı (menfi zararı) sigorta ettirenden isteyebilir⁶⁰.

B) İzleyen Primlerin Ödenmemesi

İzleyen primlerin ödenmemesi, primlerin taksitlendirildiği ve ilk taksitin ödendiği sigorta sözleşmesinde sonraki primlerden herhangi birisinin ödenmemesidir. Sigortacı, TBK'da temerrüde ilişkin hükümlere başvurabileceği gibi isterse TTK'da düzenlenen sözleşmenin feshi hakkını da kullanabilir. İlk taksit ödenmiş olduğundan, sözleşmenin feshine kadar sigortacının sorumluluğu devam eder.

⁵⁸ Sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından genel olarak doktrinde iki dönme görüşü bulunduğu; “klasik dönme görüşüne” göre sözleşmenin ilk kurulduğu ana kadar geriye yürüyerek sona erdiği, “yeni dönme görüşüne” göre ise sözleşmenin değil henüz ifa edilmemiş edimlerin ortadan kalktığı, ifa edilmiş edimler bakımından ise tasfiye ilişkisinin doğduğunun kabul edildiği bildirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Serozan*, s. 510; *Eren*, s. 1120; *Kılıçoğlu*, *Borçlar Hukuku*, s. 714.

⁵⁹ Yargıtay da “Sigortalının hiç prim ödemediğine, TTK'nın 1295 (1421). maddesi gereğince sorumluluk başlamadığından davacı sigortacının, üstlendiği sigortadan söz edilemeyeceğine, ... davalıdan prim talep etme hakkı bulunma(dığına)” hükmetmiştir. Yarg. 11. HD, 29.05.2006, E. 2005/6287, K. 2006/6318 (Lale / Akgül, s. 129).

⁶⁰ Krş. *Anık*, G.: “Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, C. 59, s. 228.

1. Temerrüt Hükümlerinin Uygulanması

İzleyen primlerin zamanında ödenmemesi durumunda sigorta ettiren, ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer. Bunun için sigortacının, primi usulüne göre istemiş olması yeterlidir⁶¹. Sigortacı isterse sözleşmeyi feshetmeyip⁶² aynen ifa yani primlerin tahsilini ve gecikme nedeniyle uğramış olduğu zarar karşılığında tazminat isteyebilir. Bununla birlikte sigortacının, TBK'nın 125. maddesinde düzenlenen diğer seçimlik hakkı yani sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazminini istemesi hem TTK'nın 1434(3) maddesi gereği yasaktır hem de maddi olarak imkânsızdır⁶³.

2. Fesih Hakkı ve Şartları

TTK'nın 1434(3) maddesinde izleyen primlerden herhangi birinin zamanında ödenmemesi durumunda, sigortacının on günlük süre vererek prim borcunun ödenmesini ihtar etmesine rağmen primin ödenmemesi halinde sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı hükme bağlanmaktadır. Bu anlamda sigorta sözleşmesinin feshinin şartları: izleyen taksitlerden birisinin ödenmemesi, ihtar ve on günlük süre içinde primin ödenmemesi olarak sayılabilir.

a) İzleyen Taksitlerden Birisinin Ödenmemesi

Sigortacının, fesih hakkını kullanabilmesi için izleyen prim taksitlerinden herhangi birisinin ödenmemiş olması yeterlidir. Bu nedenle ödenmemiş prim borcu bulunmasına rağmen muaccel son taksitin ödenmiş olması fesih hakkını ortadan kaldırmamalıdır. Bununla birlikte ödenmeyen kısmın önemsiz derecede az olduğu kısmi ödeme durumunda sigortacı fesih hakkını kullanamaz⁶⁴. Aynı zamanda sigortacı, kural olarak, üçüncü kişilerce yapılan ödeme tekliflerini kabul etmek

⁶¹ Konu, yukarıda “Üç Ay İçinde Primin Ödenmemesi” başlığında geniş olarak tartışıldığı için burada ayrıntıya girilmemiştir.

⁶² Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği gibi sigortacının, aynen ifa hakkını kullanabilmesi için göndermiş olduğu ihtarnamede, verilen süre içerisinde primlerin ödenmemesi durumunda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını bildirmemiş olmalıdır.

⁶³ Zira, TTK'nın 1434(3) maddesinde izleyen primlerin ödenmemesi durumunda sigortacıya sadece sözleşmeyi feshetme hakkı verilmiştir. Aynı zamanda sözleşmeden dönme durumunda sigortacının dönme tarihine kadar ifa etmiş olduğu rizikoyu taşıma ediminin iadesi maddi olarak imkânsızdır.

⁶⁴ Kısmi ödemenin fesih hakkını kaldırıp kaldırmayacağına dair özel bir hüküm yoktur. Kısmi ödeme, kural olarak, sigortacının fesih hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak ödenmeyen kısmın önemsiz derece az olması durumunda sigortacı, TMK'nın 2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanılması uyarınca, fesih hakkını kullanamamalıdır.

zorundadır⁶⁵. Aksi takdirde, alacaklının temerrüdü gerçekleşeceği gibi sigortacı fesih hakkını da kaybeder.

Ödemenin yapılıp yapılmadığının tespiti genel hukuk kurallarına göre belirlenir. Bununla birlikte sigorta ettiren, muaccel olmuş bütün prim borcunu ödediğini ispatla yükümlüdür.

b) İhtar

TTK'nın 1434(2) maddesinde fesih hakkının kullanılması, sözleşmeden caymadan farklı olarak⁶⁶, usulüne uygun olarak yapılacak ihtar şartına bağlanmıştır⁶⁷. Sigortacının yapmak zorunda olduğu bu ihtar,

⁶⁵ Aşağıda “Sigortacının Prim Ödemesini Kabul Etme Yükümlülüğü” başlığı altında ayrıntılı olarak tartışıldığı gibi TBK'nın 83. maddesi gereği alacaklının menfaati olmadıkça borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi zorunlu değildir. Bir para borcu olan primin ödenmesinde sigortacının primin ödenmesinden başka özel bir menfaatinin olduğunu söylemek oldukça zordur.

⁶⁶ Madde gerekçesinde “... sigortacının, prim ödeme borcundaki temerrüt nedeniyle her bir sigorta sözleşmesi için ihtarname göndermesinin oldukça masraflı ve sigorta şirketlerinin portföyleri ve sigorta sözleşmesinin süresi de göz önünde bulundurulduğunda takibinin de zor olduğu ... (bu nedenle) ilk prim taksitinin veya primin tamamının vadede ödenmesi hali ile sonraki prim taksitlerinin vadede ödenmesi halleri farklı düzenlemelere tabi tutul(duğu) uygulamadaki kolaylık açısından, ilk veya defâten ödenecek primin vade tarihinden belli bir sürede ödenmemesi halinde sözleşmenin otomatik olarak sona ermesi(nin) ... uygun olacağı” belirtilmektedir.

⁶⁷ 1956 tarihli eski TTK'nın 1297(1) maddesinde ise hem cayma hem de fesih, yani primin başlangıçta ödenmemesi veya izleyen primlerin ödenmemesi nedeniyle sigortacının sözleşmeyi feshetmesi durumunda ihtar çekilmesi zorunlu tutulmuştu. Söz konusu madde 21.06.1994 tarihli 537 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)'nin 3. maddesiyle değiştirilerek, can sigortaları dışındaki sigortalar için 15'er günlük iki bekleme süresi sonunda herhangi bir ihtarla gerek olmadan sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştı. Ancak söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi'nce anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. RG., 16.10.1997, Sayı: 23142. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Oktay*, S.: “537 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin İptalinden Sonra Ortaya Çıkan Durum”, *Sigorta Hukuku Dergisi*, 1999, C. IV, S. 1, s. 19; *Kayıhan*, s. 199.

Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonraki tarihli kararlarında, ihtar yapılmadığı sürece fesih işlemlerinin geçersiz olacağına hükmetmiştir. “... *sigortalı, poliçede öngörülen prim peşinatını poliçe tanzimi sırasında ve birinci taksitini de ... tarihinde ödemiş, diğer taksitler ise ödenmemiştir... usulüne uygun olarak önce ödeme için süre verip sonra fesih bildirilmediğinden... geçerli bir fesih oluşturmamıştır*”. Yarg. 11. HD, 05.04.2005, E. 2004/6562, K. 2005/3289 (*Lale / Akgül*, s. 186); “... *davaya konu olayda, 1.12.1999 tarihi öncesinde sigorta ettirene yapılmış usulüne uygun bir ihtar bulunmadığından, bu tarihten önce sigorta sözleşmesinin kendiliğinden münfesih olduğunun kabulü mümkün değildir*”. Yarg. HGK, 09.02.2005, E. 2005/11-98, K.

Borçlar Hukuku anlamında bir feshi ihbardır⁶⁸ ve sigorta ettirenin tacir ve ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, noter veya iadeli taahhütlü mektupla yapılır. Aynı zamanda ihtarnamede; verilen süre içinde prim borcunun yerine getirilmesi, aksi hâlde, süre sonunda, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağına bildirilmesi gereklidir.

İhtar, kural olarak, sigorta ettirene ve bildirilen son adresine yapılır. Ancak primlerin sigortalı veya lehtar tarafından ödenmesi durumunda bildirim ilgili kişilere de yapılmalıdır⁶⁹. Primin, sigortalı veya lehtar dışındaki üçüncü kişiler tarafından ödenmesi durumunda ise ihtarın sadece sigorta ettirene yapılması yeterli olmalıdır.

c) On Günlük Süre İçinde Primin Ödenmemesi

Sigorta sözleşmesini feshetmek isteyen sigortacı, ihtar ile birlikte primin ödenmesi için sigorta ettirene on günlük süre vermek zorundadır. On günlük bu süre asgari bir süredir. Sigortacının, istemesi durumunda, on günden daha uzun bir süre vermesinin önünde hukuki bir engel yoktur⁷⁰. Bununla birlikte sigortacının daha kısa bir süre belirlemesi durumunda ihtarın geçersiz mi sayılacağı yoksa sözleşmenin on günün sonun mu feshedilmiş sayılacağı açık değildir.

TTK'nın 1434(3) maddesi uyarınca sözleşmenin feshi için bildirim yapılması ve bir süre verilmesi zorunlu bir unsurdur. Kanun bu süreyi asgari bir süre olarak belirlemiştir. Primin ödenmediğinin ve verilen süre içerisinde primin ödenmemesi durumunda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağına bildirilmesi, sigorta ettirenin, durumunu öğrenmesi için yeterlidir. Süre koşuluna uyulmadığı gerekçesiyle

2005/35 (www.kazanci.com). Kararın incelenmesi ve eleştirisi için bkz. *Akalp Demirtabak*, D.: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 9.2.2005 Tarihli Kararının İncelenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2008, C. LXVI, S. 1, s. 325. Yargıtay 11. Hukuk dairesinin 20.09.1999 tarihli aynı yöndeki kararının (E. 1999/4923 K. 1999/7901) eleştirisi için bkz. *Şeker*, Z.: “Sigorta Ettirenin Taksitlendirilmiş Primi Ödeme Borcunda Temerrüde Düşmesinin Sonuçları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Kemal Oğuzman’a Armağan), 2002, C. I, S. 1, s. 653.

⁶⁸ *Kender*, R.: Sigorta Hukuku, s. 242.

⁶⁹ TTK'nın 1416. maddesi uyarınca ihtar gerektiğinde sigortalı veya lehtarın bildirilmiş adresine de yapılmalıdır. Bkz. *Aral Eldeleklioğlu*, İ.: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2012, C. XI, S. 22, s. 217.

⁷⁰ TTK'nın 1434(3) maddesindeki “... on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini ...” ifadesinden on günlük sürenin en az süre olduğu anlaşılmalıdır.

bildirim geçersiz sayılması, menfaatler dengesinin korunması ilkesine aykırı olacağından, daha kısa süre verilmesi durumunda sigorta ettirenin prim ödeme borcu on güne uzamalıdır. Diğer bir ifadeyle sigortacı daha kısa bir süre vermiş olsa da sözleşme ancak on günün sonunda sözleşme feshedilmiş sayılmalıdır.

On günlük süre, ihtarın sigorta ettirene ulaştığı tarihten itibaren başlar⁷¹. Sürenin bitimine kadar prim borcunun ödenmemesi durumunda artık ikinci bir ihtar veya ihbara gerek kalmaksızın sigorta sözleşmesi feshedilmiş olur. Bu süre içerisinde primin ödenmesi veya rizikonun gerçekleşmesi⁷², sigorta sözleşmesinin feshini de ortadan kaldırır. Sigortacı, on günlük süre içinde yapılacak prim ödemesini kabul etmek zorunda iken bu süreden sonra yapılacak prim ödeme talebi ancak, duruma göre, yeni bir öneri ya da öneriye davet olacaktır.

3. Feshin Sonuçları

Fesih, “olağan fesih” ve “olağanüstü fesih” olarak ikiye ayrılır. Sözleşme; olağan fesih, fesih beyanı muhataba ulaştıktan belli bir süre sonra, olağanüstü fesih ise fesih beyanı muhataba ulaşır ulaşmaz sona erer⁷³. Ancak fesih ister olağan, isterse olağanüstü olsun daima ileriye yönelik sonuç doğurur⁷⁴. Bu anlamda sigortacı; fesih anına kadar doğan risklerden sorumlu olacağı gibi doğan primlere de hak kazanır. Ayrıca sigortacının sigorta ettirenin temerrüdü nedeniyle TBK’den doğan diğer hakları saklıdır⁷⁵.

⁷¹ Kender, R.: Sigorta Hukuku, s. 242. Genel olarak doktrinde ihtarın hukuki işlem benzeri fiil niteliğinde olduğu bu nedenle verilen sürenin sigorta ettirenin hakimiyet alanına ulaştıktan sonra başlayacağı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayıhan, s. 190, Ayli, s. 111. TTK’nın 1434(3) maddesinin lafzından da on günlük sürenin sigorta ettirene ulaştıktan sonra başladığının kabul edildiği anlaşılmaktadır.

⁷² Light Algantürk, D.: “Sigorta Sözleşmesi Süresi İçinde Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2012, C. XI, S. 22, s. 3.

⁷³ Bu anlamda TTK’nın 1434(3) maddesinde düzenlenen fesih; “olağanüstü fesih”tir.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 1260; Serozan, s. 115.

⁷⁵ Krş. TTK m.1434(3) (son cümle).

III. Gemi İpoteği Hukukunda Sigortacının, Prim Ödenmemesi Nedeniyle Sorumluluktan Kurtulması

A) Gemi İpoteğinin Kapsamı

Gemi ipoteği, diğer unsurlarla birlikte⁷⁶ sigorta tazminatını da kapsar [TTK m. 1022(1)]⁷⁷. Bunun için malikin menfaatinin⁷⁸ sigorta ettirilmiş ve gemi ipoteğinin rizikonun gerçekleşmesinden önce kurulmuş olması yeterlidir⁷⁹. Sigorta sözleşmesinin bizzat malik veya onun lehine bir başkası tarafından yapılmış olmasının⁸⁰ ya da rizikonun daha sonra gerçekleşmesi şartıyla, sigorta sözleşmesinin gemi ipoteğinden önce veya sonra yapılmasının bir önemi yoktur⁸¹.

Sigorta tazminatının, gemi ipoteğinin kapsamına girmesi için ipoteğin sigortacıya bildirilmesi şart değildir⁸². Dolayısıyla riziko gerçekleştiğinde sigortacı, ipotek kendisine bildirilmemiş olduğunu

⁷⁶ Gemi ipoteğinin kapsamı TTK'nın 1020. maddesinde sayılmıştır. Bunlar: gemi, gemi payı, bütünüleyici parça, eklenti, gemi yerine geçen satış veya kamulaştırma bedeli ve tazminat istemleridir.

⁷⁷ 1929 tarihli eski TTK döneminde sigorta tazminatının ipotek kapsamına dahil olup olmadığı konusu açık değildi. Doktrinde bir kısım yazar sigortanın ipoteğin kapsamına dahil olduğunu savunurken diğer bir kısım yazar aksi görüşü ileri sürmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Akıncı*, s. 98; *Göknil*, M. N.: Deniz Ticareti Hukuku, Ankara 1935, s. 172. Gemi ipoteğine ilişkin hükümlerin tarihsel süreci ve sigorta tazminatının kaim değer olarak kabul edilmesi hakkında ayrıca bkz. *Atamer*, K.: "Gemi İpoteği Hükümlerinin Yasama Tarihiçesi, Kaynakları ve Bazı Uyum Sorunları", Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 313.

⁷⁸ Dolayısıyla ipotekli alacaklı tarafından kendi menfaatini teminat altına almak için yapılan sigorta sözleşmesi gibi malikin menfaati dışındaki sigorta sözleşmeleri ipoteğin kapsamına dahil olmaz. *Kalpsüz*, s. 103; *Akıncı*, s. 99; *Kaner*, İ.: Deniz Ticareti Hukuku, B. 3, İstanbul 2013, s. 57.

⁷⁹ *Kalpsüz*, s. 103; *Akıncı*, s. 99; *Çağa*, T.: Deniz Ticareti Hukuku, C. I, İstanbul 2004, s. 117.

⁸⁰ *Anglo-Sakson* Hukukunda, ipotek sözleşmesinde geminin sigorta edileceğinin kararlaştırılmasına rağmen gemi malikinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda ipotek alacaklısı, bütün ücret ve masraflar gemi malikine ait olmak üzere, gemiyi sigorta ettirme yetkisine sahiptir. *Hill*, s.34.

⁸¹ *Okay*, S.: Deniz Ticareti Hukuku, C. I, B. 3, İstanbul 1970, s. 203. Bununla birlikte rizikonun gerçekleşmesinden sonra tescil edilen gemi ipoteği tazminat ödemelerinde dikkate alınmaz. *Çağa*, s. 117; *Atamer*, K.: Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri, İstanbul 2012, s. 340 (Gemi ve Uçak İpoteğinin).

⁸² *Kalpsüz*, s. 103; *Akıncı*, s. 99; *Sözer*, B.: Deniz Ticareti Hukuku, C. I, İstanbul 2013, s. 124.

gerekçe göstererek sigorta tazminatını gemi malikine ödeyerek sorumluluktan kurtulamaz⁸³.

B) Sigortacının Sorumluluktan Kurtulmasının Şartları

TTK'nın 1027(2)(a) maddesi uyarınca sigorta priminin zamanında ödenmemesi nedeniyle sigorta ettirene karşı sigorta tazminatı ödeme borcundan kurtulan sigortacı, gemi ipoteği alacaklısına karşı da sorumluluktan kurtulur. Bununla birlikte TTK'nın 1024(1) maddesinde ipotekli alacaklının, ipoteği sigortacıya bildirmesi durumunda, sigorta priminin zamanında ödenmemesi ve bu yüzden sigorta ettirene bir ödeme süresi belirlenmesi veya sigorta priminin ödenmemesi nedeniyle sürenin sonunda sigorta sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, sigortacının, bunu gecikmeksizin gemi ipoteği alacaklısına bildirmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır. Yine TTK'nın 1029. maddesi gereği sigortacı, muaccel primi kanunen reddedileceği hallerinde bile ipotekli alacaklıdan kabul etmek zorundadır.

Görüldüğü üzere sigortacının, prim ödenmemesi nedeniyle gemi ipoteği alacaklısına karşı tazminat ödeme borcundan kurtulmasının şartları, gemi ipoteğinin sigortacıya bildirilmiş veya bildirilmemiş olmasına göre değişmektedir⁸⁴.

1- Gemi İpoteği Sigortacıya Bildirilmemişse

Aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacağı gibi ipotekli alacaklının, malik lehine yapılmış bir sigorta sözleşmesini devam ettirme imkânı, gemi ipoteğini sigortacıya bildirmesine bağlıdır. İpotekli alacaklı bu bildirim yapımadığı sürece kanundan kaynaklanan imkân ve haklardan yararlanamaz. Bu itibarla gemi ipoteğinin sigortacıya bildirilmemesi

⁸³ Benzer kurallar taşınmaz rehni için de getirilmiştir. Zira riziko gerçekleştiğinde sigorta tazminatı, rehinli alacaklının rızası olmadan malike ödenemez. Bunun için taşınmaz rehininin sigortacıya bildirilmesi zorunlu değildir. Sigortacı, tazminatı ödmeden önce tapu kütüğünü inceleme ve rehin bulunup bulunmadığını araştırmak zorundadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Oğuzman, K. / Seliçi, Ö. / Oktay - Özdemir, S.*: Eşya Hukuku, B. 15, İstanbul 2012, s. 925; *Karahasan, M. R.*: Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C. II, İstanbul 2007, s. 230; *Altay, S. / Eskiocak, A.*: Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul 2007, s. 187; *İstanbullu, A.*: "Taşınmaz Rehni ve Gemi İpoteği", Deniz Hukuku Dergisi, 2001-2002, C. VI-VII, S. 1-4, s. 155.

⁸⁴ Bildirimde bulunan ipotekli alacaklı ile bulunmayan ipotekli alacaklı arasındaki koruma farkının eleştirisi için bkz. *Alpöğünç, E.*: "Gemi İpoteği Kavramı ve Gemi İpoteği ile Sigorta Tazminatı Arasındaki İlişki Konusunda Bir İnceleme", Adalet Dergisi, 1986, C. LXXVII, S. 2, s. 31.

durumunda sigortacı, genel hükümlere göre gemi ipoteli alacaklısına karşı da sorumluluktan kurtulur. Diğer bir deyişle primlerin zamanında ödenmemesi durumunda sigortacının TTK'nın 1434. maddesi uyarınca kullanacağı cayma veya fesih hakkı, gemi ipoteli alacaklısına karşı da hüküm ifade eder.

2- Gemi İpoteği Sigortacıya Bildirilmişse

Sigorta tazminatı, kanun gereği, gemi ipoteli kapsamına giren en önemli unsurlardan birisidir. Bu nedenle kanun koyucu, gemi ipoteli alacaklısına, ipoteli sigortacıya bildirmesi şartıyla, malik lehine yapılmış sigorta sözleşmesini devam ettirme imkânı tanımıştır⁸⁵. Bu durumda sigortacı, prim ödenmemesi nedeniyle gemi ipoteli alacaklısına karşı TTK'nın 1024. maddesinde düzenlenen yükümlülükleri yerine getirmesi şartıyla sorumluluktan kurtulabilir.

TTK'nın 1024, 1026, 1027 ve 1434. maddeleri kapsamında sigortacının, prim ödenmemesi nedeniyle gemi ipoteli alacaklısına karşı sorumluluktan kurtulmasının şartlarını: sigortacıya bildirim, primin ödenmemesi ve sigorta ettirene ödeme süresi verilmesi, durumun gemi ipoteli alacaklısına bildiri ve verilen süre içinde primin ödenmemesi olarak saymak mümkündür.

a) Sigortacıya Bildirim

Yukarıda vurgulandığı gibi gemi ipoteli alacaklısının, kanunda belirtilen imkânlardan yararlanabilmesinin temel şartı, gemi ipotelinin sigortacıya bildirilmiş olmasıdır. Bildirimin şekli, içeriği ve süresi hakkında açık hüküm yoktur. Taraflar tacir ve işlem ticari işletmeyle ilgili olsa da yapılacak bildirim, TTK'nın 18(3) maddesinde sayılan ihbar ve ihtar niteliğinde olmadığından, sigorta sözleşmesi feshedilmeden önce olması şartıyla, her türlü şekilde yapılabilmelidir⁸⁶.

Gemi ipoteli alacaklısının sigortacıya bildirimde bulunabilmesi için öncelikle sigorta sözleşmesi ve sigortacıdan haberdar olması gereklidir. Bu da çoğu zaman ancak gemi malikinin durumu ipotekli alacaklıya bildirmesiyle mümkündür. Gemi maliki, gemisini sigorta ettirmekle yükümlü olmadığı gibi TTK'da mevcut ya da sonradan yapılan sigorta sözleşmesinin gemi ipoteli alacaklısına bildirilmesine ilişkin bir açık bir

⁸⁵ Kalpsüz, s. 104; Akıncı, s. 103; Sözer, s. 124.

⁸⁶ Doktrinde ispat hukuku bakımından bildirim yazılı şekilde -noter, taahhütlü mektupla- yapılması tavsiye edilmektedir. Kalpsüz, s. 105. Aynı yönde bkz. Akıncı, s. 104.

hüküm de yoktur⁸⁷. Bu anlamda, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, gemi malikinin, gemisini sigorta ettirme veya yapılmış bir sigorta sözleşmesini gemi ipoteği alacaklısına bildirme yükümlülüğünden bahsedilemez.

Atamer, haklı olarak, ipotekli alacaklının, ipoteği sigortacıya bildirebilmesi için sigorta sözleşmesinin varlığından haberdar olması gerektiğini, bu nedenle, ipotek ve sigorta sözleşmesinin her ikisinden de haberdar olan sigorta ettiren ve gemi malikinin, sigorta sözleşmesini ipotek alacaklısına bildirmek zorunda olduğunu belirtmektedir⁸⁸. Gerçekten de gemi ipoteği alacaklısının, kendisine bildirilmediği sürece, sigorta sözleşmesinin varlığından haberdar olması maddi olarak imkânsızdır. Bununla birlikte gemi ipoteği alacaklısının alacağına kavuşmasında en önemli araçlardan birisi olan sigortanın TTK’da bir zorunluluk olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, aksi kararlaştırılmadığı sürece, malikin veya sigorta ettirenin mevcut bir sigorta sözleşmesini ipotek alacaklısına bildirmekle yükümlü olduğunun kabul edilmesi TTK’nın amacına aykırılık teşkil edecektir. Aksi düşünce bu yükümlülüğü yerine getirmeyen malik/sigorta ettirenin, uğramış olduğu zarardan dolayı gemi ipoteği alacaklısına karşı sorumluluğunu gündeme getirecektir ki bu; Türk pozitif hukuku için mümkün değildir. Ayrıca genel olarak gemi ipoteği alacaklısı tacir olacağından, ipotek sözleşmesinde sigorta yapılması zorunlu kılınmamış olsa da, basiretli bir tacir gibi davranarak sigorta sözleşmesinin varlığını araştırması gerekir.

Hukuki niteliği konusunda açıklık olmamakla birlikte bildiri, hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olarak kabul etmek mümkündür. Bu itibarla; hukuki sonuç doğurması için sigortacının hâkimiyet alanına

⁸⁷ Hatta TTK’nın 1024. maddesinin üst kenar başlığı “Gemi İpoteğinin Sigortacıya Bildirilmesi”, alt kenar başlığı “Bildirim Yükümü” olmasına rağmen, gemi ipoteği alacaklısına, gemi ipoteğini sigortacıya bildirme yükümlülüğü getiren bir hüküm bulunmamaktadır. Maddede düzenlenen bildirim yükümlülüğü, gemi ipoteği kendisine bildirilen sigortacının, gemi ipoteği alacaklısına karşı yerine getirmek zorunda olduğu bildirimlerdir. Bu anlamda gemi ipoteği alacaklısı, gemi ipoteğini sigortacıya bildirip bildirmeme konusunda tamamen özgürdür.

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*, Gemi ve Uçak İpoteğinin, s. 340 ve 366; *Atamer*, K.: “Yeni Türk Hukuku Uyarınca, Gemiler Üzerinde İpotek, İntifa, Kira ve Finansal Kira Hâllerinde Sigorta İlişkileri”, [Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Deniz Sigortaları Bildiriler Kitabı, Deniz Hukuku Derneği – Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını, İstanbul 2012], s. 65 (“Gemiler Üzerinde İpotek”).

ulaşması yeterlidir⁸⁹. Sigorta sözleşmesini imzalayan acenteye yapılan bildirimler de sigortacıya yapılmış sayılır⁹⁰. Yine müşterek sigorta durumunda bildirim, malik tarafından ipotekli alacaklıya jeran olarak gösterilen sigortacıya yapılması yeterlidir (TTK m. 1025). İspat hukuku bakımından; bildirim yapıldığının ispat yükü gemi ipoteki alacaklısında, bildirim sigorta sözleşmesinin sona erdikten sonra yapıldığının ispat yükü ise sigortacıda olmalıdır⁹¹.

Gemi üzerinde ipotek tesis edildiğini bilen sigortacıya yine de bildirim yapılması gerekli olup olmadığı açık değildir. Diğer bir ifadeyle; gemi üzerinde ipotek tesis edildiğini bilmesine rağmen sigortacı, gemi ipoteki alacaklısı kendisine ipoteki bildirmediğini ileri sürerek yükümlüklerinden kaçınabilir mi?

TTK'nın 1024(1) maddesinin lâfzî yorumundan gemi ipotekiğinin sigortacıya bildirilmesinin zorunlu olduğu anlamı çıksa da özellikle maddede bildirim herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olması, gemi ipotekiğini bilen sigortacıya ayrıca bildirim yapılmasının gerekli olmadığını göstermektedir. Zira bildirim maddi bir olgudur ve sigortacıya, gemi üzerinde ipotek tesis edildiğinin haber verilmesinden başka özel bir işlevi yoktur. Bununla birlikte bildirim zorunluluğunun olmaması sadece gemi üzerindeki ipoteki açık şekilde bilen sigortacı için geçerli olmalıdır. Diğer bir ifadeyle gemi ipotekiği alacaklısı, sigortacının gemi ipotekiğini kesin olarak bildiğini ispatlamalıdır. Bilmesi gerektiğini ispatlayarak bildirim yükümlülüğünden kurtulamamalıdır.

Gemi ipotekiğinin sigortacıya bildirim konusunda tartışılması gereken diğer bir husus ise bildirim kim tarafından yapılacağıdır. TTK'nın 1024(1) maddesinde kullanılan, "*İpotekli alacaklı, ipotekiği sigortacıya bildirmişse ...*" ibaresinden, bildirim bizzat ipotekli alacaklı tarafından yapılması gerektiği sonucu çıkmakla birlikte, maddenin amacı, sigortacının gemi ipotekiğinden haberdar olmasıdır. Bu itibarla gemi

⁸⁹ Krş. Eren, s. 1094; Von Tuhr, s. 606; Tekinay, S. / Akman, S. / Burcuoğlu, H. / Altop, H.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s. 914.

⁹⁰ Krş. TTK m. 105(2), Sigortacılık Kanunu m. 23(18). Bu konuda ayrıca bkz. Atamer, Gemi ve Uçak İpotekiğinin, s. 366; Atamer, "Gemiler Üzerinde İpotek", s. 68.

⁹¹ Bildirim, hukuki sonuç doğurabilmesi için, sigorta sözleşmesinden cayılmadan veya sözleşme feshedilmeden önce yapılmalıdır.

ipoteğinin, ipotekli alacaklı dışında, gemi maliki, sigorta ettiren veya üçüncü bir kişi tarafından yapılmasının bir önemi olmamalıdır⁹².

b) Primin Ödenmemesi

Gemi ipoteği alacaklısına karşı sigorta tazminatı ödeme borcundan kurtulmak isteyen sigortacı, “primin zamanında ödenmediğini” gecikmeksizin ipotekli alacaklıya bildirmelidir. Bilindiği gibi sigorta hukuku anlamında primin ödenmemesi; primin hiç ödenmemesi veya izleyen primlerden birisinin ödenmemesi olarak iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Sigortacı, ipotekli alacaklıya karşı tazminat ödeme borcundan kurtulabilmek için, her iki durumda da primin ödenmediğini gemi ipoteği alacaklısına bildirmek zorunda mıdır? Bu anlamda öncelikle TTK’nın 1024(1) maddesinde kullanılan “*primin zamanında ödenmemesi*” ibaresinden neyin anlaşılması gerektiği tartışılmalıdır⁹³.

TTK’nın 1024(1) maddesinde “primin zamanında ödenmemesi” ibaresinin arkasına “*ve bu yüzden sigorta ettirene bir ödeme süresi belirlenmesi durumunda*” ifadesi eklenmiştir. Sigortacının, prim ödenmemesi nedeniyle sigorta ettirene bir süre vermesi sadece fesih hakkını kullanabilmesi için zorunludur. Cayma hakkını kullanabilmesi için sigortacının böyle bir süre verme yükümlülüğü olmadığından, “primin zamanında ödenmemesi” ibaresinden sadece izleyen primlerin ödenmemesi anlaşılmalıdır. Bu itibarla sigortacı, primin hiç ödenmediğini, dolayısıyla sorumluluğunun başlamadığını gemi ipoteği alacaklısına bildirimde bulunmakla yükümlü olmamalıdır⁹⁴. Bununla birlikte sigortacı,

⁹² Zira sigortacının, maddede düzenlenen bildirim yükümlülüklerinden, bildirim bizzat gemi ipoteği alacaklısı tarafından yapılmadığı gerekçesiyle kurtulması hem TTK’nın ruhuna hem de hakkaniyete aykırı olacaktır.

⁹³ Yukarıda geniş olarak açıklanmaya çalışıldığı gibi primin hiç ödenmemesi veya taksitlendirilmişse ilk taksitin ödenmemesi durumunda sigortacı üç ay içinde sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Sigortacı üç ay içinde sözleşmeden caydığını sigorta ettirene bildirebilir. Sigortacının herhangi bir bildirimde bulunmaması durumunda ise –üç ay içinde prim alacağını dava veya takip yoluyla istenmemiş olması hâlinde- bu süre sonunda sözleşmeden cayılmış sayıldığı kabul edilmektedir. İzleyen primlerden birisinin zamanında ödenmesi durumunda ise sigortacı isterse sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Bunun için sigortacının, sigorta ettirene, on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini, aksi hâlde, süre sonunda, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar etmesi gerekmektedir.

⁹⁴ Aynı önde bkz. *Atamer*, Gemi ve Uçak İpoteğinin, s. 372; *Atamer*, “Gemiler Üzerinde İpotek”, s. 84. Bununla birlikte yazar, TTK’nın 1456(6) maddesinde sigortacının, istem üzerine, sınırlı aynı hak sahibine sigorta koruması ve bedeli hakkında bilgi verir hükmü

hem cayma hem de fesih durumunda, sözleşmenin sona erdiğini gecikmeksizin gemi ipoteği alacaklısına bildirmek zorundadır⁹⁵.

Sigorta primlerinin sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresinde ödeniyor olması durumunda, sigortacının, gemi ipoteği alacaklısına karşı da sorumluluktan kurtulabilmesi için sadece primlerin ödenmemiş olması yeterli değildir. Aynı zamanda sigortacı, sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresinde, primin ödenmesini talep etmiş olmalıdır⁹⁶. Aksi takdirde, sigorta ettiren temerrüde düşmüş olmayacağından, sözleşmenin feshi de istenemeyecektir.

c) Sigorta Ettirene Ödeme Süresi Verilmesi

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği gibi sigortacının, izleyen primlerin ödenmemesi nedeniyle sigorta sözleşmesini feshedebilmesi için sigorta ettirene on günlük bir ödeme süre vermelidir⁹⁷. On günlük bu süre asgari bir süredir. Sözleşme; sigortacı daha kısa süre vermişse onuncu günün sonunda, daha uzun bir süre belirlemişse bu sürenin sonunda ikinci bir ihtar gerek kalmaksızın feshedilmiş sayılır.

d) Gemi İpoteği Alacaklısına Bildirim

Primin ödenmemesi nedeniyle sigorta ettirene ödeme süresi belirleyen sigortacı, gemi ipoteği alacaklısına karşı da tazminat ödeme borcundan kurtulabilmesi için, durumu gecikmeksizin gemi ipoteği alacaklısına bildirmek zorundadır⁹⁸. Bildirimin, ipotek alacaklısının

uyarınca, ipotekli alacaklının yapacağı ipotek bildirimini üzerine sigortacının, üç aylık cayma süresinin işlemekte olduğunu açıklaması gerektiğini belirtmektedir. Ancak TTK'nın 1456(6) maddesinde sigortacının bilgi verme yükümlülüğü, sigorta koruması ve miktarı ile sınırlı olarak ancak sınırlı aynı hak sahibinin istemi üzerine doğmaktadır. Bu anlamda sigortacının bildirim yükümlülüğünün doğması için gemi ipoteği alacaklısının sadece ipoteği bildirmesi yeterli değildir. Aynı zamanda sigortacıdan, sigorta koruması hakkında bilgi istemiş olması da gereklidir.

⁹⁵ TTK'nın 1024(1) maddesinin son cümlesinde sadece "... sürenin sonunda sigorta sözleşmesinin feshedilmesinde de aynı hük(mün) geçerli..." olduğu düzenlenmiş olsa da buradaki fesih geniş yorumlanmalıdır. Bu itibarla sigorta sözleşmesinin dışında olan ipotek alacaklısının primlerin zamanında ödenip ödenmediğini bilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, cayma durumunda da sözleşmeden cayılmış sayıldığı gemi ipoteği alacaklısına bildirilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu bildirim yapmayan sigortacı, kusuru oranında, ipotekli alacaklının zararını tazminle yükümlü olmalıdır.

⁹⁶ Bkz. TTK m. 1431(1).

⁹⁷ TTK m. 1434(3).

⁹⁸ TTK m. 1024(1). Ülgener, maddede sigortacıya; primlerin zamanında ödenmemesi sebebiyle sigorta ettirene bir ödeme süresi verilmişse bu durumun bildirilmesi ve

bildirilen son adresine yapılması⁹⁹ ve fiili hâkimiyetine ulaşması yeterlidir.

TTK'nın 1024(3) maddesinde bildirim şekli ve içeriğinin nasıl olacağı düzenlenmemiştir. TTK'nın 1434(3) maddesi kıyasen uygulanarak gemi ipoteği alacaklısına yapılacak bildirim de noter veya taahhütlü mektupla yapılması, ayrıca verilen süre içinde primin ödenmemesi durumunda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı da ihtar edilmeli midir?

TTK'nın 1434(3) maddesinde bildirim şekliyle ilgili düzenleme istisnai bir hükümdür. İstisnaların dar yorumlanması ilkesi¹⁰⁰ gereği, maddedeki şekil şartının sadece sigorta ettiren için zorunlu olduğu, gemi ipoteği alacaklısına karşı bildirim her türlü şekilde yapılabileceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte TTK'nın 1024(1) maddesi gereği ipotek alacaklısına yapılacak bildirimde; primlerin zamanında ödenmediği, verilen süre içinde prim borcunun yerine getirilmesi, aksi hâlde, süre sonunda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı da belirtilmesi zorunlu olmalıdır. Dolayısıyla sigortacının, gemi ipoteği alacaklısına sadece primlerin zamanında ödenmediğini bildirmesi sorumluluktan kurtulması için yeterli değildir.

Bildirim yükümlülüğü sadece gemi ipoteği alacaklısına karşı tazminat ödeme borcundan kurtulabilmek için zorunludur. Primlerin ödenmemesi nedeniyle sigorta sözleşmesinin feshedilmiş sayılması için durumun gemi ipoteği alacaklısına bildirilmiş olması gerekli değildir. Dolayısıyla sigortacı, ipotekli alacaklıya olan bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olsa da; primin ödenmemesi nedeniyle sözleşmenin feshi, durumdan haberdar olmayan gemi ipoteği alacaklısına karşı da hüküm ifade eder. Diğer bir ifadeyle; sigorta priminin süresi içinde ödenmediği gerekçesiyle sigorta ettirene karşı için borcundan kurtulan sigortacı, sigorta tazminatı bakımından ipotekli alacaklıya karşı da borcundan kurtulmuş olur¹⁰¹. Zira TTK'nın 1024(2) maddesinde sigorta

primlerin belirlenen süre içerisinde ödenmemesi durumunda sözleşme feshedilmişse sözleşmenin feshinin bildiri şekline iki yükümlülük getirildiğini belirtmektedir. *Ülgener, M. F.:* “Gemi İpoteği Alacaklısının Sigortalananabilir Menfaati”, *Sigorta Hukuku Dergisi*, 1999, C. IV, S. 1, s. 43.

⁹⁹ *Akıncı*, s. 104.

¹⁰⁰ İstisnaların dar yorumlanması hakkında özellikle bkz. *Yongalık, A.:* “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, C. LX, S. 1, s. 1-15.

¹⁰¹ *Kalpşüz*, s. 113; *Akıncı*, s. 104.

sözleşmesinin süresinden önce sona ermesini gerektiren sebeplerin ipotekli alacaklı için ancak durumun kendisine ihbarı veya herhangi bir şekilde öğrenmesinden iki hafta sonra hüküm ifade edeceği kuralı, sigorta sözleşmesinin primlerin zamanında ödenmemesi nedeniyle feshedilmesinde uygulanma alanı bulmaz¹⁰². Bununla birlikte bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen sigortacı, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tazminat ödeme borcundan kurtulsa da gemi ipoteki alacaklısına karşı haksız fiil hükümleri (TBK m. 49) uyarınca sorumlu olmaya devam eder. Bildirimin yapılmamış olması kusurlu bir davranış olacağından, ipotek alacaklısının, zararını ve kendisine bildirimin yapılmamış olduğunu ispatlaması yeterlidir. Sigortacı ise ipotek alacaklısının primlerin zamanında ödenmediği ve bu nedenle sigorta ettirene süre verilmiş olduğunu kesin olarak bildiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmelidir¹⁰³.

e) Verilen Süre İçinde Primin Ödenmemesi

TTK'nın 1434(3) gereği izleyen primlerin ödenmemesi nedeniyle sözleşmenin feshedilebilmesinin diğer bir şartı da sigortacının, en az on günlük bir süre vererek primlerin ödenmesini istemiş olmasıdır. Sigorta sözleşmesi, ancak verilen bu süre içerisinde primlerin ödenmemesi durumunda, artık ikinci bir ihtara gerek kalmaksızın feshedilmiş olur.

İpotek alacaklısı, sigorta ettireni beklemeden, verilen süre içerisinde primleri ödeyerek sigorta sözleşmesini ayakta tutma imkânına sahiptir¹⁰⁴. Bununla birlikte sigortacının, gemi ipoteki alacaklısı tarafından yapılan primi ödeme teklifini kabul etmekle yükümlü olup olmadığı ve kabul etmesi durumunda izleyen primlerin nerede ödeneceği konusu açık değildir. Bu nedenle konu ayrıca tartışılmalıdır.

aa) Primlerin Ödeme Yeri

TTK'nın 1432. maddesi uyarınca sigorta primi, kural olarak, sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresinde ödenir¹⁰⁵. Dolayısıyla primlerin

¹⁰² Bkz. TTK m. 1024(3).

¹⁰³ Gemi ipoteki alacaklısının bildirilmesinde olduğu gibi sigortacı, gemi ipoteki alacaklısının durumu bildiğini kesin olarak ispatlamalı, bilmesi gerektiğini ispatlayarak bildirim yükümlülüğünden kurtulamamalıdır.

¹⁰⁴ Bu şekilde gemi ipoteki alacaklısı tarafından ödenen primler de gemi ipoteki kapsamına dahil olur. TTK m. 1022(2).

¹⁰⁵ Bu emredici bir kural olmayıp taraflar başka bir ödeme yeri kararlaştırabilirler. Ancak sözleşmede başka bir ödeme yeri gösterilmiş olmasına rağmen, sigorta primi fiilen

ödenmemesinden doğan haklarını kullanmak isteyen sigortacı; primlerin ödenmesi için bir ifa yeri kararlaştırılmışsa kararlaştırılan adreste, kararlaştırılmamışsa sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresinde primlerin ödenmesini istemiş olmalıdır. Aynı şekilde verilen süre içinde sigorta ettirenin ödeme yapacağını bildirmesi durumunda da sigortacı, ifa yerine giderek prim alacağını tahsil etmelidir. Aksi halde sigortacının temerrüdü gerçekleşeceğinden, sigorta sözleşmesinin feshedilmesi söz konusu olmayacaktır.

Muaccel primlerin gemi ipoteği alacaklısı tarafından ödenmesi, borcun üçüncü kişi tarafından ifasıdır. Bu nedenle ifa yeri, aksi kararlaştırılmadıkça, sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresi olmalıdır. Sigortacı, ipotekli alacaklı tarafından ödenecek primlerin kendi yerleşim yerinde ödenmesini isteyemez. Dolayısıyla ipotekli alacaklının sigorta primini ödeyeceğini sigortacıya ihbar etmesi durumunda sigortacı, ifa yerine giderek prim alacağını tahsil etmekle yükümlüdür. Aksi halde sigortacı temerrüde düşeceği gibi süre sonunda sigorta sözleşmesi ipotekli alacaklıya karşı da feshedilmiş sayılmaz.

bb) Sigortacının Prim Ödemesini Kabul Etme Yükümlülüğü

Bilindiği gibi TBK'nın 83. maddesi gereği borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığından, kural olarak, üçüncü kişilerin, borçlunun bilgi ve iradesi olmaksızın, onun borcunu ifa etmesinin önünde hukuki bir engel yoktur¹⁰⁶. Bununla birlikte borçlunun, üçüncü kişi tarafından borcunun ifa edilmesine kesin olarak karşı çıkması durumunda alacaklının ifayı kabul etmekle yükümlü olup olmadığı hususu açık değildir. Doktrinde ağırlıklı görüş borçlunun, üçüncü kişinin ifasına açık şekilde itiraz etmesi durumunda, alacaklının ifayı reddetmesi durumunda temerrüde düşmeyeceği, ancak üçüncü kişinin, borcun ifasında doğrudan doğruya bir menfaatinin bulunması durumunda, alacaklının veya borçlunun karşı çıkmasına rağmen, borcu ifa edebileceği aksi halde ifayı reddeden alacaklının üçüncü kişinin bundan doğan

sigorta ettirenin gösterdiği adreste ödene gelmekte ise, bu ödeme yerine ilişkin taraflar arasındaki bu söz konusu şart yok sayılır. Bkz. TTK m. 1432 (ikinci cümle).

¹⁰⁶ Üçüncü kişi tarafından ifa, borçluyu, onayı hatta bu yönde iradesi olmasa da borçtan kurtarır. Bkz. *Eren*, s. 927; *Von Tuhr*, s. 486.

zararlarına katlanacağıdır¹⁰⁷. Diğer görüş ise borcun, üçüncü kişi tarafından ifasının ancak borçlunun iradesiyle mümkün olduğu, alacaklının, borçlunun iradesi dışında üçüncü kişi tarafından yapılan ifayı reddetmesi gerektiği yönündedir¹⁰⁸.

Bir para borcu olan sigorta priminin bizzat sigorta ettiren tarafından ifa edilmesinde sigortacının bir menfaatinin olmadığı açıktır¹⁰⁹. Dolayısıyla sigortacı, kural olarak, gemi ipoteği alacaklısı tarafından yapılan prim ödemesini reddedememelidir¹¹⁰. Hatta sigortacı, sigorta ettirenin açık şekilde karşı çıkması durumunda da ipotekli alacaklı tarafından yapılacak prim ödemesini kabul etmek zorundadır. Zira TTK'nın 1029. maddesi gereği sigortacı, muaccel olan sigorta primlerini ve sigorta sözleşmesi gereğince ona yapılması gereken diğer ödemeleri kanunen reddedebileceği durumlarda bile, bunları sigortalıdan ve ipotekli alacaklıdan kabul etmekle yükümlüdür¹¹¹. Aksi halde temerrüde düşer. Ancak sigortacının, primleri kabul etme yükümlülüğü, sigorta ettirene vermiş olduğu süre ile sınırlıdır.

C) Sorumluluktan Kurtulmanın Sonuçları

Sigortacının prim ödenmemesi nedeniyle gemi ipoteği alacaklısına karşı da sorumluluktan kurtulması durumunda sigorta sözleşmesi, sigorta ettiren yanında ipotekli alacaklıya karşı da sona ermiş olur. Buradaki sona erme sözleşmenin feshi hükmündedir. Dolayısıyla sigortacı, fesih tarihine

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Eren*, s. 928; *Oğuzman*, K. / *Öz*, T.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, B. 11, İstanbul 2013, s. 263; *Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop*, s. 769.

¹⁰⁸ *Kılıçoğlu*, *Borçlar Hukuku*, s. 547. Yazar, aksi halde alacaklının borca aykırı davranmış olacağını ve sonuçlarına katlanacağını belirtmektedir.

¹⁰⁹ *Kayıhan*, s. 147; *Ayli*, s. 52.

¹¹⁰ *Şenocak*, K.: *Mesleki Sorumluluk*, s. 206. Hatta Yazar, sigortacının, üçüncü kişi tarafından yapılan ödeme teklifini, sigorta ettiren itiraz etse dahi, reddedemeyeceğini belirtmektedir.

¹¹¹ Akıncı, TTK'nın 1029. maddesinin (1956 tarihli eski TTK m. 906) kaynağını oluşturan Alman İnşa Halindeki Gemiler Hakkında Kanun'un 38(1) maddesinin vaz edilmesinin sebebinin Alman Medeni Kanunu'nun 267(2) maddesinde hükme bağlanan borçlunun itiraz etmesi durumunda alacaklının üçüncü kişinin ifasını reddedebileceği hükmünü bertaraf edilmesi olduğunu belirtmektedir. *Akıncı*, s. 102.

TBK'da Alman Medeni Kanun'un 267(2) maddesine benzer bir hüküm olmasa da Kanun Koyucu, muaccel olan sigorta primlerini, kanunen reddedebileceği durumlarda bile ipotekli alacaklıdan kabul edeceğini düzenleyerek yaşanması muhtemel tereddütlerin önüne geçmiştir. Böylece ipotekli alacaklıya kendisini bizzat koruma imkanı bahsetmiştir. Bu konu ve eleştiriler için ayrıca bkz. *Kalpsüz*, s. 113.

kadarki döneme ait primlere hak kazanır. Ancak gemi ipoteği alacaklısı sigorta sözleşmesinin tarafı olmadığından sigortacı, fesih anına kadar muaccel olan primlerin ödenmesini gemi ipoteği alacaklısından isteyemez. Ayrıca fesih anından itibaren ipotekli alacaklı, sigorta primini ödeyerek sigorta sözleşmesini ayakta tutma imkânını da kaybeder.

Sorumluluktan kurtulmanın diğer en önemli ve doğal sonucu ise sigortacının, bu andan itibaren gerçekleşen rizikolardan dolayı sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkmasıdır. Sigortacı, tazminat ödeme yükümlülüğü olmamasına rağmen her nasılsa ödemiş olduğu sigorta tazminatını, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteme hakkına sahiptir¹¹². Bu kapsamda sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğünün olmadığını bilmesine rağmen gemi ipoteği alacaklısına ödeme yapan sigortacının, sigortalının haklarına halef olup olamayacağı ayrıca tartışılmalıdır.

Bilindiği gibi TTK'nın 1472(1) maddesi¹¹³ uyarınca sigorta tazminatını ödeyen sigortacı, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı sahip olduğu dava hakkı, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Ayrıca sigortacı, sorumlulara karşı başlatılan dava veya icra takibini, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin kaldığı yerden devam ettirebilir. Sigortacı bu haklara, sigortalı ile bu sonuca yönelik herhangi bir hukuki işleme ihtiyaç olmaksızın¹¹⁴, kanun gereği sahip olmakla birlikte; hukuken geçerli bir sigorta sözleşmesinin varlığı, sigortalının üçüncü kişiye karşı tazminat hakkına sahip olması ve sigorta tazminatının ödenmiş olması gereklidir¹¹⁵.

Sigorta priminin ödenmemesi nedeniyle ipotekli alacaklıya karşı tazminat ödeme borcundan kurtulması durumunda, hukuken geçerli bir sigorta sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyeceğinden, sigortacı, artık

¹¹² *Omağ*, M.K.: *Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti*, B. 2, İstanbul 2011, s. 73.

¹¹³ 1956 tarihli TTK m. 1301.

¹¹⁴ *Omağ*, s. 70; *Bilge*, M. E.: "Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması", *Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, C. I, İstanbul 2001, s. 75.

¹¹⁵ *Çeker*, s. 173; *Bilge*, s. 70; *Arğılılı*, İ.: "Sigorta Hukukunda Halefiyet", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2013, C. LXXXVII, S. 3, s. 83.

halefiyet ilkesi uyarınca hukuken sigortalının yerine geçemez¹¹⁶. Yargıtay'ın, halefiyet şartlarının gerçekleşmemesine rağmen sigortalısına ödeme yapan sigortacının, alacağın temlik hükümlerine göre dava hakkına sahip olduğu görüşü¹¹⁷ de burada uygulama imkânı bulamaz. Zira sigorta sözleşmesinin sona ermesiyle sigorta tazminatı da kendiliğinden gemi ipoteğinin kapsamından çıkar. Bu nedenle ipotekli alacaklıya yapılan ödemeye karşılık yapılacak olan bu temlik sadece ipotekli alacaklının mevcut tazminat alacağı olabilir. Dolayısıyla tazminat ödeme borcundan kurtulmasına rağmen ödeme yapan sigortacı; sigortalının değil, mevcut olması şartıyla belki sadece ipotekli alacaklının alacağını temlik etmiş olacaktır¹¹⁸.

¹¹⁶ Kılıçoğlu, A.: “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1974, C. XXXI, S. 1-4, s. 413.

¹¹⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.03.1999 tarihli kararında (E. 1999/357, K. 1999/2407), “Sigortacının açtığı rücu davasında Türk Ticaret Kanununda anılan halefiyet şartları gerçekleşmemiş olup da, sigortacı ödeme yaptığı sigortalısından zarar sorumlusuna karşı olan dava hakkını temlik yoluyla almışsa, davacı Türk Ticaret Kanunu hükmüne göre değil, Borçlar Kanunu maddelerinde düzenlenmiş bulunan alacağın temlik hükümlerine göre dava açabileceği(ne)” hükmetmiştir. Yargıtay sonraki uyuşmazlıklarda da aynı yönde kararlar vermiştir. Bkz. 11. HD, 27.04.2006, E. 2005/4599, K. 2006/4745; 11. HD, 26.02.2007, E. 2006/265, K. 2007/3448. (www.kazanci.com; Lale / Akgül, s. 415).

¹¹⁸ TTK'nın 1028. maddesinde sigortacının; sigorta sözleşmesinin herhangi bir sebeple süresinden önce sona ermesi veya sigorta ettiren ya da sigortalının fiili yüzünden tazminat ödeme borcundan tamamen yahut sigorta bedelini azaltan veya sigortacının sorumlu olduğu tehlikenin kapsamını daraltan bir anlaşma nedeniyle kısmen kurtulmasına rağmen ipotekli alacaklıya ödeme yapmak zorunda kalması durumunda, ödediği oranda, ipotekli alacaklının haklarına halef olacağı hükme bağlanmaktadır. Buradaki halefiyet, kanundan doğan ve sigortacının halefiyetini düzenleyen TTK'nın 1472. maddesinin özel bir uygulamasıdır. Bununla birlikte TTK'nın 1028. maddesinin uygulanabilmesi için sigortacının, sigortalıya karşı sigorta tazminatı ödeme borcundan kurtulmasına rağmen ipotekli alacaklıya karşı sorumluluğunun devam ediyor olması gereklidir. İpotekli alacaklıya karşı da sorumluluktan kurtulmasına rağmen ipotekli alacaklıya ödeme yapan sigortacı, artık ipotekli alacaklının haklarına halef olamayacaktır. Ayrıntıya fazla girilmemekle birlikte, şartların mevcut olması durumunda belki, sadece alacağın temlikinden bahsedilebilir.

SONUÇ

Sigorta sözleşmesinin taraflarından sigorta ettirenin asli edim yükümlülüğünün sigorta primi ödeme borcu olması nedeniyle gerek Sigorta Hukuku gerek Deniz Ticareti Hukuku'nda primin ödenmesine özel sonuçlar bağlanmıştır. Primin tamamı veya taksitlendirilmişse ilk taksit ödenmedikçe sigortacının sorumluluğu başlamadığı gibi sigortacıya da sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. İzleyen primlerin zamanında ödenmemesi durumunda ise sigortacı isterse sözleşmeyi feshedebilmekte ve bu durumda gemi ipoteği alacaklısına karşı da sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, gemi ipoteğini sigortacıya bildiren ipotekli alacaklıya, primleri ödeyerek sigorta sözleşmesini ayakta tutma imkânı vermiştir. Bu anlamda özellikle geminin zıyı veya hasarı durumunda sigorta tazminatından mahrum olmak istemeyen gemi ipoteği alacaklısının, gemi ipoteğini sigortacıya bildirmesi büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte bu bildirim yapılmamış olsa da sigortacı, riziko gerçekleştiğinde gemi üzerinde ipotek olup olmadığını araştırmak zorundadır. Dolayısıyla sigortalıya ödemeye yapan sigortacı, gemi üzerinde ipotek olduğunu bilmediğini ileri sürerek gemi ipoteği alacaklısına karşı sorumluluktan kurtulamaz.

TTK'da gemi ipoteği alacaklısı tarafından sigortacıya ve sigortacı tarafından gemi ipoteği alacaklısına karşı yapılacak bildirimler için herhangi bir şekil öngörülmemiştir. İspat hukuku açısından bu bildirimlerin noter veya taahhütlü mektupla yapılması uygulamada yaşanacak uyuşmazlıkları azaltacaktır.

Primlerin ödenmemesi nedeniyle sigortacının, gemi ipoteği alacaklısına karşı bildirim yükümlülüğü sadece izleyen taksitlerden birinin ödenmemesi durumunda ortaya çıkar. Primin tamamı veya taksitlendirilmişse ilk taksitinin ödenmemesi durumunda sigortacının cayma hakkını kullanması veya sözleşmeden cayılmış sayılması durumunda böyle bir yükümlülük mevcut değildir. Dolayısıyla ipotekli alacaklının, sigortacıdan, sigorta sözleşmesinin kapsam ve şartları ile bedeli hakkında istemde bulunması büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Arıncı, S.:* Türk Hukukunda Gemi İpoteği, Ankara 1958, s. 99.
- Akalp Demirtabak, D.:* “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 9.2.2005 Tarihli Kararının İncelenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2008, C. LXVI, S. 1, s. 325-335.
- Alpöğünç, E.:* “Gemi İpoteği Kavramı ve Gemi İpoteği ile Sigorta Tazminatı Arasındaki İlişki Konusunda Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, 1986, C. LXXVII, S. 2, s. 15-33.
- Altay, S. / Eskiocak, A.:* Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul 2007.
- Anık, G.:* “Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, C. 59, s. 214-235.
- Aral, İ.:* “Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2007, C. XIII, S. 3-4, s. 117-144.
- Aral Eldeleklioğlu, İ.:* “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2012, C. XI, S. 22, s. 203- 222.
- Arğıllı, İ.:* “Sigorta Hukukunda Halefiyet”, İstanbul Barosu Dergisi, 2013, C. LXXXVII, S. 3, s. 81-92.
- Arseven, H.:* Sigorta Hukuku, B. 2, İstanbul 1991,
- Atamer, K.:* Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri, İstanbul 2012, s. 340 (Gemi ve Uçak İpoteğinin).
- Atamer, K.:* “Gemi İpoteği Hükümlerinin Yasama Tarihesi, Kaynakları ve Bazı Uyum Sorunları”, Rona Serozan’a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 249-313.
- Atamer, K.:* “Yeni Türk Hukuku Uyarınca, Gemiler Üzerinde İpotek, İntifa, Kira ve Finansal Kira

- Hâllerinde Sigorta İlişkileri”, [Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Deniz Sigortaları Bildiriler Kitabı, Deniz Hukuku Derneği – Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını, İstanbul 2012], s. 49-96 (“Gemiler Üzerinde İpotek”).
- Ayli, A.:* Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu, İstanbul 2003.
- Bilge, M. E.:* “Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması”, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2001, s. 67-83.
- Bozer, A.:* Sigorta Hukuku, Ankara 2004.
- Can, M.:* Türk Özel Sigorta Hukuku, B. 3, Ankara 2009.
- Can, M.:* Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, Ankara 2012, s. 33 (Sigorta Sözleşmesinin Tabi).
- Cebe, M. S.:* Mal Sigortaları Hukuku, Ankara 2010.
- Çağa, T.:* Deniz Ticareti Hukuku, C. I, İstanbul 2004.
- Çeker, M.:* Sigorta Hukuku, B. 8, Adana 2013.
- Dinçment, N.:* “Munzam Zarar Kavramı ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Munzam Zarara İlişkin Bazı Yeni Kararları”, Sigorta Hukuku Dergisi, 2003, C. VIII, S. 1, s. 125-180.
- Doğanay, İ.:* Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Ankara 1979.
- Eren, F.:* Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 15, Ankara 2013.
- Göknil, M. N.:* Deniz Ticareti Hukuku, Ankara 1935.
- Hill, C.:* Maritime Law, B. 6, Londra 2003.
- İstanbullu, A.:* “Taşınmaz Rehni ve Gemi İpoteki”, Deniz Hukuku Dergisi, 2001-2002, C. VI-VII, S. 1-4, s. 145-172.
- Kalpsüz, T.:* Gemi Rehni, B. 5, Ankara 2004.
- Kaner, İ.:* Deniz Ticareti Hukuku, B. 3, İstanbul 2013.
- Karahasan, M. R.:* Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C. II, İstanbul 2007.

- Kayıhan, Ş.:* Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu, Ankara 2004.
- Kender, R.:* Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, B. 12, İstanbul 2013 (Sigorta Hukuku).
- Kender, R.:* “Police Verme Yükümlülüğüne Aykırılıktan Doğan Hukuki Sonuçlar”, Sigorta Hukuku Dergisi, 1997, C. II, S. 1, s. 7-14 (“Police Verme Yükümlülüğü”).
- Kender, R.:* “Zarar Sigortalarında Prim Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1996, C. X, S. 1-2, s. 753-767.
- Keskin, D.:* “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. XI, S. 1-2, s. 209-231.
- Kılıçoğlu, A.:* Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 15, Ankara 2012, s. 675.
- Kılıçoğlu, A.:* “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1974, C. XXXI, S. 1-4, s. 395-446.
- Kubilay, H.:* Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003
- Lale, M. / Akgül, İ.:* Sigorta Hukuku, C. I, B. 2, Ankara 2011.
- Light Algantürk, D.:* “Sigorta Sözleşmesi Süresi İçinde Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2012, C. XI, S. 22, s. 1-8
- Oğuzman, K. / Öz, T.:* Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B. 11, İstanbul 2013.
- Oğuzman, K. / Seliçi, Ö. / Oktay - Özdemir, S.:* Eşya Hukuku, B. 15, İstanbul 2012.
- Okay, S.:* Deniz Ticareti Hukuku, C. I, B. 3, İstanbul 1970.
- Oktay, S.:* “537 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin İptalinden Sonra Ortaya Çıkan Durum”, Sigorta Hukuku Dergisi, 1999, C. IV, S. 1, s. 19-26.
- Omağ, M.K.:* Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, B. 2, İstanbul 2011.

- Rydenfelt, M.: Insurance in Ship Finance, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lund Üniversitesi.
- Seliçi, Ö.: “Kesin Vadeli İşlemler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1968, C. II, S. 3, s. 92-107.
- Serozan, R.: Sözleşmeden Dönme, B. 2, İstanbul 2007.
- Seven, V.: “Sigorta Priminin Rizikonun Gerçekleşmesinden Sonra Tahsil Edilmesinin Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. XI, Özel Sayı, s. 1267-1278.
- Sözer, B.: Deniz Ticareti Hukuku, C. I, İstanbul 2013.
- Şeker, Z.: “Sigorta Ettirenin Taksitlendirilmiş Primi Ödeme Borcunda Temerrüde Düşmesinin Sonuçları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Kemal Oğuzman’a Armağan), 2002, C. I, S. 1, s. 653-660.
- Şenocak, K.: Hukuki Himaye Sigortası, Ankara 1993.
- Şenocak, K.: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000 (Mesleki Sorumluluk).
- Sözer, B.: Deniz Ticareti Hukuku, C. I, İstanbul 2013.
- Tekinay, S. / Akman, S. / Burcuoğlu, H. / Altop, H.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993.
- Tunçomağ, K.: Borçlar Hukuku, C. I, B. 4, İstanbul 1969.
- Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 438, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2014).
- Ülgener, M. F.: “Gemi İpoteği Alacaklısının Sigortalabilir Menfaati”, Sigorta Hukuku Dergisi, 1999, C. IV, S. 1, s. 37-49.
- Von Tuhr, A. (çev. Edege, C.): Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I ve II, Ankara 1983.
- Yongalık, A.: “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C. LX, S. 1, s. 1-15.

TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI KORUMA BAŞVURUSUNDA BULUNAN VEYA ULUSLARARASI KORUMADAN YARARLANAN YABANCILARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Yrd. Doç. Dr. Neşe Baran Çelik*

ÖZET

Türk hukukunda, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) yürürlüğe girinceye kadar, uluslararası koruma ile ilgili hususları düzenleyen temel bir kanun bulunmamakta ve insan haklarını, millî güvenliği ve uluslararası ilişkileri doğrudan etkileyen bu son derece önemli konu uygulamada çoğunlukla idarî düzenlemeler aracılığıyla yürütülmeye çalışılmaktaydı. YUKK, uluslararası korumanın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemesi yanında, hem uluslararası koruma başvurusunda bulunan hem de uluslararası korumadan yararlanan yabancıların hak ve yükümlülüklerini de belirlemiştir.

Anahtar Kelimeler: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, uluslararası korumadan yararlananlar, hak ve yükümlülükler, geçici koruma.

THE RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE FOREIGNERS WHO ARE APPLICANTS OR BENEFICIARIES OF INTERNATIONAL PROTECTION IN TURKISH LAW

ABSTRACT

Until the Law On Foreigners and International Protection (LFIP) came into force, there was no fundamental code in Turkish law regulating the relevant issues regarding international protection; and this significant subject which directly affects human rights, national security and international relations had been regulated mostly by administrative regulations. Beside

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD

regulating the principles and procedures with regard to international protection, LFIP also determines the rights and obligations for both international protection of applicants and other beneficiaries.

Keywords: Law On Foreigners and International Protection, international protection beneficiaries, rights and obligations, temporary protection.

Giriş

Bir devletin yabancılara ülkesinde sığınma hakkı tanıyıp tanımadığı ve devletin uluslararası yükümlülükleri ve ulusal mevzuatı çerçevesinde değerlendirilir¹. Türk hukuku bakımından bu yükümlülük, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi² ve eki olan 1967 Protokolü³ ile kabul edilmiştir. Ayrıca yine Türkiye'nin taraf olduğu⁴ 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi⁵ de herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı olduğunu kabul etmektedir(m.14/1). Ulusal mevzuat bakımından ise YUKK⁶ yürürlüğe girene kadar, genel olarak iltica ve sığınma alanını düzenleyen kanun düzeyinde temel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu nedenle, 1994'ten itibaren kısaca İltica Yönetmeliği⁷ olarak anılan 'Türkiye'ye İltica eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile İltica ve Göç Mevzuatı Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'⁸ ile

¹PAZARCI, H.: Uluslararası Hukuk, Ankara:Turhan Kitabevi, 2010, s.215.

²Türkiye, Sözleşmeyi 24.08.1951'de imzalamış; 29.08.1961 tarihinde onaylamıştır. Sözleşmenin onaylanmasına dair 359 sayılı onay Kanununun kabul tarihi: RG 05.10.1961/10898.

³RG 05.08.1968/12968.

⁴RG 27.05.1949/7217.

⁵Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10.12.1948 tarihli ve 217/A (III) sayılı kararı ile ilan edilen Beyannamenin Türkçe metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (Erişim tarihi 29.01.2015).

⁶RG 11.04.2014/28615.

⁷RG 30.11.1994/22127.

⁸İltica Yönetmeliği, YUKK yürürlüğe girdikten sonra da kısa bir süre yürürlükte kalmış ancak Geçici Koruma Yönetmeliği ile 12.10.2014 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

düzenlenen konu daha çok İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan genelge ve talimatlarla yürütülmekteydi. Belirtilen bu eksiklik dışında, mevcut düzenlemelerin güncel sorunlar karşısında yetersiz kalması; Türkiye’de, münhasıran göç alanında uzmanlaşmış sağlam bir maddî alt yapıyla donanmış, bu alanda görev yapacak yetkin bir kurumsal yapılanmaya ihtiyaç duyulması⁹ ve de Türkiye’nin uluslararası koruma sistemi ve uygulamalarının Avrupa Birliği müktesebatıyla uyumlu hâle getirilmesi¹⁰ de bu alanda bir Kanunun gerekliliğini ortaya koymaktaydı¹¹. Belirtilen gerekçelerle hazırlanan YUKK, gerek göç gerekse de iltica alanındaki eksiklikler ve ihtiyaçlar gözetilerek hazırlanmış olan çağdaş ve kapsamlı bir yasadır. Kanunun gerekçesinde de ifade edildiği üzere, uluslararası koruma başvurusunun şartları ve prosedürü, başvurunun incelenme kriterleri, incelemede dikkat edilecek usûller, karar ve itiraz aşamaları, uluslararası koruma statüsünün sona ermesi ve iptali, uluslararası koruma başvuru sahipleri ile uluslararası koruma statüsü sahiplerinin hak ve yükümlülükleri düzenlenerek, bir uluslararası koruma başvurusunun muhtemel tüm

⁹ Bu bağlamda YUKK, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (m.124) ile Göç Politikaları Kurulunu (m.105) oluşturmuştur. YUKK’tan önce, Türk hukukunda iltica ve sığınma prosedüründe görev ve sorumluluklar farklı birimler tarafından paylaşılmış olup iltica ve sığınma başvuruları ile ilgili işlemler yerel düzeyde valilikler bünyesinde il emniyet müdürlüklerine bağlı yabancılar şubeleri tarafından yürütülürken, merkezdeki işlemler ise İçişleri Bakanlığı bünyesinde Emniyet Genel Müdürlüğü’ne bağlı Yabancılar Hudut İltica Daire Başkanlığı tarafından yerine getirilmekteydi. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİÇEKLİ, B.: “Mülteci, Sığınmacı ve Göçmenler: Sınıflandırma ve Yasal Statünün Belirlenmesine İlişkin Sorunlar, Vatandaşlık Göç ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler”, Uluslararası Sempozyum Bildirileri, *TBB Yayınları*, Yayın No:175, 2009, s.36.

¹⁰ 2003 yılında yürürlüğe giren “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı”nın (RG 24.07.2003/25178) 24,1 faslı “İltica Alanında AB Mevzuatına Uyumun Başlatılması ve İltica Alanında Kapasitenin Geliştirilmesi” başlığını taşımaktadır. Bu program doğrultusunda hazırlanan ‘İltica ve Göç Ulusal Eylem Planı’ Avrupa Birliğine katılım müzakereleri süresince, Türkiye’nin göç mevzuatı ve sisteminin AB müktesebatıyla uyumlu hâle getirilmesi için yürürlüğe konması gereken hukukî düzenlemeleri, idarî yapılanma ve fizikî alt yapının tamamlanması için alınması gereken tedbirleri ve yatırım projelerini belirlemiştir. ‘İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı’ metni için bkz. http://goc.gov.tr/icerik3/iltica-ve-goc-ulusal-eylem-planı_327_344_699

¹¹ YUKK’un genel gerekçesi için bkz. http://goc.gov.tr/icerik3/genel-gerekce_327_328_330 (Erişim tarihi 29.01.2015).

aşamaları açık kurallara bağlanmıştır. Bununla beraber, YUKK ile uluslararası korumanın bir türü olarak yasal bir temele kavuşturulsa da özellikle Suriye’de yaşanan iç savaş nedeniyle 2011 yılı Nisan ayı itibariyle¹² toplu olarak Türkiye’ye girişlerin başlamasıyla sayıları hızla artan¹³ Suriye vatandaşları nedeniyle gündeme gelen ve genel olarak uluslararası koruma talepleri bireysel olarak değerlendirilemeyen yabancılar bakımından kabul edilen ‘geçici koruma’ statüsünün usul ve esasları Kanunda düzenlenmemiştir. Türkiye’ye kabul edilen Suriye vatandaşlarına öncelikle, ‘geçici koruma’ sağlanarak çadırkent, konteynerkent ve diğer konaklama biçimlerinde barındırılmak suretiyle koruma altına alınmaları sağlanarak¹⁴ bu yabancılarla ilişkin işlemleri yürütmek için 30.03.2012’de “Türkiye’ye Toplu Sığınma Amacıyla Gelen Suriye Arap Cumhuriyeti Vatandaşlarının ve Suriye Arap Cumhuriyetinde İkamet Eden Vatansız Kişilerin Kabulüne ve Barındırılmasına İlişkin İçişleri Bakanlığı Yönergesi¹⁵” hazırlanmışsa da, konuyla ilgili ayrıntılı ve kapsamlı bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktaydı. YUKK’un yürürlüğe girmesiyle her ne kadar geçici koruma tanımlanarak yasal bir dayanak kazandırılmış olsa da geçici korumaya ilişkin usul ve esasların ve özellikle bu korumadan faydalanan yabancıların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi çıkarılacak yönetmeliğe bırakıldığı için Kanun da bu yabancılar bakımından beklentiyi karşılamamıştı. Bu bağlamda beklenen yönetmelik, ‘Geçici Koruma

¹²Bkz. T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD)tarafından yayınlanan ‘Suriye Raporu’ <https://www.afad.gov.tr/TR/IcerikDetay1.aspx?ID=16&IcerikID=747> (Erişim tarihi 29.01.2015)

¹³Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin(BMMYK) AFAD’a dayandırdığı güncel verilerine göre 15.03.2015 tarihi itibarıyla Türkiye’de bulunan ve kayıt altına alınmış olan Suriye vatandaşı sayısı 1,5 milyondur.Bkz. <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php> (Erişim tarihi 15.03.2015).

¹⁴ Bkz. TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun ‘Ülkemize Sığınan Suriye Ve Irak Vatandaşlarının Barındıkları Çadırkentler Hakkında İnceleme Raporu’24. Dönem 5. Yasama Yılı 2014, s.2. http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/cadirkentler_hak_inceleme_rap.pdf (Erişim tarihi 29.01.2015).

¹⁵Yönerge ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİÇEKLİ, B.: Yabancılar ve Mülteci Hukuku (Güncellenmiş 5.bs.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s.323-325.

Yönetmeliği¹⁶, adıyla, YUKK'un tamamen yürürlüğe girmesinden¹⁷ yaklaşık olarak 6 ay sonra yürürlüğe sokulabildi.

Çalışmamızın konusu, genel olarak uluslararası koruma başvurusunda bulunan ve uluslararası korumadan yararlanan yabancıların Türkiye'de sahip oldukları hak ve yükümlülüklerdir. Uluslararası korumadan yararlanan yabancılar söz konusu olduğunda, uluslararası korumadan bireysel olarak yararlanan ve YUKK'un uluslararası koruma statüsü sahipleri olarak tespit ettiği yabancılar ile kitlesel akın durumlarında acil ve geçici bir tedbir olarak düzenlenen ve kitleler halinde gelen bu yabancılar toplu olarak verilen bir statü olan geçici koruma statüsü birbirinden ayrıldığından, çalışmamız dâhilinde bu ayırım esas alınacaktır. Dolayısıyla, Türkiye'de sahip oldukları hak ve yükümlülükler de bireysel korumadan yararlanan ve YUKK'un uluslararası koruma statüsü sahipleri olarak tespit ettiği yabancılar ile geçici korumadan yararlanan yabancılar bakımından, uluslararası koruma başvurusunda buldukları andan itibaren ayrı ayrı incelenecektir. Çalışmamızda, ayrıca yeni Kanunun konumuzla ilgili hükümlerinin Kanunun genel gerekçesinde belirtilen eksikleri giderip gidermediği ve yine gerekçede belirtildiği üzere konuyla ilgili AB müktesebatına uyumun sağlanıp sağlanmadığı soruları da bu hükümlerin Türk hukukundaki konuyla ilgili önceki düzenlemeler ile AB hukukundaki konuyla ilgili mevcut düzenlemelerinde yer alan hükümlerin karşılaştırılması yoluyla cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

I. Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Türleri

Uluslararası koruma, devletlerin kendi vatandaşlarının haklarını güvence altına alma sorumluluğunu yerine getirmemesi ya da getirememesi durumunda bu bireyler bakımından ulusal koruma olanağı kalmadığı için

¹⁶RG 12.10.2014 /25611.

¹⁷6458 sayılı Kanun 04.04.2013'te kabul edilmiş ve 11.4.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak kısmen yürürlüğe girmişti. Kanun uyarınca, Kanunun 122. maddesi, 123.maddesinin birinci, ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları ile 124 üncü maddesi hariç olmak üzere Beşinci Kısmı yayımı tarihinde, diğer hükümleri yayımı tarihinden bir yıl sonra, yani 04.04.2014'te yürürlüğe girecekti(m.125). Nitekim, diğer hükümler de 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

ihtiyaç duyulan bir koruma biçimidir¹⁸. Uluslararası korumadan yararlanan yabancıların bu koruma sebebiyle Türkiye’de sahip oldukları hak ve yükümlülüklerini incelemeye geçmeden önce, Türk hukukunda uluslararası korumanın kapsamına giren yabancıları belirlemek gerekmektedir. Uluslararası korumanın kapsamına giren yabancılar, kendilerine sağlanan uluslararası korumanın türünden hareketle tespit edilebilir. YUKK, birden fazla uluslararası koruma türü belirlemiş; bu belirlemeyi de genel olarak Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi¹⁹ ile birlikte Kanunun genel gerekçesinde açıklandığı üzere AB’ye tam üyeliği gerçekleşene kadar, Türkiye’nin uluslararası koruma sisteminin ve uygulamalarının AB müktesebatı ve uygulamalarına paralellik sağlaması hedeflendiğinden, AB’nin ortak Avrupa Sığınma Sistemi²⁰ oluşturulmasına yönelik temel düzenlemelerini²¹ esas alarak gerçekleştirmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu uluslararası koruma türlerinden biri olarak kabul edilen şartlı mülteci statüsü, adı geçen düzenlemelerde yer almayan ve aşağıda anlatılacağı üzere Türkiye’nin Cenevre Sözleşmesine koyduğu coğrafi çekinceye kaynaklanan Türk hukukuna özgü bir koruma statüsüdür.

¹⁸ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.221.

¹⁹Çalışmada bundan böyle ‘Cenevre Sözleşmesi’ olarak anılacaktır.

²⁰AB’nin iltica ve göç politikaları, iltica ve göç prosedürlerinin birbirine karışmaya başlaması ve zulümden kaçanları korumaya almak şeklinde planlanan ‘Ortak Avrupa İltica Sistemi’nin ilk amacından uzaklaşıp salt göç kontrol mekanizması haline gelmesi; üye devletlerin yerinden edilme konusuna savunma duygusu ve kontrol etme arzusu temelinde şekillenen yaklaşımı nedeniyle göçe karşı kontrolleri arttırmak için sorumluluğun dış sınırları olan ülkelere yüklendiği ve yeni üye ülkelere bu konuda daha ağır bir yük düşeceği eleştirisi için bkz. OOSTING, D./ BOUTEILLET PAQUET, D./ HENDERSON, N. (Çeviren: Helmut Oberdiek): ‘AB İltica Politikasına Eleştirel Bir Analiz: Tampere’den Düşüş’, Mülteci Çalıştayları, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi, 2004-2005, s.7. Bkz.http://www.multeci.net/images/stories/AB_Itica_Politikas.pdf. Ayrıca AB dahilinde ortak bir Avrupa Sığınma Sistemi oluşturulmasına yönelik süreç ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nedime Aslı ŞİRİN ÖNER, N.A.: “In Which Direction Do the Efforts Proceed? The European Union’s Attempts to Develop a Common Immigration and Asylum Policy”, *Marmara Journal of European Studies*, V.20 No:2, 2012, s.123-138.

²¹Uluslararası korumada esas alınan AB düzenlemeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, N.: *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı)*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012, s.93-110.

Kanun, uluslararası korumanın mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü ifade ettiğini belirtmiş²² ve uluslararası korumayı düzenlediği 3. Kısımda da uluslararası koruma çeşitleri olarak bu statüleri saymıştır. Dolayısıyla, Türk hukuku uyarınca uluslararası korumadan yararlananların, bu 3 statüden birine sahip olması gerekir. Kanunun 91. maddesinde kitlesel olarak Türkiye'ye gelen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınmayan yabancılara sağlanan acil ve geçici koruma olarak tanımladığı 'geçici koruma' ise tanımı gereği uluslararası koruma ihtiyaçlarının grup temelinde incelenmesini içerdiğinden²³, Kanunda uluslararası koruma statüleri arasında sayılmamıştır. Kanunun 91/2. maddesine dayanılarak çıkarılan ve geçici korumanın usul ve esaslarını düzenleyen Geçici Koruma Yönetmeliği de, geçici koruma kapsamına alınanların YUKK'ta kabul edilen uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş sayılmayacağını; geçici korumanın uygulandığı süre içinde, geçici koruma kapsamına alınmış olan yabancıların bireysel uluslararası koruma başvurularının geçici koruma tedbirlerinin daha etkin uygulanabilmesi amacıyla işleme konulmayacağını (m.7/3 ve m.16) belirterek konuya açıklılık getirmiştir. Dolayısıyla Türk hukuku bakımından, kitlesel akın halinde sağlanan acil ve geçici korumayı ifade eden geçici korumanın da uluslararası korumanın bir türü olarak kabul edildiğini; ancak bu korumadan yararlananların YUKK uyarınca uluslararası koruma statüsü sahibi olmadığını söylemek mümkündür.

YUKK'un getirdiği önemli yeniliklerden biri de yabancılara ilişkin çalışma izni hariç tüm işlemleri yürüten polis yerine sivil bir otorite olan İçişleri Bakanlığı bünyesinde Göç İdaresi Genel Müdürlüğünü²⁴ kurmasıdır²⁵. Böylece yeni Kanuna göre, uluslararası koruma statülerinin

²²Söz konusu tanım Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasının (r) bendinde yer almaktadır.

²³ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.314.

²⁴Çalışmada bundan böyle 'Genel Müdürlük' olarak anılacaktır.

²⁵YUKK uyarınca göç ve iltica alanında görevli idari teşkilat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Tasarı, ss.207-212.

kazanılabilmesi için yapılacak başvurularda müracaat makamı, valilikler²⁶ (m.65) karar makamı da Genel Müdürlük²⁷ olarak belirlenmiştir(m.78/1). Kararlar bireysel olarak verilir; ancak YUKK m. 64/6 uyarınca uluslararası koruma haricinde tutulma kararı verilmesi hali saklı kalmak kaydıyla, aile²⁸ adına yapılan başvuru bütün olarak değerlendirilir ve verilen karar tüm aile üyelerini kapsar (m.78/2). Geçici koruma kararı ise, Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından alınır (m.9/1) ve yine Bakanlar Kurulu kararıyla sonlandırılır²⁹ (m.11/1).

A. Mülteci

Uluslararası hukukta ve Türk hukukunda ‘mülteci’ statüsü farklı şekillerde tanımlanabilmektedir³⁰. Cenevre Sözleşmesinin yürürlüğe

²⁶Başvurunun ülke içinde veya sınır kapılarında kolluk birimlerine yapılması halinde de derhâl valiliğe bildirilecek ve her durumda, başvuruya ilgili işlemler valilikçe yürütülecektir (m.61/2).

²⁷YUKK uyarınca, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, göç alanına ilişkin politika ve stratejileri uygulamak, bu konularla ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak, yabancıların Türkiye’ye giriş ve Türkiye’de kalışları, Türkiye’den çıkışları ve sınır dışı edilmeleri, uluslararası koruma, geçici koruma ve insan ticareti mağdurlarının korunmasıyla ilgili iş ve işlemleri yürütmek üzere İçişleri Bakanlığına bağlı olarak kurulmuştur (m.104).Genel Müdürlük, başvuruları, kayıt tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırmalıdır (m.78/1).

²⁸YUKK uyarınca aile üyeleri ile ifade edilen, başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin eşini, ergin olmayan çocuğu ile bağımlı ergin çocuğudur (m.3/1-a).

²⁹Geçici Koruma Yönetmeliği geçici korumanın süresini belirlemediği ve Bakanlar Kurulunun geçici koruma kararında, kararın başlangıç tarihi ve gerekli görülürse süresi ile sürenin uzatılma veya sona erme koşullarının belirleneceğini düzenlemiştir (m.10). AB dahilinde geçici korumayı düzenleyen 2001/55/EC sayılı Geçici Koruma Yönergesi ise geçici korumanın süresini-bu korumanın sona erme hallerini düzenleyen 6. madde saklı tutulma şartıyla-1 yıl olarak belirlemiş ve bu sürenin en fazla bir yıllık bir müddet için altı aylık periyotlar halinde otomatik olarak uzatılabileceğini kabul etmiştir (m.4). Yönerge için bkz. ‘Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving Such Persons and Bearing the Consequences thereof’, *OJ L* 212, 07.08.2001, s.12-23.

³⁰Farklı tanımlarla ilgili bilgi için bkz. ALTUĞ, Y.: Devletler Hususi Hukuku Bakımından Mülteciler, İstanbul:Sermet Matbaası, 1967, ss.4-20; ODMAN, T.:Mülteci Hukuku, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:15, 1995, s.188-192; EKŞİ, N.:Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular (4.bs.), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012, s.6-11;ÇİÇEKLİ,

girmesinden önce, Türk hukukunda mülga 2510 sayılı İskân Kanunu³¹ m.3/3. uyarınca mülteci, ‘Türkiye’de yerleşmek amacıyla olmayıp, bir zorunlulukla geçici oturmak için sığınanlar’ olarak tanımlanmaktaydı. Bu kişiler Türkiye’ye yerleşmek isterlerse, haklarında Kanunun 4. maddesinde belirtilen muhacir olarak kabul edilmelerini engelleyen sebepler olmaması şartıyla, muhacir muamalesine tâbi tutulacaktı (m.3/3). Cenevre Sözleşmesi uyarınca ise mülteci statüsü verilecek olan kişiler; 1 Ocak 1951’den önce³² meydana gelen olaylar sonucunda 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 veya söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyenler; ya da tâbiyetsiz³³ olup bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunup oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişiler olarak belirlenmiştir (m.1/A-2). Türkiye, Sözleşmeyi onaylarken, yine Sözleşmenin 42. maddesinin taraf devletlere verdiği kısıtlayıcı kayıt beyan etme hakkını kullanarak sadece Avrupa ülkelerinden gelenlere mülteci statüsü tanıyacağını belirttiğinden, Türk hukukunda kabul edilen mülteci statüsü Cenevre Sözleşmesinin kabul ettiği statüye göre daha dar kapsamlıdır. Nitekim Cenevre Sözleşmesini ve 1967 tarihli Protokol esas alınarak Türkiye’ye iltica ve sığınma işlemlerini düzenlemek için hazırlanan İltica

B.: Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s.39-49.

³¹RG 21.06.1934/2733.

³² Sözleşmedeki ‘1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar’ ifadesi nedeniyle ‘zaman sınırlaması ile uygulanan Sözleşme, 1951’den sonra gerçekleşen olaylar sebebiyle mülteci statüsü talep edilmesine imkân vermiyordu. Bu duruma, 1967’de imzalanan ve ‘New York Protokolü’ olarak da adlandırılan ve Türkiye’nin de 1968’de onayladığı 1967 Protokolü ile ‘‘1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar’’ ifadesi Sözleşme metninden çıkarılarak son verildi ve böylece Protokol’ün yürürlüğe girmesiyle birlikte zaman sınırlaması ortadan kalkmış oldu.

³³ Cenevre Sözleşmesine göre, birden fazla tâbiyeti olan bir kişi hakkındaki ‘vatandaşı olduğu ülke’ ifadesi, tâbiyetini haiz olduğu ülkelerden her birini kasteder ve bir kişi, haklı bir sebebe dayalı bir korku olmaksızın, vatandaşı olduğu ülkelerden birinin korumasından yararlanmıyorsa, vatandaşı olduğu ülkenin korumasından mahrum sayılmayacaktır (m.1/A-2).

Yönetmeliği de mülteciyi coğrafi kısıtlamayı esas olarak tanımlamıştı³⁴. Türkiye coğrafi kısıtlamayı kaldırmadığından³⁵ YUKK da mülteciyi tanımlarken aynı esastan hareket ederek mülteci statüsünü; Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında verilen statü olarak tanımlamıştır (m.61).

B. Şartlı Mülteci

Şartlı mülteci terimi, Türk hukukuna YUKK ile birlikte giren bir terim olsa da yukarıda da ifade edildiği üzere, sağladığı statü yeni değildir. YUKK'un kabul edilmesinden önce de İltica Yönetmeliği uyarınca, Cenevre Sözleşmesinin belirlediği mültecilik koşullarını taşımakla birlikte Sözleşmeye uygulanan coğrafi sınırlama nedeniyle kendilerine mülteci statüsü verilemeyecek olan Avrupa dışından Türkiye'ye gelen ve uluslararası

³⁴Yönetmelik uyarınca, Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyrugu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıdır (m.3).

³⁵Türkiye'nin AB ile imzaladığı 2001 yılı Katılım Ortaklığı Belgesi, 1951 Cenevre Sözleşmesine getirilen coğrafi kısıtlamanın kaldırılması ile ilgili çalışmalara başlanması konusunu da içermektedir. AB Topluluk Müktesebatının Benimsenmesine İlişkin 2003 yılı Türkiye Ulusal Programında (RG 24.07.2003/25178), 24.1 faslında "İltica Alanında AB Mevzuatına Uyumun Başlatılması ve İltica Alanında Kapasitenin Geliştirilmesi" başlığı altında da coğrafi kısıtlama konusu yer almakta ve Türkiye'nin AB'ye katılım müzakereleri sırasında coğrafi kısıtlama konusunun etraflıca ele alınarak, katılım aşamasında ülkemize doğudan bir mülteci akımını teşvik etmeyecek şekilde, gerekli mevzuat ve altyapı değişikliklerinin gerçekleştirilmesine ve AB ülkelerinin külfet paylaşımı konusunda gerekli hassasiyeti göstermelerine bağlı olarak kaldırılacağı belirtilmiştir. 2001 yılı Katılım Ortaklığı Belgesi için bkz. http://goc.gov.tr/icerik6/2001-yili-katilim-ortakli-belgesi_344_658_662_icerik (Erişim tarihi 29.01.2015)

koruma talep eden yabancılar, 'sığınmacı' olarak kabul edilmekteydi (m.3). Böylece, sığınmacı kavramı uluslararası hukuktan farklı olarak kullanılmakta³⁶ ve mülteci ile sığınmacı kavramları arasında ayırım yapılmaktaydı. YUKK da bu statüyü ifade etmek üzere 'sığınmacı' değil 'şartlı mülteci' terimini kabul ederek şartlı mülteci statüsünü, Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye verilen ve üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye'de kalma izni sağlayan bir statü olarak tanımlamaktadır (m.62). Görüldüğü üzere kanunun tanımı esas alındığında, mülteci ve şartlı mülteci statüleri tanınırken esas alınan kriterler arasındaki tek fark, mülteci statüsü tanınmasına neden olan olayların Avrupa ülkelerinde meydana gelmesi iken şartlı mülteci statüsü tanınmasına sebep olanların Avrupa ülkeleri dışında meydana gelmesidir. Ancak Kanunun şartlı mülteci olarak kabul edilenlerin '*üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, Türkiye'de kalmasına izin verilir*' şeklindeki ifadesinden şartlı mülteci statüsünü mülteci statüsü ile karşılaştırıldığında 'geçici' olarak kabul ettiği de anlaşılmaktadır. Bu nedenle de her ne kadar kendilerine şartlı mülteci statüsü verilenler ile mülteci statüsü verilenler arasında uluslararası koruma başvurusunda bulunma ya da sürecin işleyişi bakımından bir ayırım yapılmamışsa da, aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı

³⁶Uluslararası literatürde ise, mülteci ve sığınmacı farklı statüleri ifade etmek için kullanılmakta birlikte mülteci, mültecilik statüsü hukuken kabul edilmiş ve dolayısıyla 1951 Cenevre Sözleşmesinin tanıdığı tüm haklardan yararlanan bir yabancı (*de jure* mülteci); sığınmacı ise mültecilik statüsü incelenen ve bu sebeple kendisine geçici koruma sağlanan yabancı (*de facto* mülteci) statüsünü belirtmek için kullanılmaktadır. ÇİÇEKLİ, B.: Yabancılar Hukuku, (Güncellenmiş 4.b.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s.238. Uluslararası hukukta farklı metinlerde ve Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurul kararlarında sığınmacı teriminin kullanılması konusunda bkz. EKŞİ, Tasarı, s. 94-102; ÇİÇEKLİ, Sığınmacılar, s.39-47.

üzere, şartlı mülteci statüsü verilen yabancıların bazı hakları kullanması bakımından bu geçicilik fark yaratabilmektedir.

C. İkincil Koruma

Uluslararası literatürde ‘tamamlayıcı koruma’ olarak nitelendirilen uluslararası koruma türü, YUKK’ta ‘ikincil koruma’ adıyla düzenlenmiştir³⁷. İkincil koruma statüsü, daha önce belirtildiği üzere, YUKK hazırlanırken esas alınan AB’nin ortak Avrupa Sığınma Sistemi oluşturulmasına yönelik temel düzenlemelerinde kabul edilen uluslararası koruma türlerinden biridir. Bu düzenlemelerden biri olan ve kısaca ‘‘Vasıf Yönergesi’’ olarak anılan ‘‘Üçüncü Ülke Vatandaşlarının ya da Vatansız Kişilerin Mülteci Olarak ya da Başka Şekilde Uluslararası Korumaya Muhtaç Kişiler Olarak Nitelendirilmeleri ve Statüleri ile Sağlanacak Korumanın Kapsamına İlişkin Asgari Standartlar Hakkında 2004/83/EC sayılı Konsey Yönergesi³⁸, uyarınca ikincil koruma (*subsidiary protection*), Cenevre Sözleşmesi uyarınca mülteci olarak nitelendirilemeyen ancak uluslararası korumaya gereksinimi olduğu kabul edilen kişiler bakımından kabul edilmiştir³⁹. Yönerge uyarınca bu statüden yararlanabilecek olanlar, mülteci olarak nitelendirilemeyen; ancak menşe ülkesine ya da vatansız kişiler söz konusuysa, önceki daimi ikamet yeri olan ülkeye iade edildiği takdirde ciddi bir zarara maruz kalma riski olduğuna dair sağlam gerekçeler gösterilen, dolayısıyla kendisini o ülkenin korumasına bırakamayan ya da söz konusu risk nedeniyle bırakmak istemeyen ve hakkında ikincil koruma

³⁷ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.309.

³⁸Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 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’, *OJ L* 304 30.09.2004, ss.12-23. Bu Yönerge 2011’de yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu yeni Yönerge için bkz. ‘Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 On Standards for the Qualification of Third Country Nationals or Stateless Persons as Beneficiaries of International Protection, for a Uniform Status for Refugees or for Persons Eligible for Subsidiary Protection, and for the Content of the Protection Granted (recast)’, *OJ L* 337 20.12.2011, ss.9-26.

³⁹Vasıf Yönergesi bakımından ikincil koruma statüsü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZCAN, M.:Avrupa Birliği Sığınma Hukuku Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, Ankara:Usak Yayınları, 2005, s.214-218; ÇİÇEKLİ, Sığınmacılar, s.108-112.

statüsünden hariç tutulma sebeplerinden biri gerçekleşmemiş olan üçüncü ülke uyruklu ya da vatansız kişilerdir (m.2/e). YUKK'un ikincil koruma statüsünü düzenleyen 63. maddesi de gerek statünün verilmesi gerekse de içeriği bakımından Yönerge ile paralel hükümler içerir⁴⁰. Bu statü, YUKK uyarınca kendilerine mülteci veya şartlı mülteci statüsü verilemeyen yabancı ya da vatansız kişilere statü belirleme işlemleri sonrasında verilecektir⁴¹. Ancak bu statünün verilebilmesi için, Kanun uyarınca, söz konusu kişinin, menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak olması; uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamıyor veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemiyor olması gerekmektedir.

D. Geçici Koruma

Kitlesel sığınma durumunda uluslararası koruma ihtiyacının sağlanması için acil çözümler bulmak üzere geliştirilen geçici koruma, içerik olarak ülke topraklarına serbest olarak kabul, geri gönderilmeme ilkesine riayet ve temel ihtiyaçların karşılanması unsurlarından oluşur⁴². Geçici koruma⁴³,

⁴⁰Yönerge uyarınca bu statü, mülteci koruması kapsamına girmeyen ancak önceki daimi ikamet ülkesine gönderilmesi halinde 'ciddi bir zarara' uğraması konusunda gerçek bir risk karşısında bulunan kişilere verilir(m.2/e). Ciddi zarar ise, ölüm cezası ya da infazı, menşe ülkede işkence ya da insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye veya cezaya ya da uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet yüzünden sivil bir kişinin yaşamına ya da şahsına yönelik ciddi ve bireysel tehdit olarak tanımlanır (m.15).

⁴¹YUKK'tan önce Türk hukukunda yasal olarak düzenlenmemiş olsa da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (RG 19.03.1954/8662) 3. maddesinin Türk hukuk sistemi bakımından ikincil koruma statüsü konusunda en etkili yasal dayanağı oluşturduğu hususunda bkz. ÇİÇEKLİ, Sığınmacılar, s.113.

⁴²ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.313, 323.

⁴³Geçici koruma konusu her ne kadar yakın zamanda Suriye'de yaşanan iç savaş nedeniyle, Türkiye'ye kitlesel olarak gelmeye başlayan Suriye vatandaşları ile gündeme gelse de daha önce de Türkiye'ye yönelik çeşitli kitlesel göç hareketleri olmuştur. Nitekim İltica Yönetmeliği de sığınmak amacıyla topluca sınırlarımıza gelen yabancıların Türkiye'ye

YUKK'ta da belirtildiği üzere, diğer uluslararası koruma statülerinden farklı olarak, sadece kitlesel sığınma hallerinde acil ve geçici koruma ihtiyacını karşılamak üzere sağlanır (m.91). Bu nedenle, geçici koruma ihtiyacı nedeniyle oluşan uluslararası koruma talepleri, bireysel uluslararası koruma başvurularından farklı olarak grup temelinde incelenir⁴⁴. Daha önce de belirtildiği üzere YUKK, geçici korumayla ilgili düzenlemelerin yapılmasını konuyla ilgili çıkarılacak yönetmeliğe bırakmıştı. Bu nedenle, geçici koruma kararının alınması, süresi, sona ermesi bu statüden yararlanacak olanların hak ve yükümlülüklerini kısaca geçici koruma statüsüyle ilgili usul ve esasa ilişkin tüm konuların düzenlenmesi Geçici Koruma Yönetmeliği ile yapılmıştır.

Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca geçici koruma, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılara sağlanan koruma olarak tanımlanmıştır (m.3/f). Yönetmelik uyarınca, geçici koruma kapsamına alınanlar YUKK'ta kabul edilen uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş sayılmayacağı gibi geçici korumanın uygulandığı süre içinde bu yabancıların bireysel uluslararası koruma başvuruları da işleme konulmayacaktır (m.7/3 ve m.16). Konuyla ilgili esas alınan AB düzenlemelerinden kısaca 'Geçici Koruma Yönergesi' olarak adlandırılan, 20 Temmuz 2001 tarih ve 2001/55/EC sayılı Konsey Yönergesi ise, geçici korumanın Cenevre Sözleşmesi gereğince mülteci statüsünün tanınmasına halel getirmeyeceğini kabul etmiştir (m.3). Yönerge ayrıca Yönetmelikten farklı olarak geçici korumadan yararlanan kişilerin herhangi bir zamanda sığınma için başvuruda bulunabilmelerine⁴⁵ de imkân

kabul edilmesi halinde yapılacak işlemleri düzenlemişti(m.9-25). Türkiye'ye yönelik kitlesel göç hareketleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.Türkiye ve Göç, T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Yayınları, s.8-12. http://goc.gov.tr/icerik3/turkiye-ve-goc_363_382_1445(Erişim tarihi 29.01.2015)

⁴⁴ÇİÇEKLİ, Sığınmacılar, s.118.

⁴⁵Bu Yönergeye uygun olarak geçici korumadan yararlanan yabancı tarafından yapılan sığınma başvurusunu değerlendirmekten sorumlu üye devlet, bu kişinin kendi sınırlarına

vermektedir (m.17/1). Yönetmeliğe göre ise ancak geçici koruma kararının sona ermesinden sonra Bakanlar Kurulu kararıyla uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının bireysel olarak değerlendirilmesine izin verilebilecektir. Buna göre, Bakanlar Kurulu tarafından verilecek geçici korumanın sona erdirilmesi kararının ardından bu yabancıların ülkelerine dönmesi dışında; geçici korunanlara koşullarını taşıdıkları statünün toplu olarak verilmesine, uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının bireysel olarak değerlendirilmesine ya da bu yabancıların YUKK kapsamında belirlenecek koşullar çerçevesinde Türkiye’de kalmasına izin verilebilir (m.11)⁴⁶.

II. Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri

A. Genel Olarak

Türk hukukunda, yabancılar hukuku ile ilgili literatür incelendiğinde, yabancılara tanınacak hak ve özgürlüklerin incelenmesinde çoğunlukla hakların niteliği, kuralların niteliği ya da kaynakları, Anayasanın temel hak ve özgürlükleri düzenlerken kullandığı sistematik ya da yabancıların

geçişini kabul etmiş olan üye devlet olacaktır (m.18). Geçici koruma süresinin sonuna gelinmeden önce işlem görmemiş olan sığınma başvurularının incelenmesi ise bu sürenin sona ermesinden sonra tamamlanacaktır (m.17/2). Üye devletler başvuruların değerlendirilmesi sürmekte iken sığınma arayan kişi statüsü ile aynı anda geçici korumadan yararlanılamayacağını öngörebilirler; geçici korunmadan yararlanmaya hak kazanmış bir kişinin, sığınma için yapılan başvuru incelendikten sonra mülteci statüsü ya da, uygun olduğu durumlarda, daha başka bir korumanın verilmediği durumda ise yabancı hakkında geçici korumadan hariç tutulma sebeplerinin gerçekleşmesi halleri saklı kalma şartıyla, koruma süresinin geri kalan kısmı için geçici korumadan yararlanmasına ya da yararlanmaya devam etmesine izin verecektir (m.19).

⁴⁶Yönetmeliğe göre ayrıca, 28.04.2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti’nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınacaklar; geçici korumanın uygulandığı süre içinde de bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmayacaktır. Bu yabancılardan 28.04.2011 tarihinden önce uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar da talepleri halinde geçici koruma altına alınacaklardır (geçici madde 1).

hukuksal durumları gibi farklı esasların temel alındığı görülmektedir⁴⁷. Yabancılara tanınacak hak ve özgürlükler, buldukları hukuki durumdan hareketle incelendiğinde, bazı yabancıların çeşitli nedenlerle diğerlerine göre daha elverişli bir durumda bulunmalarından ötürü özel statülü yabancı olarak sınıflandırılması⁴⁸ ve incelemenin de kendi statülerine ait hukuki düzenlemelerden hareketle yapılması gerekmektedir. Mülteciler ve sığınmacılar da bu sınıfa dahil edildiğinden⁴⁹ genel olarak, uluslararası korumadan yararlanan yabancıların tümünü özel statülü yabancı olarak kabul etmek yanlış olmayacaktır. Özel statüdeki yabancılar için kendi statülerine ait düzenleme öncelikle uygulanacağı ve yabancılar ile ilgili genel düzenlemeler ikinci derecede ya da özel statünün dışında kalan alanlarda⁵⁰ uygulanabileceği için⁵¹, çalışmamızın konusunu oluşturan uluslararası korumadan yararlanan yabancıların hak ve yükümlülükleri incelenirken, söz

⁴⁷Yabancıların hak ve özgürlüklerinin sistematik olarak incelenmesinde literatürde benimsenen sınıflandırma biçimleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.TEKİNALP, G.:Türk Yabancılar Hukuku, Beta Yayınevi, 2003, s.28-31; ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s.67-69.

⁴⁸TEKİNALP, s.29.

⁴⁹Türk hukukunda genel olarak özel statülü (ya da imtiyazlı) yabancı olarak kabul edilen yabancılar: Diplomatik muafiyetli yabancılar, yabancı askerî personel, uluslararası örgütlerin çalışanları, göçmenler, vatansızlar, mülteci ve sığınmacılar, mavi kart sahipleri, KKTC vatandaşları, AB vatandaşlarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.TEKİNALP, s.29; ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s.67; EKŞİ, Temel Konular, s.2-4; ÇELİKEL, A./ÖZTEKİN GELGEL, G.:Yabancılar Hukuku (Yenilenmiş 20.Bası), İstanbul:Beta Yayıncılık, 2014, s.25-27.

⁵⁰Örneğin, uluslararası korumadan yararlanan yabancılar bakımından Türkiye’de taşınmaz mal iktisabı hususunda özel bir düzenleme yoktur. Mülteciler bakımından uygulama imkânı bulacak olan Cenevre sözleşmesi uyarınca, taşınır ve taşınmaz mülkiyeti konusunda, taraf devletler, taşınır ve taşınmaz mülkiyeti edinme ile buna bağlı diğer hakları, bunlara ait kira ve diğer sözleşmelerle ilgili hakları, her mülteciye, mümkün olduğu kadar müsait ve her halde genel olarak aynı koşullardaki yabancılara sağlanandan daha az müsait olmayan bir şekilde uygulayacaktır (m.13). Görüldüğü üzere Sözleşme, taraf devletlere taşınmaz mal ile ona bağlı aynı haklar bakımından mültecilere mümkün olduğu kadar diğer yabancılarla aynı muameleyi yapma yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla hem mülteciler hem de uluslararası korumadan yararlanan diğer yabancılar, genel olarak yabancıların Türkiye’de taşınmaz mal edinmesine ilişkin şart ve sınırlamaları belirleyen hukuki düzenlemeler çerçevesinde Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebileceklerdir. Yabancıların Türkiye’de taşınmaz mal iktisabı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/GELGEL, 20. Bası, s.258-266.

⁵¹TEKİNALP, s.29.

konusu yabancıların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen Cenevre Sözleşmesi, YUKK ile bu Kanuna dayanarak çıkarılmış olan tali hukuki düzenlemeler ve bu bağlamda özellikle geçici korumadan yararlanan yabancıların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen Geçici Koruma Yönetmeliği esas alınacaktır. Bu düzenlemelerin dışında bırakılan ya da genel olarak Türk hukukunda yabancılar bakımından kabul edilen usul ve esasları belirleyen diğer hukuki düzenlemelere atıf yapılan konuların incelenmesinde ise bu hukuki düzenlemelere yer verilecektir.

B. Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Genel İlkeler

YUKK, uluslararası koruma statüsü başvurusunda bulunan veya uluslararası koruma statüsü sahibi olan kişilerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin iki genel ilke kabul etmiştir. Kanununun 88. maddesinde düzenlenen bu iki genel ilke uyarınca:

1. Uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler, karşılıklılık şartından muafır.
2. Başvuru sahibine, başvurusu reddedilen veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilere sağlanan hak ve imkânlar, Türk vatandaşlarına sağlanan hak ve imkânlardan fazla olacak şekilde yorumlanamaz.

Cenevre Sözleşmesinde de taraf devletlerin mültecileri karşılıklılık şartından muaf tutacağı esası kabul edilmiştir. Sözleşme uyarınca, bu Sözleşmenin daha uygun hükümler içerdiği durumlar hariç tutulmak koşuluyla taraf devletler mültecilere genel olarak yabancılarla uyguladığı muameleyi uygulayacak ve bütün mülteciler taraf devletlerin topraklarında 3 yıl ikamet ettikten sonra kanuni karşılıklılık şartından muafiyet kazanacaklardır (m.7). Kanun, Türk hukuku bakımından Sözleşmeyle sadece mülteciler için kabul edilen bu ilkeyi diğer uluslararası koruma statüleri için de kabul ederek uygulanmasını genişletmiştir. Ayrıca karşılıklılık şartından muafiyet için gerekli olan 3 yıl ikamet şartı da YUKK'ta aranmamıştır. Karşılıklılık şartından muafiyet için uluslararası koruma statüsü sahibi olmak gerekli olduğundan uluslararası koruma statüsü başvuru sahipleri bu muafiyetten yararlanamayacaktır. Kanunun bu düzenlemesi ışığında, şartlı

mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri bu statülerini kazandıkları andan itibaren karşılıklılık şartından muaf olabilecekken, mülteciler bakımından Cenevre Sözleşmesi öncelikli olarak uygulanacağı için mültecilerin karşılıklılık şartından muaf kabul edilebilmeleri için Türkiye’de 3 yıl ikamet etme şartının gerçekleşmesi gerekse de kanaatimizce, Sözleşmenin, ‘Sözleşmenin hiçbir hükmü, taraf devletlerce mültecilere bu Sözleşme dışında sağlanan diğer hakları ve çıkarları ihlâl edemez’ şeklinde düzenlenen 5. maddesinden hareketle, 3 yıllık ikamet etme şartı mülteciler bakımından da aranmayabilecektir.

YUKK’un kabul ettiği ikinci ilke yine Cenevre Sözleşmesine dayanan bir ilkedir. Türkiye’nin Sözleşmeyi imzalarken koyduğu çekince gereği, mültecilere tanınan hak ve imkânlar bakımından bu hak ve imkânların Türk vatandaşlarına sağlananlardan daha fazla olacak şekilde yorumlanamayacağı kabul edilmişti. YUKK bu ilkenin uygulama alanını uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar ile başvurusu reddedilenler ve de mülteci statüsü dışındaki uluslararası koruma statüsü sahibi yabancıları da kapsayacak şekilde genişletmiştir.

Kanunun uluslararası koruma statüsü sahipleri için kabul ettiği bu ilkelerin geçici korumadan yararlanan yabancıları da kapsayıp kapsamadığı sorusu Geçici Koruma Yönetmeliğinde açığa kavuşturulmamıştır. Yönetmelik hak ve yükümlülüklerin tanınmasında esas alacağı farklı ilkeler de düzenlememiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere, Geçici Koruma Yönetmeliğinin geçici koruma kapsamına alınanların YUKK’ta kabul edilen uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş sayılmayacağını açıkça düzenlemesi karşısında, YUKK’ta kabul edilen uluslararası koruma statülerini geçici korumadan ayırmak gereklidir. Bu bağlamda kanaatimizce, YUKK’un uluslararası koruma statüsü sahiplerini karşılıklılıktan muaf kabul eden 88. maddesinin ilk fıkrasının geçici korumadan yararlanan yabancıları da kapsadığını kabul etmek mümkün değildir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ve genel olarak uluslararası koruma nedeniyle yabancılarla tanınan hak ve imkânların Türk vatandaşlarına sağlanan hak ve imkânlardan fazla olacak şekilde

yorumlanamayacağını kabul eden ilkenin, aksi düzenlenmediği sürece, tüm yabancılar bakımından geçerli kabul edilmesi mümkün olduğundan⁵², geçici korumadan yararlanan yabancılar bakımından da geçerli olduğu söylenebilir.

C. Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hakları

YUKK, uluslararası koruma statüsü başvuru sahibi ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin haklarını genel olarak 3. Bölümde düzenlemiştir. Bu bölümde düzenlenen haklar, eğitim, iş piyasasına erişim, sosyal yardım ve hizmetlere erişim hakkı ve harçlıktır (m.89). Geçici korumadan yararlanacak olan yabancıların hakları ise yine Kanunun 91/2. maddesine dayanılarak çıkarılan Geçici Koruma Yönetmeliğinin 6. Bölümünde ‘Geçici Korumadan Yararlanana Sağlanacak Hizmetler’ başlığı altında 26-33 maddeleri arasında sağlık hizmetleri, eğitim hizmetleri, iş piyasasına erişim hizmetleri, sosyal yardım ve hizmetler ile tercümanlık hizmetleri olarak sayılmıştır; Yönetmelik, kamu kurum ve kuruluşlarınca imkân dâhilinde bu sayılanların dışında başka hizmetlerin sağlanabilmesi olanağını da açık bırakmıştır (m.26/2)⁵³. Ancak, belirtilen bu başlıklar altında olmasa da, Kanun ve Yönetmeliğin farklı yerlerinde, uluslararası koruma başvurusunda bulunan ya da bu korumadan yararlanan yabancıların

⁵²Türk Yabancılar Hukukunun temel prensiplerini oluşturan genel esaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/GELGEL, 20. Bası, s. 57-70.

⁵³Yönetmeliğin 26/4 maddesi uyarınca, Yönetmelik kapsamında ilgili Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen hizmetler AFAD koordinasyonunda yürütülecek ve Yönetmeliğin uygulanmasına ilişkin alt düzenlemeler ise İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden itibaren 3 ay içinde yürürlüğe konacaktır(m.58). Bu bağlamda AFAD, Yönetmelikte geçici korumadan yararlanacak yabancılar bakımından verileceği belirtilen hizmetleri etkin ve verimli yürütülebilmesi için söz konusu hizmetlerin koordinasyonunda uyulması gereken usul ve esasları belirlemek için ‘Geçici Koruma Altındaki Yabancılar İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesi’ başlıklı bir genelge hazırlanmış ve 2014/4 sayılı bu Genelge 18.12.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Genelgeye göre, Yönetmelik kapsamında yürütülecek hizmetlerin bedelinin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının kendi bütçelerinden karşılanması esastır. Kendi bütçelerinden karşılayamamaları halinde Genelgede belirtilen usule uygun olarak afet ve acil durum faaliyetleri ödeneğinden talepte bulunabilecektir. Genelge için bkz. <http://www.tkhk.gov.tr/Dosyalar/6f6b76cbd7144fba8cb6bd1c12df6104.pdf> (Erişim tarihi 29.01.2015).

Türkiye'ye giriş, ikamet, barınma ve seyahat hakkı, bilgilendirme, tercümanlık ve adli yardımdan yararlanma, sınırdışı işlemine karşı güvence altına alınma hakkı ile uyum faaliyetlerinden yararlanmaları da düzenleme altına alınmıştır. Bu nedenle, çalışmanın bütünlüğünü sağlamak amacıyla adı geçen bu haklar da diğerleriyle birlikte çalışmamıza dâhil edilmiştir.

YUKK'un uluslararası koruma statüsü sahipleri için kullandığı 'haklar' terimi yerine Yönetmelik 'hizmetler' terimini kullanmıştır. Nitekim AB Konseyi Geçici Koruma Yönergesi de geçici korumadan yararlananların bu statü nedeniyle yararlanabilecekleri hakları düzenlerken, hak yerine 'geçici korumadan yararlananlar lehine üye devletlerin yükümlülükleri' ifadesini tercih etmiştir⁵⁴. Bu tercihle, üye devletlerin geçici korumadan yararlananlara karşı belirli minimum muameleleri yapmaktan sorumlu olduğu; ancak bunun bireyler açısından talep edilebilecek subjektif haklar doğurmadığının ima edildiği belirtilmektedir⁵⁵.

1. Türkiye'ye Giriş Hakkı ve Geri Gönderme Yasağı

Devletlerin genel olarak yabancıları ülkelerine kabul etme yükümlülüğü olmadığından bu hususta gerekli gördükleri şartları belirlemede serbesttirler⁵⁶. Bununla birlikte, mülteci ve sığınmacıların ülkeye kabulünün bu ilkeye istisna oluşturduğu ve bu yabancıların azından geçici olarak ülkeye kabul edilmelerinin, uluslararası koruma prosedürüne ulaşabilmeleri, 'geri göndermeme (*non-refoulement*)' ilkesinden yararlanabilmeleri ve insani standartlarda muamele görebilmeleri açısından önemli olduğu kabul edilir⁵⁷. Bu bağlamda, YUKK da uluslararası korumadan yararlanmak isteyen yabancıların Türkiye'ye geçerli giriş şartları bakımından tâbi olacakları hukuki rejimi aşağıda anlatılacağı üzere özel olarak düzenlenmiştir.

Uluslararası korumadan yararlanmak isteyen yabancıların ülkeye geçerli giriş şartları bakımından tâbi olacakları hukuki rejimin incelenmesine

⁵⁴Yönerge'nin 3. Bölümü 'Geçici korumadan yararlanan kişilere karşı üye devletlerin yükümlülükleri' başlığını taşımaktadır.

⁵⁵ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s. 319.

⁵⁶ÇELİKEL/GELGEL, 20. Bası, dn.89.

⁵⁷ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.329.

geçmeden önce, bu yabancıların ülkeye kabulünde uygulanması etkili olacak geri göndermeme ilkesinin açıklanması gerekmektedir⁵⁸. Genel olarak geri gönderme işlemi, geçerli giriş belgeleri olmayan yabancıların ülkeye girişine izin verilmemesi ve özellikle yasa dışı yollardan ülkeye giriş yapmış olan yabancıların ülkeden çıkarılması şeklinde gerçekleşen idari uygulamaları içermektedir⁵⁹. Bu uygulama ise çeşitli uluslararası sözleşmelerde⁶⁰ yer verilen geri göndermeme ilkesi⁶¹ bağlamında kısıtlanmaktadır. Uluslararası hukukta özellikle sığınmacı ve mültecilerin korunması için geliştirilen bu ilke⁶² mülteci ya da sığınmacıyı ırkı, dini, vatandaşlığı, belirli bir sosyal gruba aidiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı hayat ve hürriyetinin tehlikeye düşeceği ülkeye göndermeme yükümlülüğünü ifade eder⁶³ ve bu ilkenin uygulanması hem bu yabancıların ülkeye kabulünde hem de ülkeden sınır dışı edilmelerinde etkili olur⁶⁴. Bu bağlamda, konuyla ilgili temel metinlerden biri olan Cenevre Sözleşmesi de taraf devletlerden hiçbiri bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti belirli bir sosyal

⁵⁸Geri göndermeme ilkesinin hem sınırda hem de ülke içinde koruma sağlayacağı yönünde yorumlanması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.282-284.

⁵⁹ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.28.

⁶⁰Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ilkenin uygulanması bakımından esas alınan bu sözleşmelerden biridir. Sözleşme uyarınca, ‘hiç kimse işkenceye, gayri insani ya da haysiyet kırıcı ceza ve muameleye tabi tutulamaz’ (m.3). Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının19/2 maddesinde de bu ilkeyi görmekteyiz. Belirtilen madde uyarınca hiç kimsenin ölüm cezası, işkence veya başka bir insanlık dışı ceza yahut muameleye tâbi olma riskinin bulunduğu ülkeye gönderilemeyeceğini, sınır dışı edilemeyeceğini ya da iade edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Geri göndermeme ilkesinin gelişmesini ve gerçek anlamda uygulanabilmesini sağlayan ise yargı kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları olmuştur. Ayrıntılı bilgi ve ilkenin uygulanışıyla ilgili örnek kararlar için bkz. MICHAELSEN, C.: “The Renaissance of Non-Refoulement? The Othman(Abu Qatada) Decision of the European Court of Human Rights”, *ICLQ*, V. 61, Issue 3, 2012, s.753-765; ÇİÇEKLİ, Sığınmacılar, s.102-108.

⁶¹Geri göndermeme ilkesinin sözleşme dışında da bir örf adet hukuku kuralı ya da *jus cogens* kural olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususundaki tartışmalar için bkz. UZUN, E.: “Geri Göndermeme (*Non-Refoulement*) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 8, Sayı: 30, 2012, s.41-54.

⁶²ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.67.

⁶³EKŞİ, Temel Konular, s.79.

⁶⁴Bkz. ÇİÇEKLİ, Sığınmacılar, s.81-82.

gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehlike altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun⁶⁵ geri göndermeme veya iade etmeme yükümlülüğü getirmiştir (m.33). AB hukukunda da, göç ve iltica ile ilgili hukuki düzenlemelerde, üye devletlerin uluslararası sorumluluklarına uygun olarak geri gönderme yasağına uyması gerektiği kabul edilmiştir⁶⁶. YUKK da geri göndermeme ilkesini ‘geri gönderme yasağı’ başlıklı 4. maddesinde, uluslararası sözleşme ve metinleri esas alarak düzenlemiştir. Söz konusu madde uyarınca, ‘ *Bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez*’. YUKK, bu şekilde, ilkeyi sadece mülteci statüsü tanınan yabancılar için değil; tüm yabancılar için kabul etmiştir. Dolayısıyla, Kanun uluslararası korumadan yararlanan ya da yararlanmak üzere başvuruda bulunan tüm yabancıları bu ilkenin kapsamına aldığından, ilkeyi sadece mülteciler bakımından düzenleyen Cenevre

⁶⁵Sözleşme aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bu ilkenin uygulanmayabileceği istisnai halleri saymıştır. Buna göre, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez.

⁶⁶Bu düzenlemelerden ilki, AB dahilinde birden fazla üye devlete yapılan sığınma başvurusu taleplerini incelemekle yükümlü devleti belirleyebilmek amacıyla kabul edilmiş olan ve kısaca Dublin II Tüzüğü olarak anılan, ‘Bir Üçüncü Ülke Vatandaşının Üye devletlerden Birinde Yaptığı Sığınma Başvurusunun İncelenmesinden Sorumlu Üye Devletin Belirlenmesine İlişkin Kriter ve Mekanizmaların Saptanması Hakkında AB Konsey Tüzüğüdür. Tüzük uyarınca, AB Konseyi, Cenevre Sözleşmesi’nin tam ve kapsayıcı bir şekilde uygulanmasına dayanan bir Avrupa Ortak Sığınma Sistemi kurulması ve bu şekilde kimsenin zulüm gördüğü yere geri gönderilmemesinin sağlanması, başka deyişle geri göndermeme ilkesinin muhafaza edilmesi yönünde çalışmak konusunda mutabakata varmıştır, bkz. ‘Council Regulation (EC) No. 343/2003 of 18.02.2003 Establishing the Criteria and Mechanisms for Determining the Member State Responsible for Examining an Asylum Application Lodged in One of the Member States’, *OJ L 50*, 25.02.2003, s.1. paragraf.2. Dublin II Tüzüğü dışında, Vasıf Yönergesinin 21. maddesi (bkz.dn.37) ve Geçici Koruma Yönergesinin 3. maddesi de üye devletlerin (bkz.dn.38) geri göndermeme ilkesine uyma yükümlülüğünü kabul eder.

Sözleşmesinden⁶⁷ daha kapsamlı bir güvence sağlamaktadır. Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesine koyduğu coğrafi kısıtlama dikkate alındığında, YUKK'un bu hükmüyle, YUKK'tan önce de bu ilkenin sadece mülteci statüsü tanınan yabancılar değil, İltica Yönetmeliğinin sığınmacı olarak kabul ettiği yabancıları da kapsamaya gerektiği yönündeki uygulama ve görüşlerin⁶⁸ de yasal düzenlemeye kavuşturulduğu söylenebilir.

YUKK'ta kabul edilen geri göndermeme ilkesi, Geçici Koruma Yönetmeliğinde de tekrar edilmiş ve Yönetmelik kapsamına giren hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemeyeceği; ilgili mevzuata göre geri gönderilmesi gerektiği halde geri gönderme yasağı kapsamında bulunanlar hakkında ise Genel Müdürlük tarafından ancak idari tedbirler alınabileceği kabul edilmiştir (m.6).

a. Uluslararası Koruma Statüsü Başvuru Sahibi ile Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Yabancılar

Türk hukuku bakımından genel olarak yabancıların Türkiye'ye geçerli bir giriş yapmaları için aranan şartlar YUKK da şu şekilde sayılmıştır⁶⁹: Türkiye'ye girişin sınır kapılarından, geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılması (m.5, m.6); yabancıların

⁶⁷Sözleşmenin lafzından çıkarılmasa da Sözleşmenin amacı dikkate alındığında, geri göndermeme ilkesinden ülkeye henüz giriş yapmamış ülke sınırlarına (sınır kapısı, liman, havalimanı) gelerek iltica talebini beyan eden kişilerin yararlanma imkânı bulunduğu kabul edilebileceği yönünde bkz. UZUN, s.31.

⁶⁸ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s.272.

⁶⁹YUKK'un yürürlüğe girmesi ile birlikte daha önce Türkiye'ye geçerli giriş şartlarını düzenleyen Pasaport Kanununun (RG 24.07.1950/7564) pek çok hükmü yürürlükten kalkmışsa da YUKK da Türkiye'ye geçerli giriş bakımından Pasaport Kanununun yürürlükten kalkan maddelerinde yer alan temel şartları korumuştur. Ancak bu şartlara gerek içerik gerek usul bakımından getirdiği değişikliklerle birlikte getirdiği yeni hükümlerle de konuyu daha kapsamlı olarak düzenlemiştir. YUKK'un Türkiye'ye geçerli giriş şartlarıyla ilgili hükümlerinin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. DARDAĞAN KİBAR, E.: "An Overview and Discussion of the New Turkish Law on Foreigners and International Protection", Perceptions, Autumn 2013, V.XVIII, N.3, s.110-115.

Türkiye'ye girişine izin verilmeyerek geri çevrilecek kişilerden olmaması(m.7); vize alınması⁷⁰ (m.11). YUKK, sayılan bu şartların uluslararası koruma başvurusu yapmayı engelleyici şekilde yorumlanamayacağını ve uygulanamayacağını hükme bağlamıştır (m.8). YUKK yürürlüğe girmeden önce de mülteci ve sığınmacılar söz konusu olduğunda, genel olarak yabancıların Türkiye'ye geçerli giriş yapabilmeleri için Pasaport Kanununda aranan şartlar, durumlarının özelliği nedeniyle bu yabancılar bakımından aranmayarak, ülkeye kabulleri Cenevre Sözleşmesi ve İltica Yönetmeliğine göre yapılmaktaydı. Gerek Cenevre Sözleşmesi (m.31) gerekse de İltica Yönetmeliği (m.4), iltica/sığınma başvurusu yapacak yabancıların ülkeye yasa dışı yollardan da girmiş olabileceğini kabul etmekte, yürürlükteki genelge ve talimatlar da iltica/sığınma başvurusunda bulunacak yabancıların sırf usulsüz giriş nedeniyle cezalandırılmayacağını; ancak bunların giriş yaptıktan sonra makul bir süre içerisinde gecikmeksizin yetkili makamlara başvuruda bulunmaları gerektiğini kabul etmişti⁷¹. Pasaport Kanununun, YUKK ile birlikte

⁷⁰Yabancıların vize alma zorunluluğu ile ilgili YUKK'un getirdiği değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEKSOY, B.: "6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu", *AÜHFD* 62(3), 2013, s.855-906.

⁷¹İltica Yönetmeliğinin 4. maddesinin, Yönetmelik yürürlüğe girdiği tarihte ülkeye yasal olarak girmeyen mülteci ve sığınmacıların başvuruları için öngördüğü beş günlük süre kısıtlamasının hukuka uygun olmadığı hem iç hukuk hem de AIHM kararlarına yansımış ve bunun sonucunda söz konusu süre önce 1999 yılında yapılan değişiklikle on güne çıkarılmış daha sonra 27.01.2006 tarih ve 2006/9983 sayılı Yönetmelik değişikliğiyle de (RG 27.01.2006/26062) Cenevre Sözleşmesine uygun olarak 'gecikmeksizin makul sürede' yapılacak başvuruların değerlendirmeye alınacağı esas kabul edilmiştir. Makul olan en kısa süre içerisinde müracaat etmeyenlerin ise yetkili makamlara gecikme nedenlerini açıklamak ve konuyla ilgili olarak yetkili makamlarla işbirliği yapmak zorunda olduğu belirtilerek sırf usulsüz giriş nedeniyle sığınma prosedürüne başvurma hakkının ortadan kalkmayacağı hususu açığa kavuşturulmuştur. Yönetmeliğin ilk halindeki süre kısıtlaması nedeniyle Türkiye aleyhine yapılan müracaatlara ilişkin AIHM kararlarından Jabari-Türkiye Davası (Jabari v. Turkey, Application no. 40035/98, 11/07/2000, Final 11/10/2000) için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/40035_98.pdf (16.11.2014); G.H.H ve diğerleri Türkiye Davası (G.H.H and others v. Turkey, Application no. 43258/98, 11/07/2000, Final 11/10/2000) için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\"dmdocnumber\":\[\"696776\"\],\"itemid\":\[\"001-58899\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\). (Erişim tarihi 29.01.2015). Ayrıca karar özetleri için bkz. EKŞİ, Tasarı, s.43-47.

yürürlükten kalkan ve genel olarak pasaportsuz veya vesikasız gelen yabancıların durumunu düzenleyen 4. maddesi de mültecilerin ve iskân hakkındaki mevzuat dışında olarak yurt tutmak maksadıyla gelen yabancıların, pasaportları olsun olmasın Türkiye'ye kabullerini İçişleri Bakanlığının kararına bağlamıştı (m.4/4). YUKK da konuyla ilgili olarak kendisinden önceki hukuki düzenlemelerin kabul ettiği bu esasa bağlı kalarak, ilke olarak yasa dışı giriş⁷² halinde de yabancıların uluslararası koruma başvurusunda bulunma hakkını kabul etmiş; ancak bu istisnai hali yine makul bir süre içerisinde başvurma şartıyla⁷³ sınırlandırmıştır. Buna göre, Kanun uyarınca, makul bir süre içinde valiliklere kendiliğinden uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar hakkında; yasa dışı girişlerinin veya kalışlarının geçerli nedenlerini açıklamak kaydıyla, Türkiye'ye yasal giriş şartlarını ihlâl etmek veya Türkiye'de yasal şekilde bulunmaktan dolayı cezai işlem yapılmayacaktır⁷⁴(m.65/4).

Uluslararası koruma talebinde bulunan ya da bulunmak isteyen yabancıların Türkiye'ye kabulü bakımından geri göndermeme ilkesi de dikkate alınacak ve söz konusu yabancılar için bu ilkenin uygulanması da güvence oluşturacaktır. Bu ilke, ülkeye giriş ya da sığınma hakkı ile eş

⁷²YUKK, ülkeye yasa dışı giriş sebebiyle taşıyıcılara da bazı yükümlülükler getirmiştir. Buna göre taşıyıcılar, genel olarak taşıdıkları kişilerin belge ve izinlerini kontrol etmekle; ülkeye giriş yapmak veya ülkeden transit geçmek üzere sınır kapılarına getirmiş oldukları yabancıardan herhangi bir nedenle Türkiye'ye girişleri ve Türkiye'den transit geçişleri reddedilenleri, geldikleri ya da kesin olarak kabul edilecekleri bir ülkeye geri götürmekle ve yabancıya refakat edilmesi gerekli görüldüğü durumlarda refakatçilerin gidiş ve dönüşlerini sağlamakla yükümlüdür(m.98). Taşıyıcının yükümlülüğü konusunun uluslararası mülteci hukuku bakımından değerlendirilmesi ile ilgili bkz. BAŞARAN, E.: "Evaluation of the 'Carrier's Liability' Regime as a Part of the EU Asylum Policy under Public International Law", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C.4, N.15, 2008, s.156-158.

⁷³Makul sürede başvuru koşulu AB Kabul Koşulları Yönergesinde de kabul edilmiştir. Yönerge uyarınca, sığınma başvurusunda bulunan yabancı, üye devlete varışından sonra mümkün ve makul olan en kısa süre içerisinde sığınma talebinde bulunduğunu kanıtlayamazsa üye devletler bu yabancı için ülkeye kabul koşulları sağlamayı reddedebilir (m.16/2).

⁷⁴Kanun, hürriyeti kısıtlanan kişilerin de uluslararası koruma başvurularının derhâl valiliğe bildirilmesi gerektiğini hükme bağlayarak, başvuruların alınması ve değerlendirilmesinin, diğer adli ve idari işlemlerin ya da tedbir ve yaptırımların uygulanmasını engellemeyeceğini belirtmiştir (m.65/5).

anlamli olmamakla birlikte, sınırda ÷lkeye girişin reddedilmemesi ve en azından bireysel statüsünün belirlenmesi amacıyla yabancınn ÷lkeye kabulünü gerektirecek⁷⁵ ve böylece uluslararası koruma başvurusunda bulunmasını sağlayacaktır. Kanunda aksi düzenlenmediğinden, bu yabancıların, Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmiş olması da geri göndermeme ilkesinin getirdiğı güvenceyi ortadan kaldırmayacaktır.

b. Geçici Korumadan Yararlanan Yabancılar

Geçici Koruma Yönetmeliğı de kapsamına giren yabancılar söz konusu olduğunda YUKK'un kabul ettiği genel ilkelere uygun olarak, YUKK'da genel olarak yabancıların Türkiye'ye yasal girişi için aranan şartların geçici koruma kapsamına alınma talebini engelleyici şekilde yorumlanamayacağını ve uygulanamayacağını kabul etmiştir(m.4). Yönetmelik kapsamındaki yabancılar, Türkiye'ye giriş yaparken yetkililer tarafından tespit edilmeleri ya da makul bir süre içinde yetkili birimlere kendiliğinden kayıt yaptırılmaları halinde Türkiye'ye yasadışı giriş ve bulunuştan dolayı cezalandırılmayacaktır(m.5). Yine Yönetmelik uyarınca, YUKK'ta kabul edilen geri gönderme yasağı, Yönetmelik kapsamındaki kişiler için de geçerli olacaktır (m.6) .

Yukarıda belirtilen genel esaslar dışında, geçici koruma kapsamına alınacak yabancıların Türkiye'ye kabul usulü diğeri yabancıardan farklıdır ve Geçici Koruma Yönetmeliğı'nde özel olarak düzenlenmiştir. Öncelikle, geçici koruma bulmak amacıyla Türkiye'ye gelen yabancıların Türkiye'ye kabul edilecekleri sınır kapıları ile sınır geçiş yerleri İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecektir (m.17)⁷⁶. Sınır kapılarına veya sınır geçiş yerlerine geçici koruma amacıyla gelen yabancıların⁷⁷ belgesiz olmaları ya da

⁷⁵GOODWIN-GILL, G. /MCADAM, J.: The Refugee in International Law, Oxford University Press, 2007, s.215'ten aktaran ÇIÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.283.

⁷⁶Türkiye'nin kara sınırlarına veya kara sularına acil ve geçici koruma bulmak amacıyla gelen yabancıların, Türkiye'ye kabul edilecekleri ve Türkiye'den çıkış yapacakları sınır kapıları ile sınır geçiş yerleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşleri alınarak Bakanlık tarafından belirlenir. Acil hallerde bu yerlerin belirlenmesine Bakanlık doğrudan karar verir ve ilgili kurumlara bildirir (m.17/1).

⁷⁷Ülke içinde olup da geçici korumanın kapsamına girenler, valiliklere bizzat başvuru yapılmaları halinde en yakın sevk merkezine yönlendirilirler. Ancak bu kişilerin yetkili

belgelerinin geçersiz olmaları durumunda da Türkiye'ye girişlerine valiliklerce izin verilebilecektir (m.17/2). Yabancı ve varsa aile üyeleri, ülkeye giriş yaptıktan sonra güvenlik kontrolünün⁷⁸ ardından en yakın sevk merkezine götürülmek üzere mümkün olabilecek en kısa sürede yetkili kolluk birimlerine teslim edilecektir.

Yönetmeliğin 18. maddesi ise, geçici koruma bulmak amacıyla Türkiye sınırlarına gelen asker olmayan silahlı unsurlar ile ülkesinin silahlı kuvvetlerinin mensubu olup da askerlik hizmetini tek taraflı olarak sonlandırmış olan yabancıların ülkeye kabulünü düzenlemiştir. Bu gruba giren yabancılar ile Yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca geçici koruma kapsamı dışında tutulması gereken ya da geçici koruma kapsamına alınmış olsalar dahi bu koruma iptal edilecek olan yabancılar⁷⁹ sınırlarımıza geldiğinde (ya da herhangi bir şekilde sınırlarımızdan giriş yaptığında) sivillerden ayrı ve güvenli bir yerde silahlarından arındırılacak⁸⁰ ve sonra kendileri için belirlenmiş olan yerlere yerleştirilmek üzere en kısa sürede sevkleri sağlanacaktır.

2. İkamet, Barınma ve Seyahat Hakkı

Cenevre Sözleşmesi, taraf devletlere, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere hem ikamet edecekleri yeri seçme hem de özgürce seyahat etme hakkını tanıma yükümlülüğü getirerek bu hakların genel olarak aynı koşullardaki yabancılarla tanınanla aynı kapsamda olması gerektiğini kabul etmiştir (m.26). Uluslararası koruma başvurusunda bulunan veya uluslararası

makamlar tarafından tespit edilmeleri durumunda en yakın sevk merkezine yetkili kolluk refakatinde götürülürler (m.17/7).

⁷⁸Yönetmelik uyarınca geçici koruma amacıyla sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancıların üzerlerinde, esyalarında ve taşıtlarında, sınırda Kara Kuvvetleri Komutanlığı Hudut Birlikleri, sınır kapılarında yetkili kolluk birimleri ile deniz yetki alanlarında Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından güvenlik kontrolü yapılır (m.17/3).

⁷⁹Bu yabancıların aile üyeleri; aynı yerde barındırılabilir, herhangi bir sakınca bulunmaması durumunda geçici korunanların bulunduğu ayrı bir geçici barınma merkezinde veya Genel Müdürlükçe belirlenen bir ilde ya da valilik tarafından belirlenen yerde ikamet edebilir (m.18/3).

⁸⁰Silahtan arındırma işlemi yetki alanına göre sınırlarda Kara Kuvvetleri Komutanlığı Hudut Birlikleri ve Sahil Güvenlik Komutanlığı; ülke içinde ise ilgili kolluk birimleri tarafından yapılacaktır (m.18/1).

korumadan yararlanan yabancıların ikamet ve seyahat hakkı, bu yabancıların özel statülerinden dolayı aşağıda anlatılacağı üzere diğer yabancılardan farklı usul ve esaslara bağlı olarak düzenlenmiştir

a. İkamet ve Barınma Hakkı

YUKK'tan önce yürürlükte olan Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanuna⁸¹(YİSHK) göre Türkiye'ye gelip de bir aydan fazla⁸² kalmak isteyen yabancıların (ikamet izni ile ilgili muafiyetler ve kolaylıklar saklı kalmak kaydıyla)⁸³ emniyet makamlarından ikamet tezkeresi alması gerekmekteydi(m.3). Kanunda, mülteci ve sığınmacılar bakımından da bu zorunluluğa istisna getiren bir hüküm yer almamaktaydı. Mülteci ve sığınmacıların ikamet izni ile ilgili olarak, Cenevre Sözleşmesi ile İltica Yönetmeliği çerçevesinde Türkiye'de sığınma başvurusunda bulunan yabancı uyruklu ya da vatansız kişilere uygulanacak usul ve esasların belirlenmesi amacıyla hazırlanmış olan 57 sayılı İçişleri Bakanlığı Uygulama Talimatı⁸⁴ da izin bakımından muafiyet sağlamıyordu. 57 No'lu Talimat, ülkemizden sığınma/iltica talebinde bulunan başvuru sahiplerine resen altı ay süreli ikamet izni verilerek ikamet tezkeresi düzenleneceğini kabul etmişti(m.11). Bu yabancıların ikamet edecekleri yeri seçebilme özgürlükleri de yoktu. YİSHK ve diğer hukuki düzenlemeler⁸⁵ Türkiye'ye

⁸¹RG 24.07.1950/7564.

⁸²Bu süre, 22.12.2003 tarih ve 2003/6641 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile (RG 08.01.2004/25340) vize muafiyet süresinin ya da yabancıların hamili olduğu vize etiketindeki ikamet süresinin yeterli olması kaydıyla 90 güne çıkarılmıştı. Ancak daha sonra yeni yürürlüğe giren Bakanlar Kurulu kararı ile (RG 24.10.2011/28094) bu uygulama da sona erdirilmiş ve giriş vizesi veya vize muafiyeti kapsamında ülkede kalış süresi, vize muafiyeti süresi ya da vizede belirtilen kalış süresi yeterliyse, yabancıların Türkiye'den çıktığı gün itibarıyla önceki 180 gün zarfında 90 gün olarak belirlenmişti.

⁸³YİSHK döneminde ikamet izni alınması hususunda yabancılarla sağlanan kolaylıklar ve muafiyetlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s.101-105.

⁸⁴22.06.2006 tarihli talimat için bkz. http://www.egm.gov.tr/Documents/uygulama_talimati_2010_genelge.pdf (Erişim tarihi 29.01.2015).

⁸⁵YİSHK uyarınca, siyasi sebeplerle Türkiye'ye sığınan yabancılar ancak İçişleri Bakanlığınca müsaade olunacak yerlerde ikamet edebilirlerdi (m.17). İltica Yönetmeliği uyarınca da Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden yabancılar, İçişleri Bakanlığından bir talimat gelinceye kadar İçişleri Bakanlığınca uygun görülecek bir merkez veya misafirhanede barındırılır veya İçişleri

sığınan yabancılara ancak İçişleri Bakanlığının göstereceği yerlerde⁸⁶ ikamet edebilme hakkı tanıyordu (m.17). YUKK uluslararası koruma başvurusunda bulunan ya da bu korumadan yararlanan yabancılar bakımından aşağıda anlatılacağı üzere önemli değişiklikler getirmiştir.

aa. Uluslararası Koruma Statüsü Başvuru Sahibi ile Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Yabancılar

YUKK, uluslararası koruma statüsü sahiplerini ikamet izni almaktan muaf tutmuştur. Kanuna göre bu muafiyeti sağlayacak olan da ‘uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi’dir⁸⁷. Buna göre, kendilerine uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi verilen mülteciler⁸⁸ bu belgeyle üçer yıl; şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü verilenler ise birer yıl süreyle Türkiye’de geçerli yasal ikamet iznine sahip olacaktır (m.83). Kanun, henüz uluslararası koruma statüsü elde edememiş yabancıların durumunu da düzenlemiştir. Buna göre, uluslararası koruma başvurusu kaydedilen yabancıya verilecek ve gerektiğinde otuz günlük sürelerle uzatılabilecek olan kayıt belgesi⁸⁹ ile uluslararası koruma başvurusunda

Bakanlığınca gösterilecek bir yerde serbest ikamete tâbi tutulurdu(m.5/d). Mülteci ve sığınmacılardan durumları uygun olanların yurt içinde serbest ikamet ve seyahatlerine, ilgili bakanlık ve kuruluşların esasa ilişkin görüşü alınarak, yine İçişleri Bakanlığınca izin verilebilirdi(m.15/3). 57 sayılı Uygulama Talimatı da aynı doğrultuda, ikamet tezkeresinin yalnızca sığınmacı/mülteci yerleştirmesi yapılan ve listede belirtilen illerce düzenleneceğini kabul etmişti. Bu iller dışındaki illerde ikamet edilebilmesi ancak insani mülahazalar ile uygun görülmesi halinde, İçişleri Bakanlığınca verilecek talimat üzerine mümkün olabilecekti (m.11).

⁸⁶Uygulamada, ikamet izni verilen bu yerlerin genellikle nüfusu yoğun olmayan ve asayiş yönünden problemi bulunmayan uydu iller olduğu yönünde bkz. ÇİÇEKLİ, Sempozyum, s.355.

⁸⁷Bu belgeler YUKK’un 83. maddesinde düzenlenmiştir. Kanuna göre mülteci statüsü verilenlere yabancı kimlik numarasını içeren üçer yıl süreli; şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü verilenlere yine yabancı kimlik numarasını içeren ve hiçbir harca tabi olmayan birer yıl süreli kimlik belgesi düzenlenir.

⁸⁸Cenevre Sözleşmesi taraf devletlere, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, ülkelerinde genel olarak aynı koşullardaki yabancılar için kabul edilen kurallar çerçevesinde, ikamet yerlerini seçme hakkı tanıma yükümlülüğü getirmiştir (m.26).

⁸⁹YUKK m.69/7 kayıt belgesini düzenlemektedir. Kanuna göre, başvuru sahibine kayıt esnasında; kimlik bilgilerini içeren, uluslararası koruma başvurusunda bulunduğunu belirten, otuz gün geçerli kayıt belgesi verilir. Kayıt belgesi, gerektiğinde otuz günlük

bulunan ve mülakatı tamamlanan başvuru sahibine (ve varsa birlikte geldiği aile üyelerine) verilen uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi⁹⁰ de ikamet izni yerine geçecek ve sahipleri için ikamet izninden muafiyet sağlayacaktır⁹¹ (m.20/1-g). YUKK'un ikamet izniyle ilgili süreleri belirlerken AB Vasıf Yönergesi'ni esas aldığı söylenebilir. Yönerge de milli güvenlik ya da kamu düzeninin aksini gerektirmediği sürece, mülteci statüsü verildikten sonra en kısa zamanda bu statüden yararlanan kişilere en az üç yıl süreli⁹² ve süresi uzatılabilen ikamet izni⁹³; ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilere ise yine bu statüyü almalarından sonra en az bir yıl süreyle geçerli ve süresi uzatılabilen ikamet izni verileceğini kabul etmiştir (m.24).

YUKK'un uluslararası koruma statüsü sahibi olan yabancıların ikamet hakkı ile ilgili yeniliklerinden biri de Türkiye'ye sığınan yabancılara ancak İçişleri Bakanlığının göstereceği yerlerde ikamet edebilme hakkı tanıyan YİSHK'nın ve diğer hukuki düzenlemelerin aksine, kural olarak uluslararası koruma statüsü sahibi olan yabancılara, genel olarak yabancılar bakımından kabul edilen sınırlar çerçevesinde, istedikleri yerde ikamet etme hakkı

sürelerle uzatılabilir. Kayıt belgesi, hiçbir harca tâbi olmayıp başvuru sahibinin Türkiye'de kalışına imkân sağlar.

⁹⁰YUKK uyarınca uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi, mülakatı tamamlanan başvuru sahibine ve varsa birlikte geldiği aile üyelerine, uluslararası koruma talebinde bulunduğunu belirten ve yabancı kimlik numarasını içeren altı ay süreli (başvurusu sonuçlandırılmayanların kimlik belgeleri altı aylık sürelerle uzatılır) düzenlenen ve hiçbir harca tabi olmayan bir belgedir.(m.76).

⁹¹İltica Yönetmeliği, sığınma talebinde bulunan yabancıların, İçişleri Bakanlığında bir talimat gelinceye kadar İçişleri Bakanlığınca uygun görülecek bir merkez veya misafirhanede barındırılmasını (bu bağlamda İltica Yönetmeliği yabancılar için, aksi gerekmedikçe İçişleri Bakanlığınca hazırlanan Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği (RG 29.04.1983/18032) ile Mülteci Misafirhaneleri İç Hizmet Yönergesi hükümleri uygulanmasını kabul etmişti (m.15/2)) veya İçişleri Bakanlığınca gösterilecek bir yerde serbest ikamete tabi tutulacağını hükme bağlamıştı(m.5/d). YUKK, ise kayıt anından itibaren beklemeden ikamet iznine sahip olabileme imkânı sağlamaktadır.

⁹²Yönerge uyarınca, mülteciler hakkında geri gönderme kararı alınması halinde ikamet izinleri iptal edilebilir, sona erdirilebilir ya da uzatılması reddedilebilir (m.21/3). Bu madde ikamet izni verilirken de dikkate alınacaktır.

⁹³Aile birliğinin sürdürülmesinin sağlanmasını temin etme yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla, mülteci statüsünden yararlanan kişilerin aile üyeleri için düzenlenecek ikamet izinleri üç yıldan kısa süreli olabilir ve süresi uzatılabilir (m.24/1).

tanımasıdır. Bu durum ancak, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi yabancılar bakımından, Genel Müdürlük tarafından, kamu düzeni veya kamu güvenliği nedeniyle belirli bir ilde ikamet etme, yükümlülüğü⁹⁴ getirilmesi halinde istinaya (m.95) uğratılabilecektir.

YUKK, ikamet izinleri ve türleri ile ilgili olarak da YİSHK'dan oldukça farklı ve kapsamlı hükümler içermektedir⁹⁵. YUKK'un ikamet türleriyle ilgili düzenlemeleri incelendiğinde, uluslararası korumadan yararlanan yabancıların durumlarıyla ilgili olarak aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacak olan aile ikamet izni dışında, uzun dönem ve insani ikamet izinlerini düzenleyen maddelerin de belirli esasların kabul edildiği görülür. Uzun dönem ikamet izni, Türkiye'de süresiz olarak kalma imkânının yanı sıra askerlik yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme, muaf olarak araç ithal etme ve özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tâbi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanma hakkı sağlar⁹⁶(m.44). Uluslararası korumadan yararlanan yabancılar ise uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanınmamıştır⁹⁷ (m.42/2). Kanun, uluslararası koruma başvurusu

⁹⁴Bu kişiler, adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak ve ikamet adreslerini valiliğe bildirmekle de yükümlüdür (m.82).

⁹⁵YUKK, ikamet izniyle ilgili eski mevzuattan farklı ve ayrıntılı düzenlemeler kabul ederek; kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni, öğrenci ikamet izni uzun dönem ikamet izni, insani ikamet izni ve insan ticareti mağduru ikamet izni olmak üzere 6 tür ikamet izni düzenlenmiştir (m.30). YUKK'un düzenlediği ikamet izni türleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİN, E.: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Türkiye'de İkameti, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2014 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s.85-112.

⁹⁶Uzun dönem ikamet izni alan yabancıların durumunun adeta mavi kart sahipleriyle eşitlendiği; ancak uzun dönem ikamet izni söz konusu olduğunda bu izne sahip olanlara tanınan haklara Bakanlar Kurulu tarafından kısmen ya da tamamen kısıtlama getirme yetkisi tanındığı yönünde bkz. EKŞİ, N.:Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014, s.93.

⁹⁷Kanun uyarınca mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri dışında insani ikamet izni sahipleri ile geçici koruma sağlanan yabancılar da uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanınmayacaktır (m.42/2). YUKK'un uzun dönem ikamet izniyle ilgili düzenlemesinde esas aldığı Avrupa Birliğinin 'Uzun Dönemli İkamet Eden Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Durumu Hakkındaki 25.10.2003 tarihli ve 2003/109/EC sayılı Konsey

kabul edilemez olarak değerlendirilen ya da başvurusunu geri çeken veya geri çekilmiş sayılan, dolayısıyla Türkiye’de ikamet iznine sahip olmayan başvuru sahibinin bu işlemlere karşı yargı yoluna başvurusu halinde ya da başvuru sahibinin ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilmesi işlemlerinin devamı süresince, en fazla birer yıllık olma şartıyla⁹⁸ İçişleri Bakanlığının onayı ile valilikçe insani ikamet izni verilebilmesine de imkân tanımaktadır(m.46). Bu izin, özellikle uluslararası koruma başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen ya da başvurusunu geri çeken veya geri çekilmiş sayılan, dolayısıyla Türkiye’de ikamet iznine sahip olmayıp haklarında sınır dışı etme kararı alınabilecek olan yabancılar bakımından haklarındaki yargı kararı kesinleşinceye kadar Türkiye’de yasal olarak bulunabilme imkânı sağlaması bakımından önemlidir.

YUKK, uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi yabancıların, barınma ihtiyaçlarını kendilerinin karşılamasının esas olduğunu kabul etmişse de Genel Müdürlüğün, bu yabancıların barınma, iâşe, sağlık, sosyal ve diğer ihtiyaçlarının karşılanacağı yönetimi ve işletilmesiyle ilgili usul ve esasların ise yönetmelikle düzenleneceği kabul ve barınma merkezleri kurabileceğini de hükme bağlamıştır (m.95). Nitekim, YUKK’un yürürlüğe girmesinin hemen ardından 22.04.2014’te ‘Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşlettirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik’ yayınlanarak yürürlüğe girmiştir⁹⁹. Yönetmelik uyarınca, merkezler, doğrudan işletilebileceği gibi YUKK’un 58 inci ve 95 inci maddelerine istinaden; yönetim birimi görev alanına girmeyen beslenme, barınma, temizlik, güvenlik, sağlık, sosyal ve psikolojik destek, sosyal, sanatsal ve sportif

Yönergesi’ de aynı şekilde mülteci olan veya mülteci olarak kabul edilmek için başvurmuş olup başvurusu henüz kesin karar aşamasına gelmemiş olan 3. ülke vatandaşları için Yönergenin uygulanmayacağını kabul etmiştir (m.3/2-d). Yönerge ‘mülteci’ teriminin 31 Ocak 1967 tarihinde New York’ta imzalanan Protokol ile değiştirilmiş haliyle, Cenevre Sözleşmesi’ndeki anlam çerçevesinde mülteci statüsünden yararlanan kişileri kapsadığını belirtmiştir (m.2/f). Yönerge için bkz. *OJ L* 16 23.01.2004, s.44-53.

⁹⁸Bu izinlerin uzatılabilmesi mümkündür (m.46/1). İnsani ikamet izni Bakanlığın onayı alınmak kaydıyla, iznin verilmesini zorunlu kılan şartlar ortadan kalktığında valiliklerce iptal edilir ve uzatılmaz (m.47).

⁹⁹RG 22.04.2014/28980

faaliyetler gibi hizmetlerin gördürülebilmesi amacıyla kamu kurum ve kuruluşları, Türk Kızılay Derneği ya da kamu yararına çalışan derneklerden göç alanında uzmanlığı bulunanlara işlettirilebilir¹⁰⁰(m.8). Kanun, ikamet ve barınma hakkı bağlamında refakatsiz çocukların¹⁰¹ durumunu özel olarak düzenlemiş ve bu çocukların görüşleri de dikkate alınmak suretiyle, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından, uygun konaklama yerlerine veya yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına yerleştirileceğini; on altı yaşını doldurmuş olanların, uygun koşullar sağlandığında kabul ve barınma merkezlerinde de barındırılabilceğini kabul etmiştir (m.66/1b, c)¹⁰². Kanuna göre, kabul ve barınma merkezi dışında ikamet etseler bile, uluslararası koruma başvuru sahibi veya statüsü sahibi kişilerle aile üyeleri bu merkezlerdeki, aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacak hizmetlerden yararlandırılabilir (m.95/5).

bb. Geçici Korumadan Yararlanan Yabancılar

Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca, geçici koruma amacıyla ülkemize gelen yabancılar, geçici barınma merkezlerine sevk edilinceye veya bu merkezlerin dışında kalacaklarsa ikâmetlerine yönlendirilinceye kadar kayıt ve diğer işlemler için geçici olarak sevk merkezlerinde¹⁰³ bekletileceklerdir. Kimlik tespiti ve kayıt işlemlerinin tamamlanmasının

¹⁰⁰Konuyla ilgili Türkiye aleyhindeki yargı kararları da dikkate alınarak düzenlenen Yönetmelik uyarınca merkezlerin kurulması, işletilmesi ve işlettirilmesinde ,verilecek hizmetlerin yerine getirilmesinde yaşam hakkının korunması, insan odaklı yaklaşım, refakatsiz çocuğun yüksek yararının gözetilmesi, özel ihtiyaç sahiplerine öncelik tanınması, kişisel bilgilerin gizli tutulması, yapılacak işlemlerde ilgililerin bilgilendirilmesi, barınanların sosyal ve psikolojik açıdan güçlendirilmesi, barınanların inanç ve ibadet özgürlüklerine saygı gösterilmesi, barınanlara dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin hizmet verilmesi esas alınacaktır (m.4).

¹⁰¹Kanuna göre refakatsiz çocuk, sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuktur (m.3/1-m).

¹⁰²Kanun uyarınca, çocukların yararı, yaşları ve olgunluk düzeyleri dikkate alınarak, mümkün olduğu ölçüde kardeşler bir arada bulundurulur; zorunlu olmadığı sürece konaklama yerlerinde değişiklik yapılmaz (m.66/1-ç).

¹⁰³Sevk merkezlerinin kurulması, yönetimi ve bu merkezlerdeki hizmetler, valilikler tarafından sağlanır (m.36).

ardından bu yabancılara şekli ve içeriği Genel Müdürlük tarafından belirlenecek, süreli veya süresiz olarak¹⁰⁴ ‘geçici koruma kimlik belgesi’ ve yabancı kimlik numarası verilecektir¹⁰⁵ (m.22). Geçici koruma kimlik belgesi, Türkiye’de kalış hakkı sağlasa da YUKK’da düzenlenen ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belgelere eşdeğer sayılmamaktadır (m.25).Yönetmelik bu belgenin Türkiye’de kalış hakkı sağlayacağını kabul etmiş¹⁰⁶; ancak bu belgeye bağlı olarak geçen sürenin ikamet izni toplamında dikkate alınmayacağını ve bu belgenin sahibine Türk vatandaşlığına başvuru hakkı sağlamayacağını da hükme bağlamıştır (m.25). Bu bakımdan süreli ya da süresiz olarak düzenlenebileceği ve geçici koruma kararı sona erinceye kadar geçerli olacağı belirtilen bu belgeler ancak geçerli koruma kararının yürürlükte olduğu süre için Türkiye’de ‘kalış hakkı’ sağlayacaktır. Yönetmeliğe göre, geçici koruma uygulamasının sona ermesi ya da kararının bireysel olarak sona ermesi ve iptali durumlarında bu yabancıların Türkiye’den çıkış yapması esas olmakla birlikte, istisnai olarak Bakanlar Kurulu tarafından, geçici korumadan yararlanmış olanlara koşullarını taşıdıkları statünün grup temelli olarak verilmesi kararının alınması veya uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının bireysel olarak değerlendirmeye alınması ya da bu yabancıların Kanun kapsamında belirlenecek koşullarda Türkiye’de kalmasına izin verilmesinin kararlaştırılması mümkündür (m.14). Bu durumlarda, ilgili hükümlere göre gerekli işlemlerin yapılacağını belirtildiğinden, söz konusu kişilere uluslararası koruma statüsü verilip verilmemesine göre Türkiye’de ikamet hakları belirlenecektir. Eğer uluslararası koruma statüsü verilirse ikamet

¹⁰⁴Bu belge geçici koruma sona erdiğinde geçerliliğini kaybedecek ve yabancından geri alınacaktır. Geçici koruma kararının iptal edilmesi halinde de belge iptal edilecektir (m.22/5 ve m.22/1).

¹⁰⁵Geçici koruma sağlanan yabancılar adres kayıt sistemine kaydedilir (m.21/5). Ancak geçici koruma kapsamına alınmayacak ya da haklarındaki geçici koruma kararı iptal edilmiş olan yabancıların adres kayıt sistemine kayıtlarının yapılmasına Genel Müdürlük karar verir (m.21/5).

¹⁰⁶AB Konseyi Geçici Koruma Yönergesi de üye devletlere koruma süresinin tamamı boyunca, geçici korumadan yararlanan kişilere oturma izni tahsis etmek için gerekli önlemleri kabul etme ve bu amaçla belgeler ve diğer eşdeğer kanıtlar temin etme yükümlülüğü getirmiştir (m.8/1).

hakları aldıkları statü kapsamında değerlendirilecek; uluslararası koruma statüsü verilmeyerek Kanun kapsamında belirlenecek koşullarda Türkiye’de kalma izni verilmesi durumunda ise ikamet ile ilgili YUKK’taki genel olarak yabancılar bakımından geçerli olan hükümlerin uygulanması gerekecektir. Yönetmeliğin 25. maddesi uyarınca bu yabancılara uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanınmadığı gibi geçici koruma belgesine bağlı olarak geçen sürenin ikamet izni toplamında dikkate alınmayacağıın kabul edilmesi nedeniyle söz konusu yabancılar kanunda düzenlenen diğer ikamet izni türlerine şartlarını taşıma koşuluyla başvurabilir. Bu bağlamda, Suriye’den gelip geçici koruma sağlanan yabancılara coğrafi kısıtlama nedeniyle mülteci statüsü verilmesi mümkün olmadığından ancak şartlı mülteci ya da ikincil koruma statüsü verilmesi mümkündür. Dolayısıyla ikamet izni için başvuruları da bu kapsamda değerlendirilecektir. Eğer uluslararası koruma statüsü tanınmadan Türkiye’de kalmalarına izin verilirse de genel olarak yabancılar için kabul edilen koşullar çerçevesinde YUKK’a tabi olacaklardır.

Geçici korumadan yararlanan yabancılar, valilikler tarafından işletilen veya işletirilen¹⁰⁷ geçici barınma merkezlerinde¹⁰⁸ kalacaklardır. Geçici koruma altında bulundurulmuş yabancıların, geçici barınma merkezleri dışında kalmalarına ise bazı şartlarla izin verilebilecektir. Buna göre, Genel

¹⁰⁷Yönetmelik uyarınca, yabancı ülke heyetleri, uluslararası kuruluş ve sivil toplum kuruluşlarının temsilcileri, basın mensupları, bilimsel amaçla araştırma yapanlar ile diğer kurum ve kuruluş temsilcilerinin geçici barınma merkezlerini ziyaret etmesine ilişkin usul ve esaslar, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşleri alınarak Dışişleri Bakanlığı, Bakanlık ve AFAD tarafından müşterek olarak belirlenir ve AFAD tarafından uygulanır (m.39).

¹⁰⁸Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca, geçici barınma merkezi Yönetmelik kapsamındaki yabancıların toplu olarak barınma ve işlerinin sağlanması amacıyla kurulan merkezlerdir (m.3/1-e). Geçici korumadan yararlananların bu merkezlere sevkleri yapılırken talepleri, ailevi durumları ve özel ihtiyaç sahibi olup olmadıkları gibi hususlar dikkate alınacaktır (m.23). Yönetmelik kapsamındaki yabancıların geçici barınma merkezlerinde yararlanacağı hizmetler aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere genel olarak, imkânlar ölçüsünde beslenme, barınma, sağlık, sosyal yardım, eğitim ve benzeri hizmetler olarak sayılmış; yine imkânlar ölçüsünde geçici barınma merkezlerinin dışında kalan geçici korunanların da bu merkezlerdeki hizmetlerden yararlandırılacağı kabul edilmiştir (m.38).

Müdürlük tarafından belirlenecek usul ve esaslara uygun olarak yine Genel Müdürlüğün belirleyeceği illerde kalmalarına, kamu güvenliği, kamu düzeni ya da kamu sağlığı bakımından herhangi bir sakınca görülmezse, izin verilebilecektir (m.24/1). Geçici koruma altına alınan yabancının ihtiyaç sahibi olması halinde imkân dahilinde valilikler tarafından belirlenecek yerlerde barındırılabilmesi de mümkündür (m.24/2). AFAD'ın 2014/4 sayılı Genelgesine göre refakatsiz çocuklar ve engelliler gibi özel ihtiyaç sahiplerinin barındırılması, bakılması ve gözetiminden Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı sorumludur¹⁰⁹. Bakanlık geçici koruma merkezleri dışında bulunan hassas grupların da, çocuk yuvaları, kadın sığınma evleri gibi kuruluşlardan yararlandırılmasını sağlayacaktır¹¹⁰.

b. Seyahat Hakkı

Yukarıda da belirtildiği üzere, Cenevre Sözleşmesi, buldukları ülkede yasal olarak ikamet eden mültecilerin özgürce seyahat etme hakkı olduğunu kabul etmiş ve bu hakkın genel olarak aynı koşullardaki yabancılara sağlanan ile eşit kapsamda tanınması gerektiğini hükme bağlamıştır. Ayrıca Sözleşme uyarınca, taraf devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, ulusal güvenlikleri veya kamu düzenleri ile ilgili engelleyici ciddi sebepler bulunmadıkça, kendi toprakları dışında seyahatlerini temin edecek seyahat belgeleri vermekle de yükümlüdür (m.28).

aa. Uluslararası Koruma Statüsü Başvuru Sahibi ile Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Yabancılar

YUKK, seyahat hak ve özgürlüğünün temini bakımından mülteciler için valiliklerce, Cenevre Sözleşmesinde belirtilen seyahat belgesinin düzenleneceğini; şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin seyahat belgesi taleplerinin ise Pasaport Kanununun 18. maddesi çerçevesinde değerlendirileceğini hükme bağlamıştır (m.84). Buna göre şartlı mülteci ve

¹⁰⁹Refakatsiz çocuklar, esas olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı koordinesinde barındırılmakla birlikte, Yönetmelik uyarınca, uygun koşullar sağlanırsa geçici barınma merkezlerinde ayrı bir bölümde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının kontrol ve sorumluluğunda AFAD ile işbirliği halinde barındırılabilir (m.23/4).

¹¹⁰Genelge, Sosyal Yardımlar, s.7.

ikincil koruma statüsü verilenlere, Pasaport Kanununun 18. maddesinde düzenlenen, İçişleri Bakanlığı ve yabancı memleketlerde ise İçişleri Bakanlığının talebi veya tasvibi üzerine Dışişleri Bakanlığınca verilecek talimata istinaden, Türkiye Cumhuriyeti konsolosluk makamları tarafından ‘yabancılara mahsus damgalı pasaport’¹¹¹ verilebilecektir. YUKK uyarınca, Pasaport Kanununa göre verilmiş ve geçerliliklerini yitirmemiş yabancılara mahsus damgalı pasaport sahiplerine vize muafiyeti de tanınacaktır (m.12/1-c). AB Vasıf Yönergesi de üye devletlere mülteciler için Cenevre Sözleşmesinde belirlenen seyahat belgelerini; ülke pasaportu alamayan ikincil koruma statüsü sahiplerine ise ulusal güvenlik ve kamu düzeni kaynaklı zorunlu nedenler aksini gerektirmedikçe, en azından başka bir devlette bulunmalarını gerektiren ciddi insani nedenler ortaya çıktığında seyahat etmelerini sağlayan seyahat belgeleri düzenleme yükümlülüğü getirmektedir (m.25). Bu bağlamda ‘yabancılara mahsus damgalı pasaport’ ile ikincil koruma statüsü sahipleri için düzenlenecek olan seyahat belgeleri aynı işlevi görecektir. Yönerge uyarınca bu belgeler, ‘ciddi insani nedenler ortaya çıktığında’ bir başka devlete seyahati temin için verilecektir. Dolayısıyla, söz konusu belgelerin düzenlenmesi Yönergede belirtilen istisnai durumlarda mümkün olabilecektir. Türk hukukunda ise, yabancılara mahsus damgalı pasaportların verileceği yabancıların belirlenmesinde genel olarak takdir yetkisinin İçişleri Bakanlığına verildiği söylenebilir¹¹².

¹¹¹Pasaport Kanunu uyarınca, bu pasaportlar Türkiye'ye yalnız bir giriş veya Türkiye'den yalnız bir çıkış için geçerlidir. Pasaportlar giriş için verildiği takdirde Türkiye'ye girişin gerçekleşmesiyle; Türkiye'den çıkış için verildiği takdirde de üzerindeki şerhte belirtilen ülkeye giriş ile geçerliliğini yitirecek olan bu pasaportların sahipleri tarafından ita tarihinden itibaren bir ay içinde bulunduğu memleketi terketmek suretiyle kullanılmalıdır; zira aksi takdirde yenilenmesi gerekir (m.18).

¹¹²Pasaport Kanunu uyarınca, "yabancılara mahsus" damgasını taşıyan bu pasaportlar, vatansızlara veya vatandaşlık durumlarının muntazam bulunmaması nedeniyle ikamet ve seyahatleri bakımından fiilen vatansızlara tatbik edilen muamelelere tâbi tutulmasında İçişleri Bakanlığınca zaruret görülen kimselere icabında yine İçişleri Bakanlığın alacağı kararla verilebilir. Türkiye Cumhuriyeti konsolosluk makamları bu pasaportları, Türkiye içinde İçişleri Bakanlığının, Türkiye dışında ise yine İçişleri Bakanlığının talebi veya tasvibi üzerine Dışişleri Bakanlığının talimatına istinaden verecektir (m.18/1).

bb. Geçici Korumadan Yararlanan Yabancılar

Geçici Koruma Yönetmeliğine göre, kendilerine geçici koruma sağlanan yabancılardan geçerli seyahat belgesi olmayan ya da seyahat belgesi temin edemeyenlerin bu husustaki talepleri¹¹³, Pasaport Kanunu çerçevesinde Genel Müdürlük tarafından değerlendirilecektir (m.42). Dolayısıyla yine Pasaport Kanununun yabancılara mahsus damgalı pasaportlarla ilgili yukarıda anlatılan hükümleri uygulanacaktır. Geçici koruma sağlanan yabancıların, geçici veya daimi olarak üçüncü ülkeye çıkışları için Genel Müdürlüğün izni gerekli olup¹¹⁴; bu kişilerden ülkemizden çıkış yapanlar veya yapacak olanlar hakkında giriş yasağına ilişkin hususlar ise YUKK'taki genel hükümlere tâbi kılınmıştır (m.43).

3. Aile Birleştirme Talep Hakkı

Ailenin korunması ve aile hayatına saygı yükümlülüğü pek çok uluslararası belge ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile AB Temel Haklar Şartında¹¹⁵ da düzenlenen temel haklardan biridir¹¹⁶. Aile birliği ilkesinin önemli bir mülteci hakkı olduğu Cenevre Sözleşmesinin Nihai Belgesi'nde de kabul edilmiştir¹¹⁷. Yabancılar bakımından aile hayat

¹¹³AB Konseyi Geçici Koruma Yönergesi ise üye devletlere, gerektiği takdirde, geçici koruma amacı ile sınırlarına kabul ettikleri kişilere, transit vizeler de dâhil olmak üzere gerekli vizeleri almak için gerekli her imkânı sağlama yükümlülüğü getirmiştir Yönergeye göre ayrıca durumun aciliyeti sebebi ile formaliteler en aza indirilmeli; vizeler için her hangi bir ücret talep edilmemeli ya da vizelerin ücreti en aza indirilmelidir (m.8).

¹¹⁴Yönetmelik uyarınca, Genel Müdürlük geçici koruma sağlanan yabancıların geçici veya daimi olarak üçüncü ülkeye yerleştirilmeleri amacıyla uluslararası kuruluşlar, sivil toplum kuruluşları ve ülkelerle işbirliği yapabilir, proje ve programlar geliştirebilir ve uygulayabilir (m.44/2).

¹¹⁵'EU Charter of Fundamental Rights', *OJ C* 364, 18.12.2000.

¹¹⁶AİHS'in 'Özel hayatın ve aile hayatının korunması' başlığını taşıyan 8. maddesi uyarınca herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir; bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir. AB Temel Haklar Şartı da "Herkesin özel, aile yaşamına, ikametine ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı vardır" hükmüyle aile hayatının korunması gereken haklardan olduğunu kabul etmiştir (m.7).

¹¹⁷ÇİÇEKLİ, Sığınmacılar, s.180.

hakkının bir yönünü oluşturan ve yabancıнын giriş yaptığı ülkede, hâlihazırda evli olması nedeniyle eş ve çocukları dâhil diğer aile fertlerinin ülkeye girişini ve ikametini talep etmesine ‘aile birleşimi’ denir¹¹⁸.

a. Uluslararası Koruma Statüsü Başvuru Sahibi ile Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Yabancılar

Yukarıda da belirtildiği üzere YUKK hazırlanırken AB’nin ortak Avrupa Sığınma Sistemi oluşturulmasına yönelik temel düzenlemeleri esas alınmıştır. Bu bağlamda, uluslararası korumadan yararlanan yabancılara tanınan temel haklardan olan ‘aile birleştirme talep hakkı’ da YUKK’ta ‘aile birleştirme talep hakkı’ adı altında olmasa da aile ikamet izni yoluyla tanınmıştır. Aile ikamet izni, AB’nin aile birleştirme hakkı ile ilgili ‘2003/86/EC Aile Birleşimi Konsey Yönergesi’¹¹⁹, esas alınarak düzenlenmiştir. Yönergede düzenlenen aile birleştirme talep hakkı¹²⁰, aileyi korumak ve aile hayatını kurmak ya da muhafaza etmek bakımından üye devletlerden birinde yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşına

¹¹⁸ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s.59.

¹¹⁹‘Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 On the Right to Family Reunification’, *OJL* 251, 03.10.2003, s.14-15.

¹²⁰Yönerge, üye devletlerin topraklarında yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarının aile birleştirme hakkını kullanmaları için gerekli olan şartları belirlemek amacıyla kabul edilmiştir (m.1). Yönerge bu bağlamda, temel olarak, ‘sponsor’ ya da ‘destekleyici’ olarak adlandırılan ve aile birleştirme için başvuran ya da aile üyelerinin kendisine katılmak üzere başvurduğu, bir üye devlette yasal olarak ikamet eden Birliğin vatandaşı olmayan kişinin aile üyelerinin bu devlette aile birliğinin oluşması için ailenin meydana gelişinin ikamet edenin ülkeye girişinden önce ya da sonra olmuş olmasına bakılmaksızın, aile birliğini korumak üzere üye devlete girişi ve ikamet etmesi hak ve koşullarını düzenlemektedir. Yönerge dâhilinde ülkelere girişine ve ikametine izin verilecek aile üyeleri 4. maddede sayılmıştır. Buna göre, sponsorun eşi; sponsorun küçük çocukları ve eşleri, ilgili üye devlet’in yetkili makamlarınca verilen bir karara, veya o üye devletin uluslararası yükümlülükleri nedeniyle otomatik olarak icra edilen ya da uluslararası yükümlülüklerce tanınan bir karara uygun olarak evlat edinilmiş çocukları; sponsorun velayetinde olan evlat edinilmişler de dahil olmak üzere kendisine bağımlı olan çocuklar (üye devletler velayet paylaşılan diğer tarafın iznine bağlı olarak ortak velayet altındaki çocukların birleştirilmesine de izin verebilirler). Doğrudan üstsoy akrabalara, evlenmemiş çocuklara ve evlenmemiş ya da kayıtsız eşlere de, çok eşlilik durumunda diğer eş ile sponsorun küçük çocuklarına ve de aile birleştirme izninin tanınıp tanınmayacağına karar verecek olan üye devletlerdir (m.4 giriş10).

ailesinin birleştirilmesi için başvuruda bulunma hakkı sağlar (m.5-6). Yönerge, mülteci ailelerinin yeniden birleştirilmesi hususunu ise diğer yabancılardan ayrı olarak düzenlemiştir¹²¹ ve Yönerge'nin sadece üye devletler tarafından tanınmış mültecilere uygulanabileceği kabul edilmiştir (m.9/1)¹²².

Yukarıda da belirtildiği üzere YUKK aile birleştirme talep hakkını düzenlememiştir. Ancak aile ikamet izni talep edebilecek yabancılar arasında mültecileri ve ikincil koruma statüsü sahiplerini de saymıştır (m.34/1). Böylelikle de mülteci ya da ikincil koruma statüsü sahibi olan yabancıların aile ikamet izni aracılığıyla aile birleştirme hakkından yararlanması mümkün kılınmıştır. Kanun, söz konusu yabancılara aile ikamet izninden yararlanma konusunda bu izinden yararlanma hakkı tanınan diğer yabancılara göre bazı kolaylıklar da sağlamaktadır. Aile ikamet izninin şartlarının düzenlendiği 35. maddenin 4. fıkrasında, Türkiye'de bulunan

¹²¹Yönerge mültecilerin aile birleştirme hakkından yararlanmasını ise özel olarak 5. kısımda 9-13. maddeler arasında düzenlemiştir. Genel olarak aile üyeleri belirlenirken 4. maddenin kıstasları mülteciler için de geçerli olmakla birlikte mülteciler lehine istisnalar da getirilmiştir. Buna göre, üye devletler tarafından tanınmış mültecilerin ailelerinin yeniden birleştirilmesinde mülteciye bağımlı olmaları durumunda madde 4'te bahsedilmeyen aile üyelerine de aile birleştirme hakkını verebilir. 4. maddenin kapsadığı küçük çocuklar kural olarak, üye devletin hukuku uyarınca ergenlik yaşının altında olmalı ve evli olmamalıdır. 10. maddenin birinci fıkrası uyarınca bu şart mültecilerin çocukları bakımından uygulanmayacaktır. Mültecinin refakatsiz bir küçük olması durumunda ise üye devletler, 4. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde belirtilen hükümleri uygulamaksızın birinci dereceden üstsoy akrabalarına aile birleştirme amacıyla giriş ve ikamet izni verecektir ve birinci dereceden üstsoy akrabalarının olmaması ya da bu kişilerin izinin bulunmaması durumunda mültecinin yasal vasisine ya da herhangi bir aile üyesine de aile birleştirme amacıyla giriş ve ikamet izni verebilecektir (m.10/3).

¹²²Bu hükümden hareketle Yönergenin gerek talepleri henüz kesin bir karara konu olmamış mülteci niteliği tanınmasını talep eden üçüncü ülke vatandaşlarına, gerek ikincil koruma biçimleri uyarınca üye ülkede ikametine izin verilmiş olan yabancılara uygulanmayacağı ve bu düzenleme şeklinin de AİHS'nin 8. maddesi ile bağdaşmadığı belirtilerek Yönerge eleştirisi konusu yapılmıştır. Konuyla ilgili bkz. ERGÜL, E.: "Avrupa Birliği Müktesabatında Yabancıların Aile ve Özel Hayat Hakkı Çerçevesinde Korunması", *Ankara Barosu Dergisi* S.3, 2013, s.204. Ancak daha sonra yürürlüğe giren Vasıf Yönergesi üye devletlere ikincil koruma statüsü sahipleri için de aile birliğinin sürdürülmesini temin etme yükümlülüğü getirmiş ve bu bağlamda mülteci ya da ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilerin söz konusu statü için aranan şartları şahsen karşılamayan aile üyelerinin, üye devletlerden ulusal mevzuatları çerçevesinde ve aile üyesinin kişisel yasal statüsüne uygun olduğu ölçüde ikamet izni talep edebileceğini kabul etmiştir (m.23/2).

mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin başvuruları bakımından aynı maddenin birinci fıkrasında sayılan ve aile izni taleplerinde destekleyicide¹²³ aranan şartların¹²⁴ idarenin takdirine göre aranmayabileceği kabul edilmiştir.

Aile ikamet izni, mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin yabancı eşlerine¹²⁵, kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna, kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna, hiçbir şekilde destekleyicinin ikamet izni süresini aşmamama kaydıyla, her defasında iki yılı aşmayacak şekilde¹²⁶ verilebilecektir(m.34/1). Kanun başvuranların birden fazla eşe sahip bulunması durumunda ne yapılacağı konusuna da açıklık getirmiştir. Buna göre vatandaşı buldukları ülke hukukuna göre birden fazla eş ile evlilik mevcutsa, eşlerden yalnız birine aile ikamet izni verilecek; ancak diğer eşlerden olan çocuklara da aile ikamet izni verilebilecektir (m.34/2)¹²⁷.

¹²³YUKK uyarınca destekleyici, aile birliği amacıyla Türkiye'ye gelecek yabancıların masraflarını üstlenen ve ikamet izni talebinde bulunanlar tarafından başvuruya dayanak gösterilen Türk vatandaşını veya Türkiye'de yasal olarak bulunan yabancıyı ifade eder (m.3/1-f).

¹²⁴YUKK uyarınca destekleyici de aranan bu şartlar şunlardır: Toplam geliri asgari ücretten az olmamak üzere, ailedeki fert başına asgari ücretin üçte birinden az olmayan aylık geliri bulunmak; ailenin nüfusuna göre, genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma şartlarına sahip olmak ve tüm aile fertlerini kapsayan sağlık sigortası yaptırmış olmak; başvuru tarihi itibarıyla, beş yıl içinde aile düzenine karşı suçlardan herhangi birinden hüküm giymemiş olduğunu adli sicil kaydıyla belgelemek; Türkiye'de en az bir yıldır ikamet izniyle kalıyor olmak ve adres kayıt sisteminde kaydı bulunmak (m.35).

¹²⁵YUKK uyarınca, aile ikamet izni verilmeden veya uzatılmadan önce makul şüphe varsa, evliliğin sırf ikamet izni alabilme amacıyla yapıp yapılmadığı valiliklerce araştırılır. Araştırma sonucunda, evliliğin bu amaçla yapıldığı tespit edilirse aile ikamet izni verilmez, verilmişse iptal edilir; aile ikamet izni verildikten sonra da evliliğin anlaşmalı olup olmadığı konusunda valiliklerce denetim yapılabilir. (m.37/1-2). Yine, aile ikamet izninin, verilmiş amacı dışında kullanıldığının belirlenmesi halinde iptal edileceği veya uzatılma talebinin reddedileceği de hükme bağlanmıştır (m.36/1-ç).

¹²⁶Ancak destekleyicinin ölümü hâlinde, bu kişiye bağlı aile ikamet izniyle kalanlara, süre şartı aranmadan kısa dönem ikamet izni verilebilir (m.34/7).

¹²⁷Aile Birleştirme Hakkı Yönergesi aile üyelerini daha kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir. Buna göre Yönerge dâhilinde üye ülkelere girişine ve ikametine izin verilecek aile üyeleri sponsorun eşi; sponsorun küçük çocukları ve eşleri, ilgili üye devlet'in yetkili makamlarınca verilen bir karara, veya o üye devletin uluslararası yükümlülükleri nedeniyle otomatik

Kanun, aile ikamet izninden yararlanma hakkından yararlanacak yabancılar arasında uluslararası koruma başvurusunda bulunanları¹²⁸, şartlı mültecileri ve geçici korumadan yararlanan yabancıları saymamıştır. Bunun sebebinin, Kanunun anılan bu yabancıların ülkede kalışını geçici olarak görmesi olabileceği ifade edilmektedir¹²⁹. Oysa YUKK'tan sonra yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği, aşağıda anlatılacağı üzere, geçici korumadan yararlanan yabancılarla aile birleştirme talep hakkı tanımıştır. Kanaatimizce, şartlı mültecilerin aile birleştirme hakkından yararlanabilmelerini sağlayacak herhangi bir hukuki düzenleme bulunmaması nedeniyle bunu sağlayacak bir yol olan aile ikamet izninin kapsamı dışında bırakılmaları bir eksiklik¹³⁰ ve bu eksiklik aile birleştirme hakkından mahrum kalmalarına sebep olabilecektir.

b. Geçici Korumadan Yararlanan Yabancılar

Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca, geçici korumadan yararlanan yabancılar, başka bir ülkede bulunan eşleri, ergin olmayan çocukları ve bağımlı ergin çocukları ile Türkiye'de bir araya gelmek üzere aile birleşimi talebinde bulunabilir¹³¹ (m.49/1). Refakatsiz olduğu tespit edilen çocuklarla

olarak icra edilen ya da uluslararası yükümlülüklerce tanınan bir karara uygun olarak evlat edinilmiş çocukları; sponsorun velayetinde olan evlat edinilmişler de dâhil olmak üzere kendisine bağımlı olan çocuklarıdır (m.4).

¹²⁸Sığınma başvurusunda bulunanlar bakımından konuyu düzenleyen Dublin II Tüzüğü'nün 15. maddesine göre, ilgili kişinin rıza göstermesi şartıyla, her üye devlet Tüzükte belirtilen kriterlere göre, sığınma başvurusunu incelemekle sorumlu olmasa bile, özellikle aileyle ilgili veya kültürel kaygılara dayalı insani nedenlerle aile fertlerinin ve himayeye muhtaç farklı akrabalarının sığınma başvurusunu inceleyebileceği; ilgili kişinin hamilelik ya da yeni doğmuş çocuk, ciddi hastalık, ciddi sakatlık ya da yaşlılık nedeniyle diğerinin yardımına muhtaç olması durumunda, aile bağlarının menşe ülkede mevcut olması şartıyla, sığınma isteyen kişiyi üye devletlerden birinde bulunan başka bir akrabasıyla bir araya getirebileceği kabul edilmiştir. Bu maddenin dar yorumlanmasının parçalanmış sığınmacı ailelerin bir araya gelmesinin önünde ciddi bir engel olduğu; örneğin evli olmadığı halde uzun süre birlikte yaşayan çiftlerin “insani nedenler” gerekçesiyle bir araya gelme olanağının olmayacağı yönünde eleştiriler için bkz. ERGÜL, s.203.

¹²⁹ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.385.

¹³⁰Özellikle Türkiye'de şartlı mülteci olarak uzun sürelerle kalacak yabancılar bakımından durumun sorunlu gözüktüğü yönünde bkz. ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.385.

¹³¹Bu başvurular, Genel Müdürlük tarafından değerlendirilir ve ilgili kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği halinde gerekli çalışmalar yapılabilir (m.49).

ilgili olarak ise çocukların talebi beklenmeksizin aile birleşimine ilişkin işlemler derhal başlatılır. AB Geçici Koruma Yönergesi de aile birleştirme hakkını düzenlemiştir (m.15). Yönerge'nin aynı ailenin üyesi olarak kabul ettiği kişiler Yönetmeliğin kabul ettiğinden daha kapsamlıdır¹³². Yönerge hem aile fertlerinin farklı üye devletlerde geçici korumadan yararlanmaları durumunda hem de sponsorun üye devletlerden birinde geçici korumadan yararlandığı ve aile fertlerinden birinin ya da bazılarının henüz bir üye devlette bulunmaması durumunda aile birleştirme hakkı tanımakta; ancak Yönerge'de 'yakın akrabalar' olarak ifade edilen aile fertlerinin ancak tekrardan birleşme olmaması durumunda çekecekleri büyük zorlukları somut durum bazında göz önünde bulundurarak birleştirebileceğini kabul etmektedir (m.15/2).

4. Eğitim ve Öğrenim Hakkı

Yabancıların Türkiye'de eğitim ve öğrenim görme hak ve özgürlüğü¹³³ Anayasanın kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmayacağını kabul eden 42. maddesi gereği güvence altına alınmıştır. Ancak, bu hak yine Anayasanın 16. maddesinden hareketle¹³⁴ yabancılar söz konusu olduğunda bazı kanunlarla vatandaşlardan farklı esaslara tutulmuş ve

¹³²Yönerge, evli olan çiftler dışında, sponsorun istikrarlı bir ilişki içinde olduğu, aralarında evlilik bağı olmayan partnerini sponsorun ya da eşinin evlilik içi ya da dışında doğmuş olmalarına ya da evlat edinilmiş olmalarına dair herhangi bir ayırım yapılmaksızın, reşit olmayan, evlenmemiş çocuklarını ve de kitlesel sığınmaya yol açan olaylar sırasında aile topluluğunun bir parçası olarak beraber yaşamakta olan ve bu sırada tamamen ya da büyük ölçüde sponsora bağımlı olan diğer yakın akrabaları aile ferdi olarak kabul etmiştir (m.15/1-a). Yönerge uyarınca evlilik dışı ilişkilerde aile birleştirme hakkının kapsamına girebilecek olan partner, ilgili üye devletin yabancılar hukuku kapsamında kanunları ya da uygulamaları çerçevesinde evli olmayan çiftleri evli olan çiftler ile eşit tuttuğu durumlarda, sponsorun istikrarlı bir ilişki içinde olduğu ve aralarında evlilik bağı olmayan partneridir (m.15/1-a).

¹³³Yabancıların Türkiye'de eğitim öğrenim özgürlüğü konusu, yabancıların Türkiye'de bireysel olarak eğitim öğrenim görme hakkı, yanı sıra, Türkiye'de yabancılar(gerçek ya da tüzel kişiler) tarafından eğitim öğretim kurumları açılabilmesi, bu kurumlarda eğitim öğrenim görebilecek yabancıların kimler olduğu, bu kurumların özellikleri gibi hususları da kapsamakla birlikte konumuz itibarıyla sadece uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişi ve aile üyelerinin Türkiye'de eğitim ve öğrenim hizmetlerinden yararlanması incelenecektir.

¹³⁴Anayasa uyarınca temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir (m.16).

bazı şartlara bağlanmıştır¹³⁵. Uluslararası korumadan yararlanan yabancıların eğitim ve öğrenim hakkından yararlanması ise diğer yabancılardan ayrı olarak Cenevre Sözleşmesi, YUKK ve Geçici Koruma Yönetmeliğinde aşağıda anlatılacağı üzere ayrıca düzenlenmişse de konuyla ilgili çoğunlukla Türk hukukunda genel olarak yabancılar için kabul edilen genel hükümlere atıfta bulunulmuştur.

a. Uluslararası Koruma Statüsü Başvuru Sahibi ile Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Yabancılar

Cenevre Sözleşmesi taraf devletlere, temel eğitim konusunda mültecileri vatandaşlarla aynı muameleye tâbi tutma yükümlülüğü getirmiştir (m.22/1)¹³⁶. YUKK'un yürürlüğe girmesinden önce, İltica Yönetmeliği ise mülteci ve sığınmacıların ülkemizde kalacakları süre ile sınırlı olarak öğrenim görme hakkını kabul ederek bu hakkın kullanılmasını Türk hukukunda genel olarak yabancılar için kabul edilen genel hükümlere tâbi kılmıştı (m.27).

AB'nin konuyla ilgili düzenlemeleri incelendiğinde, sığınma talebinde bulunan yabancılar bakımından konuyu düzenleyen ve kısaca 'Asgari Koşullar Yönergesi' olarak adlandırılan 27.01.2003 tarihli 'Sığınma İsteyenlerin Ülkeye Kabulüne İlişkin Asgari Standartları Belirleyen 2003/9/EC sayılı Konsey Yönergesi'¹³⁷,nin üye devletlere, sığınma isteyenlerin küçük çocukları ile sığınma isteyen küçük çocuklara, kendilerine ya da ebeveynlerine sınırdışı kararı uygulanmadığı sürece, kendi

¹³⁵5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu (RG 14.02.2007/26434) ve Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Uyruklu Öğrencilere İlişkin 2922 sayılı Kanun (RG 19.10.1983/18196) bu tür kurallar içerir. Yabancıların Türkiye'de eğitim öğrenim hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/GELGEL ÖZTEKİN, 20. Bası, s.236-248.

¹³⁶Ayrıca Sözleşme uyarınca taraf devletler, mültecilere, temel eğitimin dışındaki eğitim konusunda ve özellikle çalışmalardan yararlanma, yabancı ülke okullarından alınmış eğitim sertifikalarının, üniversite diplomalarının ve derecelerinin tanınması, harç ve resimlerden muafiyet ve şartlar içindeki yabancılara tanınanlardan daha az müsait olmayan şekilde muamele edeceklerdir(m.22/2). AB Vasıf Yönergesine göre de üye devletler, mülteci ya da ikincil koruma statüsü verilen tüm küçüklerin eğitim sisteminden kendi vatandaşlarıyla aynı koşullar altında tam olarak yararlanabilmesine olanak tanıyacaktırlar (m.27).

¹³⁷'Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 Laying Down Minimum Standards for the Reception of Asylum Seekers', *OJ L* 31, 06.02.2013, s.18-25.

vatandaşlarıyla benzer şekilde eğitim sistemine erişim imkânı tanıma yükümlülüğü getirdiği; ancak üye devletlerin bu erişimi devlet eğitim sistemiyle sınırlı olmasını hükme bağlayabileceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır (m.10). Birlik dahilinde mülteci ya da ikincil koruma statüsü sahibi olan yabancılar söz konusu olduğunda uygulanacak olan Vasıf Yönergesi ise, mülteci ya da ikincil koruma statüsü verilen tüm küçüklerin eğitim sisteminden üye devletlerin vatandaşlarıyla aynı koşullar altında tam olarak yararlanabilmesine olanak tanınması esasını kabul etmiştir (m.27/1). Mülteci ya da ikincil koruma statüsü verilen yetişkinlere ise üye devletlerde yasal olarak ikamet eden 3. devlet vatandaşlarıyla aynı koşullar altında genel eğitim, ileri eğitim ya da yeniden eğitimden yararlanabilme izni verilecektir (m.27/2). Yönerge, uluslararası koruma statüsü sahibi olan yetişkinlerin eğitim hakkından yararlanmasını üye devletlerde yasal olarak ikamet eden diğer yabancılarla aynı esaslara tabi tutmuştur. Bu bağlamda, Türk hukukunda da genel olarak aynı esasın benimsendiği söylenebilir; zira YUKK'un uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişi ve aile üyelerinin Türkiye'de eğitim ve öğrenim hizmetlerinden yararlanma hakları olduğunu belirtmekle yetinmesi (m.89/1) sebebiyle konuyla ilgili olarak usul ve esasları belirleyecek olan Türk hukukundaki genel olarak yabancılarla tanınan eğitim ve öğretim hakkını düzenleyen yasal düzenlemeler olacaktır¹³⁸. Milli Eğitim Bakanlığı

¹³⁸YUKK'un kabul ve barınma merkezlerini düzenlediği 95. maddesinde merkezlerde verilecek hizmetler arasında eğitim ve öğretim hizmeti zikredilmemiş; Merkezler Yönetmeliğinde de merkezlerde verilecek hizmetler arasında eğitim ve öğretimle ilgili hizmetler sayılmamıştır. Merkez Müdürlüğünün görevleri arasında da bu hizmetlere erişimin sağlanması yoktur. Ancak kanımızca YUKK'un gerek bu merkezlerde karşılanacak ihtiyaçları sayarken 'diğer ihtiyaçlar' şeklinde idareye takdir hakkı tanınması (m.95/2) gerekse de Merkezler Yönetmeliğinin 14. maddesinin Genel Müdürlük tarafından uygun görülen diğer hizmetlerin de verilebileceğini kabul etmesi sebebiyle, bu merkezlerde ihtiyaç duyulması ya da gerek görülmesi halinde eğitim ve öğrenim hizmetlerinin de verilebileceği sonucu çıkarılabilir. YUKK idari gözetim halinde geri gönderme merkezlerinde verilecek hizmetler arasında ise eğitim ve öğretim hizmetini düzenlemiştir. Kanun uyarınca, geri gönderme merkezlerinde çocukların eğitim ve öğretimden yararlandırılmaları hususunda, Millî Eğitim Bakanlığınca gerekli tedbirler alınacaktır (m.59/d).

tarafından çıkarılan ‘Yabancı Uyruklu Öğrenciler Genelgesi¹³⁹’ bu düzenlemelerden biridir. Söz konusu Genelge, yabancı uyruklu öğrencilerin, vatansızların, sığınma ya da iltica başvuru sahibi ya da mülteci ve sığınmacı durumunda olan çocukların yükseköğrenim hariç eğitim ve öğretimle ilgili işlemlerinde izlenecek usul ve esasları tayin etmek üzere hazırlanmıştır. Türk Hukukunda mülteci ya da sığınmacıların ilk ve orta öğrenim dışında da lise ya da yükseköğrenim kurumlarında eğitim öğrenim hakkını kısıtlayan hükümler bulunmamaktadır¹⁴⁰. Nitekim her derece ve daldaki eğitim kurumlarında öğrenim gören yabancı öğrencilerin Türkiye’ye gelişleri, öğretim kurumlarını kabulleri, ayrılışları, ilgili kurum ve kuruluşlar ve bu öğrencilerin yükümlülükleri ile diğer hususları düzenleyen ‘Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Uyruklu Öğrencilere İlişkin Yönetmelik¹⁴¹’ de Yönetmelikte düzenlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle (aksine bir düzenleme olmadığı takdirde) yabancı öğrencilerin Türkiye’de her derece ve daldaki eğitim kurumlarında öğrenim görmesini mümkün kılmaktadır (m.6-8).

b. Geçici Korumadan Yararlanan Yabancılar

Geçici korumadan yararlanan yabancıların eğitim ve öğretim hakkı Geçici Koruma Yönetmeliğinde özel olarak düzenlenmiştir¹⁴². Yönetmelik uyarınca, öncelikle geçici barınma merkezlerinde¹⁴³ bulunanlara, imkânlar ölçüsünde eğitim hizmeti¹⁴⁴ sağlanacak; geçici barınma merkezlerinin dışında kalan geçici korunanlar da bu merkezlerdeki hizmetlerden imkânlar

¹³⁹MEB Ortaöğretim Genel Müdürlüğü’nün 16.08.2010 tarih ve 2010/48 sayılı genelgesi için bkz.http://mevzuat.meb.gov.tr/html/6544_48.html (Erişim tarihi 29.01.2015).

¹⁴⁰ÇİÇEKLİ, Mülteciler, s.203.

¹⁴¹RG 30.04.1985/18740.

¹⁴²Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancıların eğitim faaliyetleriyle ilgili Yönetmelikte düzenlenmemiş olan usul ve esaslar, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından belirlenecektir (m.28/4).

¹⁴³AFAD’ın 2014/4 sayılı Genelgesine göre ise, geçici koruma altında bulunan yabancılar kayıtlı buldukları illerde bulunan eğitim-öğretim merkezlerinde, Türkiye’deki eğitim-öğretimle ilgili müfredatla çalışmayacak şekilde hizmet alacaktır. Gerekirse bu illerde geçici eğitim merkezleri de kurulabilecektir (Genelge, Eğitim Hizmetleri, s.5).

¹⁴⁴Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancıların eğitim faaliyetleri, geçici barınma merkezlerinin içinde ve dışında Milli Eğitim Bakanlığının kontrolünde ve sorumluluğunda yürütülecektir (m.28/1).

ölçüsünde yararlandırılabilir¹⁴⁵(m.38). Geçici koruma merkezlerinde, talebe bağlı olarak, her yaş grubuna yönelik dil eğitimi, meslek edindirme, beceri ve hobi kursları da düzenlenebilecektir (m.28/1-c).

Yönetmelik uyarınca eğitim ve öğretim hizmetleri kapsamında okul öncesi eğitim verilebilecek; ilköğretim ve ortaöğretim çağındakilerin eğitim ve öğretim faaliyetleri ise Milli Eğitim Bakanlığının ilgili mevzuatı çerçevesinde yürütülecektir (m.28/1). Geçici korunanların ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora eğitimleriyle ilgili usul ve esaslar ise Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından¹⁴⁶ belirlenecektir (m.28/2). Görüldüğü üzere geçici korumadan yararlanan yabancılar bakımından da eğitim öğrenim hakkı kabul edilmiş ancak bu haktan yararlanmanın imkânlar ölçüsünde sağlanacağı belirtilerek şartları ve usulü de ilgili kamu ve kuruluşlarının konuyu düzenleyen mevzuatına tâbi kılınmıştır. Konuyla ilgili AB düzenlemelerine baktığımızda, AB Geçici Koruma Yönergesinin üye devletlere geçici korumadan yararlanan 18 yaşın altındaki kişilere ev sahibi üye devletin kendi vatandaşlarıyla eşit koşullar altında eğitim sisteminden yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü getirdiği görülmektedir. Ancak yetişkinler söz konusu olduğunda, üye devletlerce yetişkinlerin eğitim

¹⁴⁵Bu Yönetmelik kapsamında Türkiye’de eğitim alan yabancılara, aldıkları eğitimin içeriğini ve süresini gösteren belge verilir (m.28/3). Aynı madde uyarınca, farklı müfredatta eğitim alınmış ve belgelendirme yapılmış ise bu belgeler Milli Eğitim Bakanlığı veya Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı ilgili birimleri tarafından değerlendirilir ve uygun bulunan seviyelere denklikleri yapılır.

¹⁴⁶YÖK tarafından 09.01.2015 tarihinde yapılan basın açıklamasına göre, ülkelerindeki kriz nedeniyle Türkiye’de bulunan Suriyeli öğrencilerin üniversitelerimizde eğitim ve öğretimlerini alabilmelerine yönelik çalışma kapsamında gerçekleştirilen toplantı sonucunda Yükseköğretim Yürütme Kurulu’nda "Yükseköğretim Kurumlarında Önlisans ve Lisans Düzeyindeki Programlar Arasında Geçiş, Çift Anadal, Yan Dal ile Kurumlar Arası Kredi Transferi Yapılması Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin Ek 2. maddesi uyarınca, şiddet olayları ve krizler nedeniyle eğitim öğretimin sürdürülemez olduğu tespit edilen Suriye’den Türkiye’ye gelenlerin, Çukurova, Gaziantep, Kahramanmaraş Sütçü İmam, Kilis 7 Aralık, Harran, Mersin, Mustafa Kemal, Osmaniye Korkut Ata Üniversitelerinde eğitim öğretim görmesi hususu görüşmeye açılmış ve yapılan görüşmeler sonunda, bu üniversitelerin Suriye’den gelen öğrencilere yönelik olmak üzere Yükseköğretim Yürütme Kurulunun onayıyla yurt dışından öğrenci kabulü çerçevesinde öğretim dili Türkçe ve/veya yabancı dilde program açabilmesine" karar verilmiştir. Basın açıklaması için bkz. <http://www.yok.gov.tr/web/guest/duyurular> (Erişim tarihi 09.01.2015).

sisteminden yararlanabilmesine izin verilebileceğini kabul ederek bu hususu bir yükümlülük olarak düzenlememiştir (m.14/2).

5. Sosyal Yardım ve Hizmetlere Erişim ile Sağlık Güvencesi Hakkı

Sağlık ve sosyal yardım hakkı genel olarak herkes için çeşitli uluslararası insan hakları belgeleri ve sözleşmeler ile güvence altına alınan haklardandır¹⁴⁷. Uluslararası koruma statüsü sahiplerinin sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanması söz konusu olduğunda, Cenevre Sözleşmesi de taraf devletlere, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, sosyal yardım ve iâşe konularında vatandaşlarına uyguladıkları muamelenin aynısını uygulama yükümlülüğü getirmiştir (m.23). AB hukukunda ise Vasıf Yönergesi üye devletlere, mülteci ya da ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilerin, bu statüyü veren üye devletin kendi uyruklarına sağladığı uygunluk koşulları altında sosyal yardım hizmetlerinden yararlanmalarını temin etme yükümlülüğü getirmiştir (m.28/1)¹⁴⁸.

a. Uluslararası Koruma Statüsü Başvuru Sahibi ile Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Yabancılar

YUKK, genel olarak uluslararası başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden ihtiyaç sahibi olanların, sosyal yardım ve hizmetlere erişimlerinin sağlanabileceğini hükme bağlamış ama Vasıf Yönergesinden farklı olarak bu hak ya da hizmetlerden yararlanmanın Türk vatandaşları ile aynı uygunluk koşulları altında olacağını düzenlememiştir (m.89/2)¹⁴⁹. YUKK dışında, uluslararası koruma kapsamında uygulanma imkânı bulacak olan 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu¹⁵⁰ da amacının fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda

¹⁴⁷Uluslararası hukukta konuyu düzenleyen bu belge ve sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİÇEKLİ, Sığınmacılar, s.190-192.

¹⁴⁸Bu genel kurala istisna olarak, üye devletler mülteci ya da ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilere verilen sosyal yardımı temel yardımlarla da sınırlayabilir; ancak bu temel yardımlar da kendi vatandaşlarıyla aynı düzeylerde ve aynı uygunluk koşulları altında sağlanır (m.28/2).

¹⁴⁹Kanun uyarınca, kabul ve barınma merkezlerinde, hem başvuru sahipleri hem de uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin iâşe ve sosyal ihtiyaçlarının karşılanacağı esas kabul edilmiştir (m.95/2).

¹⁵⁰RG 14.06.1986/19134.

bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler olarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek olduğunu kabul etmiştir (m.1). Kanunun lafzından hem uluslararası koruma başvuru sahipleri hem de uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin Kanunun kapsamında sosyal yardımdan yararlanabileceği kabul edilebilirse de, bu yararlanmanın Türk vatandaşlarıyla eşit koşullar altında olacağı çıkarımında bulunmak kanaatimizce mümkün değildir.

YUKK, uluslararası koruma başvurusu reddedilenler ile talepleri hızlı değerlendirmeye tâbi tutulacak olanlar hariç olmak üzere, muhtaç olduğu tespit edilen başvuru sahibine, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlığın belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde harçlık da verilebileceğini hükme bağlamıştır (m.89/5).

Uluslararası koruma statüsü başvurusunda bulunanlar ile bu statüyü kazanmış olan yabancıların sağlık hizmetlerinden yararlanmaları bakımından ise YUKK¹⁵¹, bu yabancılardan herhangi bir sağlık güvencesi olmayan ve ödeme gücü bulunmayanların, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹⁵² hükümlerine tâbi olacağını hükme bağlamıştır¹⁵³. Genel sağlık sigortasından faydalanacak kişilerin primleri Genel Müdürlük tarafından ödenir; ancak ödeme güçlerine göre primin tamamı veya belli bir

¹⁵¹YUKK'tan önce, İltica Yönetmeliği de mülteci ve sığınmacılar için sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını düzenlemişti. Yönetmeliğe göre sağlık hizmetlerinden yararlanmak isteyen mülteci ve sığınmacılar için sağlık fişi tanzim edilerek bu yabancıların preyodik sağlık muayeneleri yapılır; ağır bir hastalığa yakalanan veya durumları özel bir tedaviyi, tıbbi müdahaleyi veya hastaneye yatırılmalarını gerektiren yabancıların muayene ve tedavileri ile koruyucu aşıların yapılması devlete ait hastanelerde yapılarak tedavi ücretleri genel hükümler çerçevesinde karşılanacaktı. Ayrıca organ nakli, protez, orte, hemodiyaliz veya uzun süreli tedaviyi gerektiren kronik hastalıkların tedavisine ait ücret ve bedeller ise ilgili kişilerin kendileri tarafından karşılanacaktı (m.19).

¹⁵²RG 16.06.2006 /26200.

¹⁵³Bu yabancılardan sağlık güvencesi veya ödeme gücünün bulunduğu veya başvurunun sadece tıbbi tedavi görmek amacıyla yapıldığı sonradan anlaşılanların ise genel sağlık sigortalılıklarının sona erdirilmesi için Sosyal Güvenlik Kurumuna bildiriye bulunulacak ve yapılan tedavi ve ilaç masrafları ilgililerden geri alınacaktır (m.89/3).

oranı bu kişilerden talep edilir (m.89/3-a). 5510 sayılı Kanun bakımından, uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi yabancılar¹⁵⁴, uluslararası koruma başvurusu yaptıkları veya uluslararası koruma statüsü aldıkları, korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz yararlanmaya başladıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılacaktır (m. 60/c-2, m.61/b). Dolayısıyla hem uluslararası koruma statüsü başvurusunda bulunanlar¹⁵⁵ hem de bu statüyü kazanmış olanlar, 5510 sayılı Kanun kapsamında genel sigortalı sayılanların yararlanabilecekleri sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerdir¹⁵⁶. AB'nin konuyla ilgili düzenlemelerine baktığımızda ise YUKK'un uluslararası koruma statüsü sahipleri bakımından sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını düzenlerken, Vasıf Yönergesi ile aynı esastan hareket ettiğini görebiliriz. Yönerge de sağlık hizmetlerinden yararlanma hususunda üye devletlere, mülteci ya da ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilere bu statüyü veren üye devletin kendi vatandaşlarına sağladığı uygunluk koşulları altında yararlanmalarını temin etme yükümlülüğü getirmiştir (m.29/1). Ancak, YUKK, sağlık hizmetlerinden yararlanılması bakımından, uluslararası koruma başvurusunda bulunanları da bu statüyü kazanmış olanlarla ve genel sağlık sigortası sahibi olan Türk vatandaşları ile eşit kabul etmiş olması itibarıyla, sığınma başvurusunda bulunanlar bakımından sağlık hizmetlerinden yararlanmayı temel hastalık tedavisi ile acil bakımı kapsayacak şekilde kabul eden Asgari Koşullar Yönergesine¹⁵⁷ göre daha kapsamlı bir düzenleme kabul etmiştir.

¹⁵⁴5510 sayılı Kanunun YUKK m.123/8-a bendi ile değiştirilen 3. maddesinin 1. fıkrasının 27. bendinde yer alan bu tanım, İçişleri Bakanlığı tarafından başvuru sahibi, mülteci, ikincil koruma veya şartlı mülteci statüsü sahibi olarak tanınan kişileri kapsamaktadır.

¹⁵⁵Asgari Koşullar Yönergesi, sığınma başvurusunda bulunan yabancılar bakımından sağlık hizmetlerini düzenleyerek başvuru sahiplerinin en azından temel hastalık tedavisi ile acil bakımı kapsayacak olan genel sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesinin sağlanması gerektiğini kabul etmiştir (m.15/1).

¹⁵⁶5510 sayılı Kanun kapsamında genel sigortalı sayılanların yararlanabilecekleri sağlık hizmetleri, Kanunun 63. maddesinde sayılmıştır.

¹⁵⁷Asgari Koşullar Yönergesi, sığınma başvurusu sahiplerinin en azından temel hastalık tedavisi ile acil bakımı kapsayacak olan genel sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesinin sağlanması gerektiğini kabul etmiştir (m.15/1).

YUKK uyarınca, özel ihtiyaç sahiplerine diğer haklarda olduğu gibi sağlık ve sosyal yardım hizmetlerine erişim bakımından da öncelik tanınacak; ayrıca işkence, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalan kişilere, bu türden fiillerin neden olduğu hasarlarını giderecek yeterli tedavi imkânı sağlanacaktır (m.67).

b. Geçici Korumadan Yararlanan Yabancılar

Geçici Koruma Yönetmeliği, bu korumanın kapsamına giren yabancılardan ihtiyaç sahibi olanların, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu¹⁵⁸ kapsamındaki sosyal yardımlardan yararlandırılabilceğini¹⁵⁹ kabul etmiştir (m.30)¹⁶⁰.

Sağlık hizmetlerinin verilmesi¹⁶¹ ile ilgili esaslar ile bu hizmetlerin içeriği ise Yönetmeliğin 27. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeyi incelediğimizde, geçici korumadan yararlanan yabancıların temel ve acil sağlık hizmetlerinden yararlanabileceği ve bu kapsamdaki tedavi ve ilaçlardan hasta katılım payı¹⁶² alınmayacağı anlaşılmaktadır. Bu

¹⁵⁸RG 14.06.1986/19134.

¹⁵⁹3294 sayılı Kanun uyarınca, bu yardımlardan, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulunun belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde yararlanabileceklerdir(m.3). Yönetmelik, özel ihtiyaç sahibi olanlar bakımından özel hüküm kabul ederek bu kapsamdaki yabancıların sosyal hizmetlere erişimlerinin İçişleri Bakanlığı ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından belirlenen usul ve esaslara göre sağlanacağını kabul etmiştir (m.30).

¹⁶⁰Aynı madde uyarınca Yönetmelik kapsamındaki yabancılardan ihtiyaç sahibi olanların, sosyal hizmetlere erişimleri İçişleri Bakanlığı ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından belirlenen usul ve esaslara göre sağlanır.

¹⁶¹Geçici barınma merkezlerinin içinde ve dışında verilecek olan sağlık hizmetleri Sağlık Bakanlığının kontrolü ve sorumluluğunda yapılır veya yaptırılır (m.27/1). Kişisel veya toplu kullanım alanlarının sağlığa uygunluğu kontrol edilerek, tespit edilen aksaklıkların giderilmesi ve geçici barınma merkezlerinin bulunduğu çevre koşullarının sağlık açısından uygun hale getirilmesi sağlanır ve barınma merkezleri oluşturulurken gerekli olan uygun fiziki donanım kurulurak Sağlık Bakanlığına teslim edilir. Aynı madde uyarınca, sağlık hizmetlerini yürütmek üzere sürekli faaliyet gösterecek sağlık merkezleri de kurulabilir.

¹⁶²İkinci ve üçüncü basamakta sunulan sağlık hizmetleri de dâhil olmak üzere, sağlık hizmeti bedelleri; Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından genel sağlık sigortalıları için belirlenmiş olan sağlık uygulama tebliğindeki bedeli geçemez ve bu bedel Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından genel sağlık sigortalıları için belirlenmiş olan sağlık uygulama tebliğindeki bedeli geçmeyecek şekilde AFAD tarafından ödenir (m.27/1-c).

yabancılara, aşılar hariç olmak kaydıyla, Sosyal Güvenlik Kurumunca bedeli karşılanmayan sağlık hizmetleri kapsamında sağlık hizmeti verilemeyecektir (m.27/1-b). Yönetmelik, bu şekilde, geçici korunan yabancılardan sağlık hizmetlerinden yararlanmasını, geçici korumadan yararlananlar bakımından sağlık hizmetlerini acil bakım ve hastalıklar için gerekli tedavi ile sınırladığı için eleştirilen¹⁶³ AB Konseyi Geçici Koruma Yönergesi ile aynı esasa bağlamıştır.

Geçici korumadan yararlananların Türkiye’de yararlanabileceği sağlık hizmetleri ile ilgili bir diğer düzenleme olan AFAD’ın 2014/4 numaralı Genelgesi ise sağlık hizmetlerinin verilmesiyle ilgili usulü düzenlemiştir. Buna göre, geçici korumadan yararlananların sağlık hizmetlerinin kayıtlı buldukları illerde almaları esas olup ancak bu illerde tedavilerinin yapılmadığını usulüne uygun olarak yapılmış doktor sevkiyle belgeleyenlerin tedavisinin yapılabileceği uygun bir ile sevki mümkündür¹⁶⁴. Giderler, geçici koruma altındaki yabancının kayıtlı olduğu valilik¹⁶⁵ tarafından ödenecektir¹⁶⁶.

¹⁶³Yönerge de geçici korumadan yararlananlar bakımından sağlık hizmetlerinin acil bakım ve hastalıklar için gerekli tedaviyi sağlayacak kapsamda olmasını kabul etmiştir(m.13/2). Geçici korumadan yararlanan herkese genel sağlık yardımı garanti etmek yerine sadece acil ve ciddi hastalık durumunda sağlık yardımını garanti etmesi nedeniyle de eleştirilmektedir. Bilgi için bkz. ÖZCAN, s.165.

¹⁶⁴Genelge, acil ve zorunlu haller ile yoğun bakım hali dışında özel sağlık kuruluşlarına ve üniversitelerin sağlık uygulama ve araştırma merkezlerine sevk yapılamayacağını kabul etmiştir. Bu hükme aykırı olarak yapılan sevklerden kaynaklı sağlık harcamaları ise valilikçe ödenemeyecektir. Yönetmelikte de acil ve zorunlu haller dışında, özel sağlık kuruluşlarına doğrudan başvurulamayacağı kabul edilmiştir (m.27/d). Genelge, sağlık hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili şu esasları da belirlemiştir: Geçici koruma altındaki yabancılardan sağlık hizmetlerinden yararlanmaları için öncelikle birinci basamak sağlık hizmeti vermekte olan bir sağlık kuruluşuna başvurmaları esastır. Birinci basamak sağlık kuruluşunca gerekli görülmesi halinde geçici koruma altındaki yabancı sevk zincirine uygun olarak ikinci ve üçüncü basamak sağlık kuruluşuna yönlendirilir. Birinci basamak sağlık kuruluşuna başvurulmadan ikinci ve üçüncü basamak sağlık kuruluşuna doğrudan başvurulamaz (Genelge, Sağlık Hizmetleri, s.3-4).

¹⁶⁵Sınırı ilk geçişlerinde ve acil durumlarda, henüz kayıt işlemlerini tamamlamış olanların sağlık hizmetlerinden yararlanabilmeleri için kimlik bilgilerine göre işlem yapılır (m.27/4).

¹⁶⁶Genel olarak geçici korumadan yararlanan yabancılara, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından genel sağlık sigortalıları için sunulan sağlık hizmetleri dışında sağlık hizmeti sağlanamayacağı Genelgede de tekrarlanmıştır. Bu bağlamda, örneğin, Türkiye’ye

Yönetmelik de YUKK gibi özel ihtiyaç sahibi olanların sağlık ve sosyal hizmetlerinden yararlanmalarını özel olarak düzenlemiştir¹⁶⁷. Buna göre, özel ihtiyaç sahibi olanlara sağlanacak başta sağlık hizmetleri, psiko-sosyal destek, rehabilitasyon olmak üzere, her türlü yardım ve destek imkânlar ölçüsünde öncelikli ve bedelsiz olarak sağlanacak; çocuklarla ilgili tüm işlemlerde çocuğun yüksek yararı gözetilerek ilgili mevzuat hükümleri¹⁶⁸ uygulanacak ve şiddet mağduru olduğu değerlendirilenler¹⁶⁹ ile insan ticareti mağduru olabileceği değerlendirilenler hakkında gerekli tedbirler alınacaktır (m.48).

6. İş Piyasasına Erişim Hakkı

Cenevre Sözleşmesi, taraf devletlerin, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden her mülteciye, ücretli bir meslekte çalışma hakkı bakımından aynı şartlar içinde yabancı bir memleketin vatandaşına uyguladıkları en müsait muameleyi uygulamaları yükümlülüğü¹⁷⁰ getirmektedir (m.17). YUKK

girmeden önce oluşmuş olan organ ve uzuv kayıplarına ilişkin tedavi giderleri karşılanmayacaktır; ancak sınırlarımızdan yararlı olarak geçen organ ve uzuv kayıplarına uğramış olanlar için asgari düzeyde basit, mekanik ortez ve protezlerine ilişkin asgari düzeyde tedavi masrafları karşılanabilir (Genelge, Sağlık Hizmetleri, s.5).

¹⁶⁷AFAD'ın 2014/4 sayılı Genelgesi'ne göre refakatsiz çocuklar ve engelliler gibi özel ihtiyaç sahiplerinin barındırılması, bakılması ve gözetiminden Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı sorumludur. Bakanlık geçici koruma merkezleri dışında bulunan hassas grupların da, çocuk yuvaları, kadın sığınma evleri gibi kuruluşlardan yararlandırılmasını sağlayacaktır (Genelge, Sosyal Yardımlar, s.7).

¹⁶⁸Gerek YUKK gerekse de Geçici Koruma Yönetmeliği, çocuklarla ilgili tüm işlemlerde çocuğun yüksek yararının gözetilerek uluslararası koruma başvuruları alındığı andan itibaren, haklarında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (RG 15.07.2005/ 25876) hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir.

¹⁶⁹Yönetmelik uyarınca bu değerlendirme, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun (RG 20.03.2012/28239) ve ilgili Yönetmelik (RG 18.01.2013/28532) kapsamında yapılacaktır.

¹⁷⁰Bu bağlamda, mültecilerle sınırlı olmak üzere, 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun (RG 29.09.1981/17473) ile 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (RG 12.06.2009/ 27256) m.28'in yabancıların çalışma hakları açısından, Türk yabancılar hukukunda yabancılar bakımından en müsait hükümleri içeren yasal düzenlemeler olduğundan, Cenevre Sözleşmesi m.17 gereği, mültecilerin bu düzenlemelerden yararlanabileceğinin kabul edilebileceği yönünde bkz. EKŞİ, Tasarı, s.198-199.

öncesi dönemde, İltica Yönetmeliği ile mülteci ve sığınmacılara ülkemizde kalacakları süre ile sınırlı olmak üzere çalışma hakkı tanınmış, konuyla ilgili olarak da yabancıların çalışma hakkını düzenleyen genel hükümlerin geçerli olacağı kabul edilmişti. Dolayısıyla, mülteci ve sığınmacıların çalışma hakkı, genel olarak yabancıların çalışma konusunu düzenleyen 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun¹⁷¹(YÇİHK) ve Kanuna bağlı olarak çıkarılan Uygulama Yönetmeliği¹⁷² ile kabul edilen izin koşuluna¹⁷³ bağlanmıştı. Ayrıca Türk hukukunda, yabancıların çalışamayacağı iş kolları ve mesleklere ilişkin yasal düzenlemeler¹⁷⁴ mülteci ve sığınmacılar bakımından da geçerliydi.

a. Uluslararası Koruma Statüsü Başvuru Sahibi ile Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Yabancılar

YUKK, uluslararası korumadan yararlanan yabancıların çalışma hakkını düzenleyen yeni hükümler kabul etmesi yanında YÇİHK'nın çeşitli hükümlerinde de değişiklikler yapmıştır (m.123/5). YUKK'un uluslararası korumadan yararlanan yabancıların çalışma hakkını düzenleyen hükümleri incelendiğinde, Kanunun hem uluslararası koruma başvurusu hem de uluslararası koruma statüsü sahiplerine çalışma hakkı tanıdığı; ancak bu hak kapsamında yabancıların sahip oldukları uluslararası koruma statüsüne göre farklı usul ve esaslar kabul ettiği görülmektedir. Öncelikle YUKK, mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi olan yabancıların çalışma izni alma zorunluluğunu kaldırmıştır. Kanuna göre, mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi olan yabancılara verilmiş olan uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi çalışma izni yerine geçecek ve bu durum kimlik belgesine yazılacaktır (m.89/4-b). Böylece, Kanunun AB Vasıf

¹⁷¹RG 06.03.2003/25040.

¹⁷²RG 29.08.2003/25214.

¹⁷³Türkiye'de çalışmak isteyen yabancılar kural olarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından çalışma izni almak zorundadır (m.4). Ancak yabancıların belirli durumlarda çalışma izni almaktan muaf tutulması da mümkündür. Nitekim, YÇİHK'nın Uygulama Yönetmeliğinin 55. maddesinde yabancıların çalışma izninden muaf tutulacağı bu durumlar sayılmıştır.

¹⁷⁴Türk hukukunda yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.133-139; EKŞİ, Uluslararası Koruma, s.228-242.

Yönergesinden hareketle¹⁷⁵ kabul ettiği hükmü uyarınca da mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi olan bu yabancılar kendilerine statü tanındıktan sonra ayrıca çalışma izni almalarına gerek kalmadan bağımlı veya bağımsız olarak çalışabileceklerdir¹⁷⁶; ancak bunlar bakımından da yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere ilişkin diğer mevzuatta yer alan hükümler geçerli olacaktır (m.89/4-b). Ayrıca YUKK, mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibinin iş piyasasına erişimi, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik şartların gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, iş kolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir de Türkiye’de üç yıl ikamet eden veya Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olan mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri için bu sınırlamaların uygulanmayacağını hükme bağlamıştır (m.89/4-c). Mülteciler bakımından kabul edilen bu istisnai hüküm Cenevre Sözleşmesine¹⁷⁷ dayanmaktadır.

Kanun, uluslararası koruma statüsü başvuru sahibi veya şartlı mülteci statüsü sahibi olan yabancılar bakımından ise çalışma izni almayı zorunlu

¹⁷⁵AB Konseyi Vasıf Yönergesi uyarınca, üye devletler, mülteci ve ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilere bu statüleri verildikten hemen sonra mesleğe ve kamu hizmetine genel olarak uygulanan kurallara tabi olarak istihdam ya da serbest meslek faaliyetlerine girişebilmelerine izin vereceklerdir (m.26/2 ve m.3).

¹⁷⁶YÇİHK Uygulama Yönetmeliğinin 7. maddesine 2010’da eklenen fıkrayla (RG 21.01.2010/27469) İçişleri Bakanlığınca mülteci veya sığınmacı statüsü verilmiş yabancılar bakımından yurt içi başvuruları için diğer yabancılar bakımından aranan en az 6 ay süreli ikamet tezkeresi sahibi olma koşulu aranmayacağı ve bu statüde bulunanların çalışma izin talepleri değerlendirilirken Yönetmeliğin 13. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen ve çalışma izinlerin verilmesi veya uzatılmasında değerlendirme yapılırken esas alınacağı belirtilen hususların da dikkate alınmayacağı ve çalışma izin işlemlerinin en kısa sürede neticelendirilmesi için gerekli tedbirlerin alınacağı, YUKK’tan önce de hükme bağlanmıştı.

¹⁷⁷Ayrıca Sözleşme, her halde ulusal işgücü piyasasını korumak amacıyla, yabancılar veya yabancıların çalıştırılmalarına konan sınırlama tedbirleri, bu Sözleşmenin, ilgili taraf devlette yürürlüğe girdiği tarihte söz konusu tedbirlerden muaf tutulan veya şu koşullardan birine sahip olan mültecilere uygulanmayacaktır: Ülkede üç yıl ikamet etmiş olan; ikamet ettiği ülkenin vatandaşı olan bir kimse ile evli bulunan (eşini terk etmiş olan bir mülteci bu hükümden istifadeyi iddia edemeyebilir); ikamet ettiği ülkenin vatandaşlığını taşıyan bir veya daha fazla çocuğu olan (m.17/2).

kabul etmiştir. Bu yabancılar, çalışmak istediklerinde, uluslararası koruma başvurusu tarihinden altı ay sonra, YÇİHK kapsamında çalışma izni almak için başvurmalıdır¹⁷⁸ (m.89/4). Konuyu düzenleyen YÇİHK ise bu yabancılara çalışma izni verilirken Kanunda öngörülen sürelerle tâbi olunmayacağını kabul etmiştir (m.8/1) ¹⁷⁹.

YÇİHK uyarınca Türkiye’de çalışmak isteyen yabancılar ilk çalışma izni başvurularını buldukları ülkelerdeki Türkiye Cumhuriyeti konsolosluklarına yapar (m.12/1). Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca da Türkiye’de geçerli ikamet izni olan yabancılar veya bunların işverenleri yurt içinden de Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvuru¹⁸⁰ yapabilecektir. YUKK uyarınca, uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi ve uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi ikamet izni yerine geçeceğinden bu yabancılar veya bunların işverenleri yurt içinden başvuru yapacaktır. YUKK ile birlikte genel olarak yabancılara verilen çalışma izni hem ikamet izni yerine geçecek¹⁸¹ (m.27) hem de vize muafiyeti sağlayacaktır (m.12/b).

¹⁷⁸Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin çalışmasına ilişkin usul ve esaslar, İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenir (m.89/4-ç).

¹⁷⁹Söz konusu fıkra YUKK ile YÇİHK’nın çalışma izniyle ilgili istisnai halleri düzenlediği 8. maddesine eklenmiştir (m.123).

¹⁸⁰YÇİHK Uygulama Yönetmeliğinin 5. maddesi (Değişik fıkra:RG-28.04.2011/27918) uyarınca Kanun kapsamında Bakanlığa yapılacak başvuruların elektronik ortamda yapılması ve kağıt ortamında imzalanarak Yönetmelik ekinde belirlenen diğer belgelerle birlikte Bakanlığa ulaştırılması gerekir.

¹⁸¹YUKK uyarınca çalışma izni ikamet izni sayılacağından (m.27) YUKK’un yürürlüğe girmesinden önce çalışma izni düzenlenmiş bulunan yabancıların (ikamet izin harcını ödemiş olmaları koşuluyla) ayrıca ikamet izni almaları gerekmemekte olup, bu yabancıların ellerinde bulunan çalışma izinleri aynı zamanda ikamet izni yerine geçecektir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılan açıklamaya göre, 11.04.2014 tarihinden önce çalışma izin talebi uygun görülerek çalışma izin harcı yatırılan ancak Bakanlıkça çalışma izni henüz düzenlenmeyen yabancılar için çalışma izin harcına ilaveten yatırılması gereken ikamet izin harcı miktarı ve nereye yatırılacağı Bakanlık tarafından ilgililere e-posta ile bildirilmektedir. Söz konusu ikamet izin harcı yatırılan yabancıların çalışma/ikamet izin belgeleri de Bakanlıkça adreslerine gönderilecektir. 11.04.2014 tarihinden önce çalışma izni düzenlenip, ikamet izin harcı da yatırılmış bulunan yabancılar için, bu ödemeye ilişkin makbuzların bir dilekçe ekinde Bakanlığa gönderilmesi halinde mevcut çalışma izninin aynı zamanda ikamet izni yerine de geçtiği hususunda gerekli bilgilendirme yazısı ilgililerin

b. Geçici Korumadan Yararlanan Yabancılar

Geçici Koruma Yönetmeliği¹⁸² uyarınca, geçici korumadan yararlanan yabancılar da çalışma izni alma hakkına sahiptir. Bu yabancılar geçici koruma kimlik belgesine¹⁸³ sahip olma kaydıyla, Bakanlar Kurulunca¹⁸⁴ belirlenecek sektörlerde, iş kollarında ve coğrafi alanlarda (il, ilçe veya köylerde) çalışma izni almak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurabilecektir; ancak yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere ilişkin mevzuatta yer alan hükümler yine gözetilecektir (m.29). Yönetmelik uyarınca, geçici korunanlara verilen çalışma izinlerinin süreleri,

adreslerine gönderilecektir. Konuyla ilgili olarak İçişleri Bakanlığınca (Göç İdaresi Genel Müdürlüğü) tüm valiliklere gönderilen 10.04.2014 tarih ve 2092 sayılı yazıda ise, 11.04.2014 tarihinden önce çalışma izni almış olup da henüz ikamet izni almayanlardan, çalışma izni süresi kadar ikamet izni harcı alındıktan sonra ayrıca ikamet izni almalarına gerek kalmaksızın mevcut çalışma izinlerini kullanacakları ifade edilmekte ve bu işlemlerin, ikamet izni işlemleri için müracaat edildiğinde valiliklerce gerçekleştirileceği belirtilmektedir. Yine aynı yazı uyarınca, YÇİHK Uygulama Yönetmeliğinin 55. maddesinde sayılan çalışma izin muafiyetleri kapsamında, halen konsolosluklardan amaçlarına uygun meşruhatlı (montaj, tur operatörü vb.) vize olarak gelen yabancılar için ikamet izinlerinin, bundan böyle YUKK'un 32. maddesinde belirtilen "kısa dönem" ikamet izni olarak verileceği öngörülmüştür. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının konuyla ilgili duyuruları için bkz. <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/yabancilar.portal?page=duyurular> (Erişim tarihi 11.09.2014).

¹⁸²Geçici Koruma Yönetmeliği yayımlanmadan önce ülkelerindeki iç karışıklık nedeniyle Türkiye'ye gelmiş ve Emniyet makamlarınca ikamet izni verilmiş bulunan Suriye uyruklu yabancılar için ikamet izin sürelerini aşmamak üzere, değerlendirme kriterlerine tabi tutulmaksızın çalışma izni verilmesi kabul edilmişti. Buna göre, Emniyet makamlarından alınmış en az 6 ay süreli ikamet tezkeresi bulunan Suriye vatandaşlarını istihdam etmek isteyen işverenlerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının belirlediği usul ve esaslara göre başvuru yapmaları halinde talepler Bakanlıkça değerlendirmeye alınacaktı. Söz konusu usul ve esaslar Bakanlığın web sitesinde ilan edilmiştir. Bkz. <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/yabancilar.portal?page=duyurular> (Erişim tarihi 11.09.2014).

¹⁸³AFAD'ın 2014/4 sayılı Genelgesi ise Geçici Koruma Yönetmeliğinin 29. maddesi uyarınca 'Geçici Koruma Kimlik Belgesi'ne sahip olanlar Bakanlar Kurulunca belirlenecek sektörlerde, iş kollarında ve coğrafi alanlarda çalışma izni almak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurabileceğini belirtmektedir. Bkz. Genelge, Çalışma Hayatına İlişkin Hizmetler, s.6.

¹⁸⁴Geçici korunanların çalışmalarına ilişkin usul ve esaslar, İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenecektir (m.29/1).

geçici korumanın süresinden fazla olamaz ve geçici koruma sona erdiğinde, bu kapsamda verilen çalışma izni sona erer (m.29/4). AB Konseyi Geçici Koruma Yönergesi, de benzer hükümler içermektedir. Yönerge de üye devletlere, geçici koruma süresini aşmayan bir süre ile geçici korumadan yararlanan yabancıların (yetişkinler için eğitim olanakları, mesleki eğitim ve pratikte işyeri deneyimi gibi eylemlerden yararlanmaları gibi faaliyetler de dâhil olmak üzere) ilgili mesleğe uygulanan kurallara tâbi olarak, ücretli ya da serbest meslek sahibi olarak çalışmalarına izin verme yükümlülüğü getirmiştir (m.12).

Yönetmelik uyarınca, geçici korunanlara verilen çalışma izni, diğer yabancılara verilen çalışma izninden farklı olarak Kanunda düzenlenen ikamet izinleri yerine geçmeyecektir (m.29/5).

7. Bilgilendirme, Tercümanlık ve Adli Yardım Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı

YUKK'tan önce 57 sayılı Uygulama Talimatı da iltica/sığınma başvuru sahiplerinin tercümanlık hizmetlerinden yararlandırılma hakkı ile iltica/sığınma işlemlerinin aşamalarıyla ilgili bilgilendirme hakkını düzenlemişti¹⁸⁵. Bu düzenlemeler ise AB Konseyi'nin üye devletlerin sınırlarında ya da transit bölgelerde yapılanlar da dâhil olmak üzere ülke topraklarında yapılan tüm iltica başvuruları ile mülteci statüsünün geri alınmasına ilişkin usulleri belirlemek üzere kabul ettiği ve kısaca 'Usul Yönergesi' olarak anılan 'Üye Devletlerde Mülteci Statüsünün Verilmesi ve Geri Alınmasına dair Asgari Standartlara İlişkin Konsey Yönergesi'¹⁸⁶ esas alınarak hazırlanmıştı.

a. Uluslararası Koruma Statüsü Başvuru Sahibi ile Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Yabancılar

YUKK, uluslararası koruma başvurusunda bulunan yabancıların takip edilecek usuller, başvurusunun değerlendirilmesi sürecindeki hak ve

¹⁸⁵Belirtilen bu haklar 57 sayılı Uygulama Talimatında 'Temel İlkeler' başlığı altında düzenlenmiştir.

¹⁸⁶'Council Directive 2005/85/EC of 01.12.2005 on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status', *OJ L* 326, 13.12.2005, s.13-34.

yükümlülükleri, yükümlülüklerini nasıl yerine getireceği ve bu yükümlülüklere uymaması ya da yetkililerle iş birliğinde bulunmaması hâlinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar, itiraz usulleri ve süreleri konusunda kayıt esnasında bilgilendirileceğini hükme bağlamıştır (m.70/1). Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca da başvuru sahibinin talep etmesi hâlinde, başvuru, kayıt ve mülakat aşamalarındaki kişisel görüşmelerde tercümanlık hizmetleri sağlanacaktır. Kanun, başvuru sonuçlanıncaya kadar geçen aşamalar bakımından da yetkili makamlara talepte bulunanları bilgilendirme yükümlülüğü getirmiştir

YUKK uyarınca, avukatlık ücretlerini karşılama imkânı bulunmayan başvuru sahibi ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin uluslararası koruma süreci ile ilgili iş ve işlemlerle ilgili olarak, yargı önündeki başvurularında ise 1136 sayılı Avukatlık Kanununun¹⁸⁷ adli yardım hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanacaktır (m.81)¹⁸⁸. Avukatlık Kanununa göre adlî yardım hizmeti, baro merkezlerinde, baro yönetim kurullarınca avukatlar arasından oluşturulan adlî yardım bürosu tarafından yürütülür (m.177).

b. Geçici Korumadan Yararlanan Yabancılar

Geçici Koruma Yönetmeliği de Yönetmelik kapsamındaki yabancıların, geçici korumayla ilgili süreç, hak ve yükümlülükleri ile diğer hususlarda anlayabilecekleri dilde bilgilendirileceğine dair hüküm içermektedir (m.19/5). Ayrıca Yönetmelik geçici koruma kapsamındaki iş ve işlemlerle ilgili olarak yabancıyla tercüman olmaksızın istenilen düzeyde iletişim kurulamadığında terciümanlık hizmetlerinin ücretsiz olarak sağlanmasını da kabul etmiştir (m.31). Geçici korumadan yararlanan yabancılar da Avukatlık Kanunu kapsamında adli yardımdan yararlanabilecektir (m.53).

¹⁸⁷RG 07.04.1969/13168.

¹⁸⁸Başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişi, sivil toplum kuruluşları tarafından sağlanan danışmanlık hizmetlerinden faydalanabilir (m.81/3).

8. Sınırdışı Etme İşlemine Karşı Güvenceler

Sınırdışı etme, devletlerin, ülke güvenliğini veya kamu düzeninin korumak amacıyla, davranışları tehlikeli görülen yabancıları ülkeden çıkarmak için yararlandıkları bir amaç ve vazgeçmek istemedikleri bir yetki olarak ifade edilmektedir¹⁸⁹. Devletlerin bu yetkisinin ise milletlerarası anlaşmalar, ulusal mevzuat hükümleri ve milletlerarası nezaket çerçevesinde daraltılabileceği kabul edilmektedir¹⁹⁰. YUKK öncesi dönemde sınırdışı sebepleri birden fazla yasal düzenlemede yer almaktaydı¹⁹¹. Uluslararası korumadan yararlanan yabancılar bakımından ise kanuni bir düzenleme bulunmamaktaydı. İltica Yönetmeliği, konuyla ilgili olarak Cenevre Sözleşmesinin mülteciler bakımından kabul ettiği genel esas doğrultusunda, Türkiye’de yasal olarak bulunan sığınmacı ya da mültecilerin ancak ulusal güvenlik veya kamu düzeni sebepleriyle yine Sözleşme çerçevesinde sınır dışı edebileceklerini kabul etmişti (m. 29). YUKK ile birlikte¹⁹² Türk hukukunda farklı kanunlarda dağınık bir şekilde düzenlenmiş olan sınır dışı etme sebepleri tek bir kanunda toplanabilmiş; ayrıca uluslararası korumadan yararlanan yabancılar bakımından sınır dışı etme işlemi kanuni bir dayanağa ve güvenceye kavuşturulabilmiştir.

a. Uluslararası Koruma Statüsü Başvuru Sahibi ile Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Yabancılar

YUKK, uluslararası korumadan yararlanan yabancıların sınır dışı edilmesi konusunu düzenlerken, bu yabancılar bakımından, gerek sınır dışı etme kararının verilmesi gerekse de bu işlemin icrası ile ilgili birtakım güvenceler kabul etmiştir¹⁹³. Öncelikle, YUKK, hakkında sınırdışı etme

¹⁸⁹AYBAY, R.: Yabancılar Hukuku, İstanbul 2005, s.227-228.

¹⁹⁰EKŞİ, Temel Konular, s.45.

¹⁹¹YUKK öncesi dönemde sınır dışı konusuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Temel Konular, s.48-66; ÇELİKEL, A./ÖZTEKİN GELGEL, G.: Yabancılar Hukuku (17.bs.), İstanbul:Beta Yayıncılık, 2012, s.109-116; ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s.191-198.

¹⁹²YUKK uyarınca yabancıların sınırdışı edilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, G.: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, *TBB Dergisi*, S.108, 2013, s.211-256.

¹⁹³YUKK ile birlikte, uluslararası korumadan yararlanan yabancılar dışında kalan yabancılar için de sınır dışı etme işlemi ile ilgili çeşitli güvenceler sağlayan hükümler kabul edilmiştir.

kararı verilecek olan yabancıları 54. maddesinde sayma suretiyle belirlemiştir. Böylece, hem hangi yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınabileceği konusu sağlam bir hukuki temele oturtulmuş¹⁹⁴ hem de YUKK öncesi dönemde, uygulamada özellikle genel sınır dışı etme sebebi olarak kabul edilen YİSHK'nın 19. maddesine¹⁹⁵ dayandırılan genel ve belirsiz sınır dışı etme işlemleri somut bir düzenlemeye kavuşturulmuştur¹⁹⁶. YUKK uyarınca haklarında sınır dışı etme kararı alınacak yabancılar arasında, uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüsü sona eren veya iptal edilen kişilerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayan yabancılar da bulunmaktadır. Uluslararası koruma statüsü başvurusunda bulunan ve başvurusu henüz sonuçlandırılmamış olan yabancılar ile uluslararası koruma statüsü sahibi olan yabancılar hakkında ise özel bir şart kabul ederek, belirtilen kişiler hakkında sadece ülke güvenliği için tehlike

Bu hükümler, genel olarak tüm yabancılar bakımından uygulanacaktır. Çalışma konumuz uluslararası korumadan yararlanan yabancılar olduğundan sınır dışı etme işlemi esas olarak sadece söz konusu yabancılar bakımından incelenecek; ancak sadece uluslararası korumadan yararlanan yabancılar bakımından değil tüm yabancılar bakımından kabul edilen güvenceler bağlamında ilgili ortak hükümlere de yer verilecektir.

¹⁹⁴YUKK'un genel gerekçesine göre, Kanun, özgürlük ve güvenlik ilkeleri noktasında önemli sonuçları olan sınır dışı etme uygulamasına yönelik olarak da berrak bir hukukî çerçeve oluşturmakta; kimler hakkında sınır dışı etme kararı alınacağı, sınır dışı etme kararının hangi durumlarda uygulanamayacağı, alınan kararın nasıl yerine getirileceği hususlarını sağlam bir temele oturtmaktadır Bkz. YUKK'un genel gerekçesi, s.2.

¹⁹⁵YİSHK'nın 'Muzır Şahıslar' başlığını taşıyan 19. maddesi uyarınca, İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek belirli süre zarfında Türkiye'den çıkmaya davet edilecek ve bu sürenin sonunda Türkiye'yi terketmeyenler sınır dışı edilebilecekti. Kanun maddesinde geçen , 'umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplar' kavramlarının belirsiz olması doktrinde haklı olarak eleştirilmekteydi. YİSHK'nın sınır dışı konusunu düzenleyen hükümleriyle ilgili eleştiriler için bkz. DARDAĞAN KİBAR, E.: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 11, No:2, 2012, s.56-57; ÇELİKEL/ GELGEL, *Yabancılar*, s.111; ÇİÇEKLİ, *Yabancılar*, s.192.

¹⁹⁶BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s.216-217.

oluşturduklarına dair ciddî emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabileceğini hükme bağlayarak (m.54/2) Cenevre Sözleşmesi ile kabul ettiği ve İltica Yönetmeliği¹⁹⁷ ile uygulaya geldiği esası tekrarlamıştır. Ayrıca, YUKK, anılan kanun hükmünde yer alan şartların gerçekleşmesi durumunda dahi idareye takdir hakkı tanıyarak bu yabancıların sınır dışı edilmeleri konusunda bir zorunluluk öngörmediğinden, m.54/2'deki şartlar gerçekleşse bile, idare yabancıların sınır dışı edilmesini gerekli görmeyebilir¹⁹⁸.

YUKK, sınır dışı etme kararının verilmesi bakımından bir diğer güvence olarak değerlendirebileceğimiz 55. maddesiyle de¹⁹⁹ sınır dışı etme işlemine konu olabilecek yabancılar bakımından bazı sebepleri 'sınır dışı etme işlemi önleyici sebep'²⁰⁰ olarak kabul ederek, hangi durumlarda sınır dışı etme kararı alınamayacağını belirlemiştir. Bu bağlamda, uluslararası

¹⁹⁷İltica Yönetmeliğinin mülteci ve sığınmacıların sınır dışı edilmesiyle ilgili esasları içeren 29. maddesi uyarınca ise Türkiye'de muntazam surette bulunan bir mülteci veya sığınmacı ancak milli emniyet veya kamu düzeni sebebi ile Cenevre Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde İçişleri Bakanlığınca sınırdışı edilebilirdi. Yönetmelik bu bağlamda, hem sığınmacılar için hem de mülteciler ile aynı esasları kabul etmişti.

¹⁹⁸BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s.232.

¹⁹⁹Konuyu düzenleyen 55. madde uyarınca 54. madde kapsamında haklarında sınır dışı etme kararı alınabilecek olsa dahi, aşağıdaki yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz:

- a) Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar
- b) Ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler
- c) Hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar
- ç) Mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları
- d) Tedavileri tamamlanıncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları

YUKK uyarınca söz konusu kişilerin durumuyla ilgili değerlendirmeler bireysel olarak yapılacak ve bu kişilere, belli bir adreste ikamet etme ya da istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebilecektir (m.55/2).

²⁰⁰YUKK'un konuyu genel olarak yabancılar bakımından düzenleme şekli hususunda, AB hukukunda yer alan ikamet süresi, aile birliğinin korunması, kişinin bulunduğu ülke ile bağlantıları, ev sahibi devletle sosyal ve kültürel entegrasyonu, gibi faktörlerin dikkate alınmadığı; ancak mağdur destek sürecinden yararlanan insan ticareti mağdurlarının ve tedavileri devam eden şiddet mağdurlarının sınır dışı etme işleminden muaf tutulmaları yeni, çağdaş bir anlayışı yansıtmakta olduğu için olumlu olarak değerlendirilmektedir. Bkz. DARDAĞAN KİBAR, Karşılaştırma, s.62.

korumadan yararlanan yabancıların da haklarında sınır dışı etme kararı alınmasını gerektiren bir sebep meydana gelse dahi Kanunda sayılan önleyici sebeplere bağlı olarak sınır dışı edilmemeleri mümkündür.

Sınır dışı etme kararının uygulanması bakımından güvence sağlayacak bir diğer husus, geri göndermeme ilkesidir. Daha önce de belirtildiği üzere hem Cenevre Sözleşmesinde²⁰¹ hem de YUKK'ta kabul edilen geri göndermeme ilkesi, yabancıların hayat ya da özgürlüğünün tehdit altında olacağı bir ülkeye gönderilmemesini içerdiğinden, bu yasak da sınır dışı etme işlemine karşı güvence sağlayacaktır. Bu bağlamda, sınır dışı işlemi ile ilgili hükümlerinin oluşturulmasında, AIHM'in, Türkiye aleyhine açılan davalarda, Türkiye'nin sığınma ve mülteci statüsü alamayan ancak geri göndermeme yasağı kapsamına giren yabancılar için verdiği sınır dışı etme kararlarının AIHS'in 3. maddesinin ihlâli olarak kabul ettiği kararlarının dikkate alındığı söylenebilir²⁰².

Sınır dışı etme işlemine YUKK usulî güvenceler de sağlamaktadır. Kanun uyarınca, yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir ve mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır; mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Kanun ayrıca, yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancının sınır dışı edilemeyeceğini de hükme bağlamıştır (m.53/3).

b. Geçici Korumadan Yararlanan Yabancılar

Geçici Koruma Yönetmeliği, geçici koruma sağlanan yabancıların sınır dışı edilmesi ile ilgili özel bir hüküm içermemektedir. Bu nedenle geçici korumadan yararlanan yabancılar bakımından da sınır dışı işlemi ile ilgili olarak YUKK'taki hükümler geçerli olacak ve sınır dışı etme kararının

²⁰¹Ancak Cenevre Sözleşmesi mutlak bir 'geri gönderme yasağı' ortaya koymadığı için bu yasağa sınırlama getiren 32/2. maddesindeki şartların gerçekleşmesi durumunda ilke istisnaya uğrayacaktır. Bkz. ÇIÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.288-289.

²⁰²Ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, N.: "İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye'den Sınır dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılar İlişkin AIHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na Etkisi", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:19, Ekim 2014, s.88-91.

verilmesi ve bu işlemin icrası ile ilgili genel olarak yabancılar için kabul edilen güvenceler geçici korumadan yararlanan yabancılar için de uygulanabilecektir. YUKK'un uluslararası koruma statüsü başvurusunda bulunanlar ile uluslararası koruma statüsü sahibi olan yabancılar için kabul ederek bu yabancıların sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabileceği yönündeki istisnai hükmünün Yönetmeliğin geçici koruma kapsamına alınanların YUKK'ta kabul edilen uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş sayılmayacağına dair düzenlemesi dikkate alındığında geçici korumadan yararlanan yabancılar için de uygulanıp uygulanamayacağı tartışılabilir. Kanununun 91. maddesinde kitlesel olarak Türkiye'ye gelen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılar sağlanan acil ve geçici koruma olarak tanımladığı 'geçici koruma' tanımı gereği uluslararası koruma ihtiyaçlarının grup bazında incelenmesini içerdiğinden Kanuna göre uluslararası koruma statüsü olarak sayılmamıştır. Ancak, kanaatimizce, her ne kadar YUKK'un kabul ettiği bireysel uluslararası koruma statüleri arasında sayılmamış olsa da Kanun tarafından da hükme bağlandığı üzere uluslararası korumanın bir türü olan ve daha önce de belirtildiği üzere içerik olarak ülke topraklarına serbest olarak kabul ve geri gönderilmeme ilkesine riayet unsurlarını barındıran geçici korumanın uygulanabilmesi için, YUKK'un söz konusu istisnai hükmüyle bireysel uluslararası koruma statüsü sahiplerine sağlanan güvencenin, geçici koruma kararı yürürlükte olduğu sürece, geçici korumadan yararlanan yabancılar bakımından da geçerli olacağını kabul etmek gereklidir.

9. Uyum

YUKK ile birlikte Türk hukukunda ilk kez düzenlenen konulardan biri de 'uyum' konusudur²⁰³. Kanunun sadece uluslararası koruma statüsü

²⁰³Yerel entegrasyon, gönüllü geri dönüş ve yeniden yerleştirme genel olarak mülteci sorunlarına kalıcı çözümü hedefleyen bir mülteci rejiminin gerektirdiği kalıcı çözüm yolları arasında kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİÇEKLİ, Sığınmacılar, s.165-170. YUKK da bu bağlamda, uyumun yanında gönüllü geri dönüş konusunu da düzenlemiştir.

sahipleri için değil tüm yabancılar bakımından kabul ettiği uyumla ilgili hükümler, Kanunun gerekçesine göre, kimi ülkelerde olduğu gibi göçü kısıtlama amaçlı değil; yabancıların ve toplumun bilinçli ve düzenli bir şekilde birlikte yaşamalarını mümkün kılacak ve kolaylaştıracak esnek bir yapıda düzenlenmiştir. Genel Müdürlük de Kanunda ve Genel Müdürlüğün çalışmalarında öngörülen uyumun; ne asimilasyon ne de entegrasyon olmadığını; göçmenle toplumun gönüllülük temelinde birbirlerini anlamalarıyla ortaya çıkan harmonizasyon olduğunu ifade etmektedir²⁰⁴.

a. Uluslararası Koruma Statüsü Başvuru Sahibi ile Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Yabancılar

Genel olarak literatürde mülteci ve sığınmacıların yerinden edilme döngülerini sona erdirerek normal bir yaşam sürmelerine olanak sağlayacak geleneksel kalıcı çözüm yollarından biri olarak kabul edilen ‘yerel entegrasyon’, sığınma ülkesinin mülteci için kalıcı ikamet ve yerleşim hakkı sağlaması olarak ifade edilmektedir²⁰⁵. Yerel entegrasyon kavramı, sığınma ülkesinin mültecilere daimi ikamet hakkı ile birlikte nihai olarak vatandaşlık kazanma olasılığı sunmasını öngördüğünden²⁰⁶ YUKK’ta 96. maddede düzenlenen ‘uyum’ dan farklıdır. Kanun uyarınca, Genel Müdürlük, ülkenin ekonomik ve mali imkânları ölçüsünde, uluslararası koruma başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin ülkemizde toplumla olan karşılıklı uyumlarını kolaylaştırmak ve ülkemizde, yeniden

Kanuna göre, uluslararası koruma talebinde bulunan ya da bu statüden yararlan yabancılar, gönüllü olarak geri dönmek istediklerinde aynı ve nakdi destek sağlanabileceğini kabul etmiştir(m.87/1).Geçici Koruma Yönetmeliği de geçici korumadan yararlanan yabancıların gönüllü olarak ülkelerine dönmek istemeleri halinde gerekli kolaylık gösterilerek imkânlar ölçüsünde destek sağlanabileceğini ve Genel Müdürlüğün bu çalışmaları ilgili kamu kuruluşlarıyla uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşları ile işbirliği içinde planlayabileceğini düzenlemiştir (m.42/1).Geçici Koruma Yönetmeliği, ‘yeniden yerleştirme’ konusuyla ilgili olarak da Genel Müdürlüğün, bu Yönetmelik kapsamındaki yabancıların geçici veya daimi olarak üçüncü ülkeye yerleştirilmeleri amacıyla uluslararası kuruluşlar, sivil toplum kuruluşları ve ülkelerle işbirliği yapabileceğini, proje ve programlar geliştirip uygulanabileceğini düzenlemiştir (m.44/2).

²⁰⁴YUKK Gereği Uyum Faaliyetleri hususunda bkz.http://www.goc.gov.tr/icerik3/uyum-hakinda_409_564_566 (Erişim tarihi 29.01.2015).

²⁰⁵ÇİÇEKLİ, Sığınmacılar, s.165.

²⁰⁶ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.358.

yerleştirildikleri ülkede veya geri döndüklerinde ülkelerinde sosyal hayatın tüm alanlarında üçüncü kişilerin aracılığı olmadan bağımsız hareket edebilmelerini kolaylaştıracak bilgi ve beceriler kazandırmak amacıyla, kamu kurum ve kuruluşları, yerel yönetimler, sivil toplum kuruluşları, üniversiteler ile uluslararası kuruluşların öneri ve katkılarından da faydalanarak uyum faaliyetleri planlayabilir²⁰⁷ (m.96). Bu bağlamda, kamusal ve özel mal ve hizmetlerden yararlanma, eğitime ve ekonomik faaliyetlere erişim, sosyal ve kültürel iletişim, temel sağlık hizmeti alma gibi konularda kurslar, uzaktan eğitim ve benzeri sistemlerle tanıtım ve bilgilendirme etkinlikleri, genel olarak yabancıların, ülkenin siyasi yapısı, dili, hukuki sistemi, kültürü ve tarihi ile hak ve yükümlülüklerinin temel düzeyde anlatıldığı kurslara katılımın sağlanabileceği kabul edilmiştir²⁰⁸.

Sığınma ülkesinin vatandaşlığını kazanma, gerek hukuksal entegrasyonun sağlanması gerekse de ekonomik, sosyal, ya da kültürel entegrasyona katkı sağlaması açısından önemli bir araçtır²⁰⁹. Nitekim Cenevre Sözleşmesi de taraf devletlere, mültecilerin vatandaşlığa alma işlemlerini çabuklaştırma ve bu işlemlerin masraf ve resimlerini her türlü imkân ölçüsünde azaltmaya özel çaba gösterme yükümlülüğü getirmiştir (m.34). Türk hukukunda ise Türk vatandaşlığının kazanılması Türk Vatandaşlığı Kanunda (TVK) ²¹⁰ düzenlenmiş olup sadece göçmenlerin istisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanmasını düzenleyen İskân Kanununda²¹¹ da mülteci ya da sığınmacılar için özel bir hüküm yoktur.

²⁰⁷ Genel Müdürlükçe uyum düzenleme ve çalışmalarında iki yönlü aktif bir etkileşim ve gönüllülük hedeflenmekte olup göçmen odaklı bir yaklaşım benimsenecektir. Yabancıların toplumla olan karşılıklı uyumlarına ilişkin iş ve işlemleri yürütmek üzere Genel Müdürlüğün Uyum ve İletişim Dairesi görevlidir. Açıklama için bkz. YUKK Gereği Uyum Faaliyetleri.

²⁰⁸ AB Konseyi Vasıf Yönergesi de mültecilerin topluma entegrasyonunu kolaylaştırmak amacıyla üye devletlerin uygun gördükleri entegrasyon programlarını sağlayacaklarını ya da bu programlardan yararlanmayı temin eden ön koşulları oluşturacaklarını; uygun buldukları durumlarda, ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilerin de entegrasyon programlarından yararlanmalarına olanak tanıyacağını kabul etmiştir (m.33).

²⁰⁹ ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s.268.

²¹⁰ RG 12.06.2009/27256.

²¹¹ RG 26.09.2006/26301.

TVK’da özel bir hüküm bulunmadığı için uluslararası koruma statüsü sahiplerinin Türk vatandaşlığını kazanması ancak genel hükümlerden yararlanma yoluyla²¹² mümkün olabilecektir. Bununla beraber, TVK’nın Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılma yolunu düzenleyen 12. maddesinde, bu yolla Türk vatandaşlığını kazanabilecek yabancılar arasında ‘vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler’ de bulunmaktadır (m.12/1-b). Kanuna göre bu yabancılar, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak kaydıyla İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilirler. Hangi yabancıların vatandaşlığa alınmasının ‘zaruri’ olduğunu Bakanlar Kurulu takdir edecektir. Kanun ya da TVK’nın Uygulama Yönetmeliğinde²¹³ ‘zaruret’ in nasıl değerlendirileceği açıklanmamıştır. “5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Açıklama²¹⁴” da ise ‘uluslararası ilişkilerin gerekliliği ve ülkemizin menfaati veya herhangi bir sebeple Bakanlar Kurulunca Türk vatandaşlığını kazanmaları zaruri görülen kişiler’in Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu ‘zarureti’ takdir ederken uluslararası ilişkilerin gerekliliği ve ülkemizin menfaati ya da herhangi bir sebebe dayanabilecektir²¹⁵. Bu bağlamda, idareye tanınan bu geniş takdir yetkisinden hareketle, uluslararası koruma statüsü sahiplerinin de Bakanlar Kurulunun takdiriyle herhangi bir sebeple²¹⁶ vatandaşlığa alınmasının zaruri

²¹²Türk vatandaşlığının kazanılması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNGÖR, G.: *Tâbiyet Hukuku*, Ankara:Yetkin Yayınları, 2012, s.52-139; DOĞAN, V.: *Türk Vatandaşlık Hukuku* (11.bs.), Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2014, s.47-106.

²¹³ RG 06.04.2010/ 27544

²¹⁴Açıklama için bkz. http://www.nvi.gov.tr/Mevzuat,Nufus_Mevzuat_Genelge.html (Erişim tarihi 29.01.2015).

²¹⁵GÜNGÖR, s.98.

²¹⁶Mülteciler söz konusu olduğunda, Cenevre Sözleşmesinin taraf devletlere mültecilerin vatandaşlığa alınmasını kolaylaştırma yükümlülüğü getirmesi sebebiyle Açıklamada belirtilen ‘uluslararası ilişkilerin gerekliliği’ sebebinden hareketle, bu yabancıların Türk vatandaşlığını kazanması zaruri kişilerden kabul edilmesinin yerinde olacağı yönünde bkz. GÜNGÖR, s.100.

görülmesi halinde TVK m.12/1-b kapsamında istisnai olarak Türk vatandaşlığına alınmasının mümkün olduğu söylenebilir²¹⁷.

b. Geçici Korumadan Yararlanan Yabancılar

Uyum konusu Geçici Koruma Yönetmeliğinde düzenlenmemiştir. Geçici koruma, ülke topraklarına kabul, geri göndermeme ilkesinin uygulanması ve gelen kişilerin temel ihtiyaçlarının karşılanması unsurları içeren ve kalıcı bir çözüm yolu olmaktan ziyade geçici bir koruma aracı olarak değerlendirilmektedir²¹⁸. Bu bağlamda yukarıda da belirtildiği üzere, genel olarak literatürde mülteci ve sığınmacıların yerinden edilme döngülerini sona erdirerek normal bir yaşam sürmelerine olanak sağlayacak geleneksel kalıcı çözüm yollarından biri olarak kabul edilen ‘yerel entegrasyon’ geçici korumadan yararlanan yabancılar bakımından ancak bu statüleri sona erip bireysel uluslararası koruma statülerinden birini kazanmalarıyla dikkate alınabilir. Ancak yine yukarıda da ifade edildiği üzere YUKK da düzenlenen şekliyle uyum faaliyetleriyle genel olarak yabancıların toplumla olan karşılıklı uyumlarını kolaylaştırmak ve ülkemizde, yeniden yerleştirildikleri ülkede veya geri döndüklerinde ülkelerinde sosyal hayatın tüm alanlarında üçüncü kişilerin aracılığı olmadan bağımsız hareket edebilmelerini kolaylaştıracak bilgi ve beceriler kazandırılması hedeflendiğinden, geçici korumadan yararlanan yabancıların da bu faaliyetlere dâhil edilmesi mümkün görünmektedir.

III. Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Yükümlülükleri

Genel olarak uluslararası korumadan yararlanan yabancıların bu korumanın devamının sağlanması için uymaları gereken bazı yükümlülükler vardır. Nitekim Cenevre Sözleşmesi de, her mültecinin, bulunduğu ülkeye karşı, özellikle yasalara, yönetmeliklere ve kamu düzeni için alınan önlemlere uyma yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir (m.2).

²¹⁷TVK 12/1-b hükmünün fonksiyonel olabileceği çeşitli haller ile ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. GÜNGÖR, s.99-102.

²¹⁸ÇİÇEKLİ, Sığınmacılar, s.118-119.

A. Uluslararası Koruma Statüsü Başvuru Sahibi ile Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Yabancılar

YUKK'un uluslararası koruma başvuru veya uluslararası koruma statüsü sahibi yabancılar bakımından hükme bağladığı yükümlülükler genel olarak, ikamet, bildirim ve davete uyma yükümlülüğü olarak sınıflandırılabilir. Kanun ikamet ile ilgili yükümlülükleri belirlerken AB Konseyi Kabul Koşulları Yönergesi ile aynı esasları benimsemiştir²¹⁹. Kanun uyarınca, uluslararası koruma başvuru sahibine, kendisine gösterilen kabul ve barınma merkezinde, belirli bir yerde veya ilde ikamet etme zorunluluğu ile istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebilir (m.71/1). Kanuna göre şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi kişiye de Genel Müdürlükçe, kamu düzeni veya kamu güvenliği nedeniyle belirli bir ilde ikamet etme, belirlenen süre ve usullerle bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilebilir. Kanuna göre hem uluslararası koruma başvuru sahibi yabancılar hem de şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi olan yabancılar adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak ve ikamet adreslerini valiliğe bildirmekle yükümlüdür (m.82).

YUKK, bildirim yükümlülüğünün kapsamını ise 90. maddesinde açıklamıştır. Buna göre uluslararası koruma başvuru veya statüsü sahibi kişi çalışma durumuna ait güncel bilgilerle gelirlerini, taşınır ve taşınmazlarını otuz gün içinde bildirmekle; adres, kimlik ve medeni hâl değişikliklerini ise yirmi iş günü içinde bildirmekle yükümlüdür.

Uluslararası koruma başvuru sahipleri ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler; Türkiye'ye girişi veya Türkiye'de kalışı hakkında inceleme ihtiyacının doğması, hakkında sınır dışı etme kararı alınma ihtimalinin

²¹⁹AB Konseyi Kabul Koşulları Yönergesi uyarınca, üye devletler, kamu yararı, kamu düzeni, ya da gerektiği hallerde başvurunun hızla işleme konulması ve etkili bir şekilde takibi açısından, sığınma isteyen kişinin ikamet yerini karara bağlayabilirler. Örneğin yasal nedenlerle veya kamu düzeninin korunması gibi nedenlerle gerekli olduğunun tespit edildiği hallerde üye devletler, kendi ulusal hukukları uyarınca, başvuru sahibini belli bir yerde tutabilirler (m.7/2-3). Üye devletler, ayrıca, başvuru sahiplerinden mevcut adreslerini yetkili makamlara bildirmelerini ve söz konusu adresteki herhangi bir değişikliği mümkün olan en kısa zamanda söz konusu makamlara bildirmelerini de isteyebilirler (m.7/6).

bulunması ya da YUKK'nun uygulanmasıyla ilgili işlemlerin bildirim, nedenleriyle ilgili valiliğe veya Genel Müdürlüğe davet edilebilirler. Davete uyulmadığında veya uyulmayacağına ilişkin ciddi şüphe olması durumunda yabancılar davet edilmeksizin kolluk tarafından getirilebilirler. Bu işlem, idari gözetim²²⁰ olarak uygulanamaz ve bilgi alma süresi dört saati geçemez (m.97).

Yukarıda belirtilen yükümlülükler dışında, Kanuna göre uluslararası koruma başvuru veya statüsü sahibi yabancılar kendilerine sağlanan hizmet, yardım ve diğer imkânlardan haksız olarak yararlandığının tespit edilmesi hâlinde, bedellerini tamamen veya kısmen geri ödemekle (m.90/ç) ve Genel Müdürlükçe kendilerinden 'Uluslararası Koruma' başlıklı 3. Kısım çerçevesinde istenilenleri yerine getirmekle de yükümlüdür (m.90/d). Kabul Koşulları Yönergesi de üye devletlerin, başvuru sahiplerinin yeterli kaynaklara sahip olması halinde Yönerge uyarınca sağlanan maddi kabul koşullarının ve sağlık hizmetinin tamamını karşılamaları veya bunların maliyetine belli bir katkıda bulunmalarını isteyebileceğini düzenlemiştir. Başvuru sahibinin, söz konusu temel ihtiyaçların karşılandığı dönemde maddi kabul koşulları ve sağlık hizmetlerinin maliyetini karşılamaya yeterli imkânlara sahip olduğunun anlaşılması halinde üye devletler, sığınma isteğinde bulunan kişilerden yapılan harcamaları geri ödemesini isteyebilir (m.13/4).

²²⁰YUKK uyarınca idari gözetim altına alma istisnai bir yöntemdir ve sadece uluslararası koruma başvurusunda bulunmak idari gözetim altına alınmayı gerektirmez. Uluslararası koruma başvuru sahibinin kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuyla ilgili ciddi şüphe varsa, bu bilgilerinin tespiti amacıyla; sınır kapılarında usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonulması amacıyla; idari gözetim altına alınmaması durumunda başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması hâlinde; kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturması hâlinde idari gözetimin gerekip gerekmediği bireysel olarak değerlendirilir (m.68). Uluslararası koruma başvuru sahibinin idari gözetimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, N.: 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim, İstanbul:Beta Yayıncılık, 2014, s.118-130.

Kanunun belirlediği yükümlülüklere uymayanlara²²¹ eğitim ve temel sağlık hakları hariç, diğer haklardan faydalanmaları bakımından sınırlama²²² getirilebilir (m.90/2). YUKK'un bu hükmü, AB Konseyi Vasıf Yönergesinin, üye devletlerin mülteci ya da ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilere verilen sağlık hizmetlerini temel yardımlarla sınırlayabileceğini kabul eden 29. maddesinden²²³ hareketle oluşturulmuştur.

B. Geçici Korumadan Yararlanan Yabancılar

Geçici Koruma Yönetmeliğinin düzenlediği yükümlülükler de YUKK'ta uluslararası koruma statüsü sahibi olan yabancılar bakımından kabul edilen yükümlülüklerle benzerdir. Bu yükümlülükler de genel olarak Yönetmeliğin 33. maddesi uyarınca, ikamet, bildirim ve davete uyma yükümlülüğüdür. Buna göre, geçici korumadan yararlananlara da Genel Müdürlük tarafından belirlenen ilde, geçici barınma merkezinde veya belirli bir yerde ikamet etmek zorunluluğu getirilebilecektir. Yönetmeliğin uygulanmasıyla ilgili iş ve işlemler nedeniyle geçici korumadan yararlanan yabancıların, ilgili birime davet edildiğinde davete uyma yükümlülükleri de vardır. Bu yükümlülüğe uymadıkları veya uymayacaklarına ilişkin şüphe oluşması halinde, ilgili mevzuat kapsamında, davet edilmeksizin kolluk görevlileri tarafından ilgili birime getirilebilecekler kabul edilmiştir (m.34).

Bildirim yükümlülüğü kapsamında da genel olarak valilikler tarafından belirlenen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma; çalışma durumlarına ait güncel bilgilerle gelir ve taşınmazlarını otuz gün içinde; adres, medeni hal ve ailelerindeki doğum ve ölüm gibi kimlik bilgisi değişikliklerini de yirmi iş günü içinde bildirmekle yükümlü kılınmışlardır. Yönetmeliğe göre, ayrıca geçici korumadan yararlananlar, bu sayılanlar

²²¹Uluslararası koruma başvuruları ile uluslararası koruma statüleriyle ilgili olumsuz karar verilenler bakımından da eğitim ve temel sağlık hakları hariç, diğer haklardan faydalanmaları bakımından sınırlama getirilebilir (m.90/2).

²²²Sınırlamaya ilişkin değerlendirme bireysel yapılır. Karar, ilgili kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına yazılı olarak tebliğ edilir ve yine ilgili kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisi bilgilendirilir (m.90/2).

²²³Bu durumda sağlanan temel yardımlar kendi vatandaşlarıyla aynı düzeylerde ve aynı uygunluk koşulları altında sağlanacaktır (m.29).

dışındaki diğer kişisel verilerini yetkili makamlara vermekle ve de Genel Müdürlük veya valilik tarafından yerine getirilmesi istenilen diğer hususlara uymakla da yükümlüdür (m.33). Yönetmelik, görüldüğü üzere yükümlülüklerin belirlenmesi konusunda idareye takdir yetkisi de tanımıştır.

Yönetmelik, belirlenen yükümlülüklerle uyulmaması halinde YUKK'ta da düzenlenen yaptırımın benzerini öngörmüş ve yükümlülüklerini kısmen veya tamamen ya da istenilen sürede yerine getirmeyenlerin yükümlülüklerine uymaları konusunda ilgili birimler tarafından uyarılacağını, uymayanlar hakkında adli ve idari işlem başlatılacağını; kendilerine uyarı yapıldığı halde, yükümlülüklerine uymayanlar hakkında; eğitim ve acil sağlık hizmetleri hariç, diğer haklardan faydalanmalarında tamamen veya kısmen kısıtlamaya gidilebileceğini kabul etmiştir²²⁴(m.35/1 ve 2). Kendilerine uyarı yapıldığı halde yükümlülüklerine uymayan yabancılardan geçici barınma merkezi dışında bulunanların, geçici barınma merkezi dışında kalmalarının süreli veya süresiz olarak sınırlandırılabilmesi de mümkündür (m.35/3).

SONUÇ

Uluslararası korumadan yararlanan yabancıların, bu korumadan yararlandıkları ülkede buldukları süre zarfında sahip olmaları gereken hak ve özgürlüklerinin kaynağını, temelde uluslararası mülteci hukuku ile uluslararası insan hakları hukuku kuralları oluşturur²²⁵. Bu bağlamda özel statülü yabancılar olarak kabul edebileceğimiz uluslararası korumadan yararlanan yabancıların hakları, temel insan hakları yanında diğer yabancılardan ayrılma neden olan özel durumları sebebiyle tanınması gereken haklardır. Bu durum YUKK hazırlanırken de dikkate alınmış ve

²²⁴AFAD'ın 2014/4 sayılı Genelgesi de Yönetmelikle aynı doğrultuda hazırlanmıştır. Buna göre, Yönetmelikte belirlenen hizmetlerden ancak geçici koruma altına alınan ve bu statünün gerektirdiği yükümlülükleri yerine getiren yabancılar yararlanabilir. Yönetmelikte belirlenen yükümlülüklerini kendilerine uyarı yapıldığı halde yerine getirmeyenler hakkında, eğitim, bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunma hizmetleri ile acil sağlık hizmetleri hariç diğer hak ve imkânlar yönüyle ihlal edilen yükümlülükle orantılı bir şekilde kısıtlamaya gidilebilecektir (Genelge, Genel Hususlar, s.2).

²²⁵Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇIÇEKLİ, Sığınmacılar, s.165-170.

böylece Kanunla sadece uluslararası koruma konusuna yasal ve kurumsal bir çerçeve sunmakla sınırlı kalmamış; uluslararası korumadan yararlanan yabancıların durumlarını göz önünde bulundurarak hak ve yükümlülükleri ile ilgili özel hükümler de kabul edilmiştir.

YUKK'ta, uluslararası korumadan yararlanan yabancılara tanınacak haklar belirlenirken, genel olarak temel hak ve özgürlüklerin tanınmasında bu yabancılar arasında ayırım yapılmamış olsa da, bazı hakların tanınması bakımından uluslararası korumanın türüne, sağlanan uluslararası koruma statüsüne ya da bulunulan aşamaya göre bu haklardan yararlanmada farklı usul ve esasların kabul edildiği görülmektedir. Ayrıca gerek YUKK gerekse de Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca, özel ihtiyaç sahibi olarak sınıflandırılan yabancılar bakımdan hak ve hizmetlerden yararlanma hususunda öncelik tanınacağı esası kabul edilerek bu yabancıların durumlarını gözeten özel hükümler kabul edilmiştir.

YUKK ile uluslararası korumadan yararlanan yabancılara tanınan hakları içerik bakımından incelendiğinde, bu alanda yapılan en önemli yenilik ve değişikliklerin ikamet ve çalışma izni konusunda olduğu görülmektedir. Kanun uyarınca, uluslararası koruma başvurusu anından itibaren verilecek belgeler sayesinde, uluslararası koruma statüsü almak için başvuruda bulunan ve sonrasında da bu statülerden birini kazanan yabancıların ikamet izni almasına gerek kalmayacak ve hiçbir harca tâbi olmayan bu belgeler ikamet izni yerine geçerek sahibine uluslararası koruma statüsünün türüne göre kanunda belirlenen süre boyunca Türkiye'de ikamet hakkı tanyacaktır. Geçici korumadan yararlanan yabancılar için ise aynı kolaylıklar kabul edilmemiştir. Yönetmelik uyarınca, geçici korumadan yararlanacak yabancılardan kayıt işlemleri tamamlananlara verilecek olan 'geçici koruma kimlik belgesi' bireysel uluslararası koruma statüsü sahiplerine verilen belgelerden farklı olarak ikamet izni yerine geçmeyecektir. Bu bakımdan süreli ya da süresiz olarak düzenlenebileceği ve geçici koruma kararı sona erinceye kadar geçerli olacağı belirtilen bu belgeler, ancak geçerli koruma kararının yürürlükte olduğu süre için Türkiye'de 'kalış hakkı' sağlayacaktır. Kanun, uluslararası koruma

başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen ya da başvurusunu geri çeken veya geri çekilmiş sayılan, dolayısıyla Türkiye’de ikamet iznine sahip olmayan başvuru sahibinin bu işlemlere karşı yargı yoluna başvurusu halinde ya da başvuru sahibinin ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilmesi işlemlerinin devamı süresince, en fazla birer yıllık olma şartıyla İçişleri Bakanlığının onayı ile valilikçe insani ikamet izni verilebileceğini kabul ederek bu süre zarfında yabancıya Türkiye’de yasal olarak bulunmasına da imkân tanımıştır. YUKK’un ikamet konusunda getirdiği yeniliklerden biri de uluslararası koruma statüsü sahibi olan yabancıların genel olarak yabancılar bakımından kabul edilen sınırlar çerçevesinde istedikleri yerde ve kabul ve barınma merkezleri dışında da ikamet edebilecek olmalarıdır. Bu durum ancak kamu düzeni veya kamu güvenliği nedeniyle şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi kişiye Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından, belirli bir ilde ikamet etme, yükümlülüğü getirilmesi nedeniyle istisnaya uğrayabilecektir. Geçici korumadan yararlanan yabancılar bakımından da aynı esas kabul edilmişse de uluslararası koruma statüsü sahiplerinden farklı olarak bu yabancılar sadece Genel Müdürlüğün belirleyeceği illerde kalabileceklerdir. YUKK, uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi yabancıların, barınma ihtiyaçlarını kendilerinin karşılamasının esas olduğunu kabul etmişse de bu yabancıların barınma, işe, sağlık, sosyal ve diğer ihtiyaçlarının karşılanacağı kabul ve barınma merkezlerinde kalabilmelerine de imkân tanımaktadır. Geçici korumadan yararlanan yabancıların da geçici barınma merkezlerinde kalmaları mümkündür.

Kanun, mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi olan yabancıların çalışma izni alma zorunluluğunu da ortadan kaldırmıştır. Kanun uyarınca bu yabancılara verilmiş olan uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgeleri çalışma izni yerine geçecek ve bu yabancılar, kendilerine statü tanındıktan sonra ayrıca çalışma izni almalarına gerek kalmadan bağımlı veya bağımsız olarak çalışabileceklerdir. Buna karşın uluslararası koruma statüsü başvuru sahibi veya şartlı mülteci statüsü sahibi olan yabancıların çalışmak istediklerinde YÇİHK kapsamında çalışma izni almaları gerekecektir. Geçici korumadan yararlanan yabancıların çalışma izni de Yönetmelikte özel olarak

düzenlenmiş ve bu yabancıların geçici koruma kimlik belgesine sahip olma kaydıyla ve geçici korumanın süresinden fazla olmama şartıyla çalışma izni alabilmeleri kabul edilmiştir. Ancak Yönetmelik uyarınca, geçici korunanlara verilen çalışma izni, diğer yabancılar verilen çalışma izninden farklı olarak Kanunda düzenlenen ikamet izinleri yerine de geçmeyecektir. Uluslararası korumadan yararlanan tüm yabancılar bakımından genel olarak yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere ilişkin mevzuatta yer alan hükümler ise saklıdır.

Kanunla ilk kez düzenlenen hususlardan biri ‘aile birleştirme hakkı’dır. Kanun, mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin aile ikamet izni aracılığıyla aile birleştirme hakkından yararlanmasını mümkün kılmış; ancak aile ikamet izni talep hakkından yararlanacak yabancılar arasında uluslararası koruma başvurusunda bulunanları, şartlı mültecileri ve geçici korumadan yararlanan yabancıları saymamıştır. Anılan bu yabancıların ülkede kalışının geçici olarak görülmesi sebebiyle böyle bir düzenleme yapılmış olduğu kabul edilse dahi YUKK’tan sonra yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği, geçici korumadan yararlanan yabancılar, Türkiye’de bir araya gelmek üzere aile birleştirme talep hakkı tanımıştır. Şartlı mültecilerin aile birleştirme hakkından yararlanabilmelerini sağlayacak başka bir hukuki düzenleme bulunmaması nedeniyle bunu sağlayacak bir yol olan aile ikamet izninin kapsamı dışında bırakılmaları kanaatimizce bir eksikliklerdir.

YUKK ile ilk kez düzenlenen konulardan bir başkası ise ‘uyum’ konusudur. Kanunun gerekçesine göre bu düzenlemeyle, yabancıların ve uluslararası koruma başvurusu ve statüsü sahibi kişilerin toplumla uyumu, toplumun da yabancılarla uyum içinde bulunabilmesi için yapılacak çalışmalara imkân tanınmakta, her şeyden önce bu sürecin önü açılmaktadır. Kanaatimizce, ‘uyum’ konusunun düzenleme altına alınması bile Türk hukuku açısından önemli bir gelişmedir. Ancak mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde, YUKK ile birlikte sosyal, ekonomik ya da kültürel entegrasyonun sağlanması bakımından yapılabilecekler düzenleme altına alınmasına rağmen mültecilik statüsünün sona erdirilmesi açısından

mülteciler bakımından en çok arzu edilen ve en kalıcı görülen çözüm yolu olarak değerlendirilen ve hukuksal entegrasyon bakımından da önemli bir araç olarak kabul edilen²²⁶ vatandaşlığın kazanılması bakımından istisnai hükümler ya da kolaylıklar sağlayacak değişiklikler yapılmadığı sürece uyum konusu eksik kalacaktır.

Kanun ve Yönetmelik, uluslararası korumadan yararlanan yabancılar bakımından genel olarak ikamet, bildirim ve davete uyma yükümlülüğü olarak sınıflandırılabilirler. Bu yükümlülükler de kabul etmiştir. Bu yükümlülükler uymayanlar bakımından, eğitim ve temel sağlık hakları hariç, diğer haklardan faydalanma bakımından sınırlama getirilebilecektir.

2014 yılının Nisan ayı itibariyle uygulamaya giren YUKK sadece uluslararası korumaya ilişkin yasal bir düzenleme sağlamakla kalmamış; bu sürece ilişkin işlemleri yürütecek idari yapıyı da değiştirmiştir. Dolayısıyla bu yapının merkez ve taşra teşkilatının oluşturulması, buralarda istihdam edilen personelin eğitimi belirli bir süreç gerektirecektir. YUKK'un uygulanmasına ilişkin Yönetmelik de henüz hazırlanmamıştır; ancak Kanunun belirttiği üzere YUKK'a ilişkin farklı yönetmelikler birbiri ardına hazırlanarak yürürlüğe girmektedir. Sonuç olarak YUKK, genel olarak uluslararası koruma hususunda istendiği gibi AB müktesebatı ile uyumlu ve uluslararası korumadan yararlanan yabancıların Türkiye'de sahip olacakları hakları bu yabancıların özel statüsü dikkate alınarak özel olarak yasal bir temelde düzenleyen, dağınmış mevzuatı birleştiren çağdaş bir Kanun olsa da getirilen yeniliklerin uygulamaya ne şekilde yansıtılacağını²²⁷ ancak zaman gösterecektir.

²²⁶ÇİÇEKLİ, Mülteci Hukuku, s.380.

²²⁷Bu bağlamda, YUKK'un yürürlüğe girmesine rağmen devam eden sorunlar olarak; emniyet müdürlüklerinden Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne geçiş sürecinin uzun bir vadeye yayılmış olması ve hali hazırda tüm yetkilerin emniyet genel müdürlüklerine bırakılmış olması; uluslararası koruma sürecinde yabancı ve mültecileri potansiyel suçlu ya da devlet güvenliğine karşı tehdit olarak gören anlayışın engellenmesi için sivil bir otoriteye görev verilmesi amacıyla kurulan Genel Müdürlüğün personelinin yabancılar şubesinde görev yapan polis memurlarından seçilmesi sebebiyle uygulamadaki sorunların devam edeceği; idari gözetim ile ilgili Kanunda belirtilen süreler, bilgilendirme hakkına uygun davranılmadığı ve geri gönderme merkezlerinin koşullarının belirlenmesine rağmen uygulamada bu merkezlerin fiziki anlamda yetersiz ve sağlıksız olduğu ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

- ALTUĞ, Y.** : Devletler Hususi Hukuku Bakımından Mülteciler, İstanbul, 1967.
- AYBAY, R.** :Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2005.
- BAŞARAN, E.** : “Evaluation of the ‘Carrier’s Liability’ Regime as a Part of the EU Asylum Policy under Public International Law”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C.4, N.15, 2008, s.149-161.
- ÇELİKEL, A. / ÖZTEKİN GELGEL, G.:** Yabancılar Hukuku,17. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011 (Yabancılar).
- ÇELİKEL A. / ÖZTEKİN GELGEL, G.:** Yabancılar Hukuku (Yenilenmiş 20.bs.), İstanbul:Beta Yayıncılık, 2014 (20. Bası)
- ÇİÇEKLİ, B.** : Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009 (Sığınmacılar).
- ÇİÇEKLİ, B.** :“Mülteci, Sığınmacı ve Göçmenler: Sınıflandırma ve Yasal Statünün Belirlenmesine İlişkin Sorunlar, Vatandaşlık Göç ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler”, Uluslararası Sempozyum Bildirileri, *TBB Yayınları*, Yayın No:175, 15-16 Mayıs 2009, s.327-362 (Sempozyum).
- ÇİÇEKLİ, B.** : Yabancılar Hukuku, (Güncellenmiş 4.bs.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013 (Yabancılar).
- ÇİÇEKLİ, B.** : Yabancılar ve Mülteci Hukuku (Güncellenmiş 5.bs.), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014 (Mülteci Hukuku).

Belirtilen bu sorunlar ve uygulamadaki diğer aksaklıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, U.: “Türkiye’de Mültecilik ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Mülteci Bülteni*, S.1, Y.2014, s.45-53.

- DARDAĞAN KİBAR, E. :** “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 11, No:2, 2012, s.53-74 (Karşılaştırma)
- DARDAĞAN KİBAR, E. :** “An Overview and Discussion of the New Turkish Law on Foreigners and International Protection”, *Perceptions Journal of International Affairs*, T.C. Dışişleri Bakanlığı Stratejik Araştırmalar Merkezi yayınları, Autumn 2013, V.XVIII, N.3, s.109-128 (Discussion)
<http://sam.gov.tr/wp-content/uploads/2014/02/Esra-Darda%C4%9Fan-Kibar.pdf> (Erişim tarihi 29.01.2015).
- DOĞAN,V.** :Türk Vatandaşlık Hukuku (11.bs.), Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2014.
- EKŞİ, N.** :Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012 (Tasarı).
- EKŞİ, N.** :Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular (4.bs.), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012 (Temel Konular).
- EKŞİ, N.** :Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014 (Uluslararası Koruma).
- EKŞİ, N.** : “İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye’den Sınır dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılara İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na Etkisi”, *TAAD*, Yıl:5, Sayı:19, Ekim 2014, s.53-99.
- EKŞİ, N.** : 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim, İstanbul:Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2014.

- ERGÜL, E.** : “Avrupa Birliği Müktesabatında Yabancıların Aile ve Özel Hayat Hakkı Çerçevesinde Korunması”, *Ankara Barosu Dergisi* S.3, 2013, s.197-206.
- GÜNGÖR, G.** :Tâbiiyet Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- MICHAELSEN, C.** : “The Renaissance of Non-Refoulement? The Othman(Abu Qatada) Decision of the European Court of Human Rights”, *ICLQ*, V. 61, Issue 3, 2012, s. 750-765.
- ODMAN, T.** : Mülteci Hukuku, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:15, 1995.
- OOSTING, D./ BOUTELLET PAQUET, D./ HENDERSON, N.** :“AB İltica Politikasına Eleştirel Bir Analiz: Tampere’den Düşüş” (Çeviren: Helmut Oberdiek), Mülteci Çalıştayları, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi yayınları, s.7; http://www.multeci.net/images/stories/AB_Itica_Politika.pdf (Erişim tarihi 29.01.2015).
- ÖNER ŞİRİN, N. A.** : “In Which Direction Do the Efforts Proceed? The European Union’s Attempts to Develop a Common Immigration and Asylum Policy”, *Marmara Journal of European Studies*, V.20 No:2, 2012, s.121-140.
- ÖZCAN, M.** : Avrupa Birliği Sığınma Hukuku Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, Ankara:Usak Yayınları, 2005.
- PAZARCI, H.** :Uluslararası Hukuk, Ankara:Turhan Kitabevi, 2010.
- TEKİNALP, G.** : Türk Yabancılar Hukuku, Beta Yayınevi, 2003.
- TEKİN, E.** : Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Türkiye’de İkameti, Dicle

- Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2014 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- TEKSOY, B.** : “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, *AÜHFĐ* 62(3), 2013, s.855-906.
- UZUN, E.** : “Geri Göndermeme (*Non-Refoulement*) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 8, Sayı: 30, 2012, s.25-58.
- YILDIRIM, U.** :“Türkiye’de Mültecilik ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Mülteci Bülteni*, S.1, Y.2014, s.41-53.

ĐİĐER KAYNAKLAR

AFAD’ın 2014/4 Sayılı Genelgesi:
<http://www.tkhk.gov.tr/Dosyalar/6f6b76cbd7144fba8cb6bd1c12df6104.pdf> (Erişim tarihi 29.01.2015) .

T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD)tarafından yayınlanan ‘Suriye Raporu’:
<https://www.afad.gov.tr/TR/IcerikDetay1.aspx?ID=16&IcerikID=747> (Erişim tarihi 29.01.2015).

2001 yılı Katılım Ortaklığı Belgesi:
http://goc.gov.tr/icerik6/2001-yili-katilim-ortakli-belgesi_344_658_662_icerik (Erişim tarihi 29.01.2015).

BMMYK’nın Suriyeli mültecilerin bölgesel dağılımına dair verileri: <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php> (Erişim tarihi 15.03.2015)

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının duyuruları:
<http://www.csqb.gov.tr/csqbPortal/yabancilar.portal?page=duyurular> (Erişim tarihi 11.09.2014).

Emniyet Genel Müdürlüğünün 22.06.2006 tarihli 57 No'lu
Uygulama Talimatı:
http://www.egm.gov.tr/Documents/uygulama_talimati_2010_genelge.pdf
(Erişim tarihi 29.01.2015)

G.H.H ve diğerleri Türkiye Davası: (G.H.H and others v. Turkey, Application no. 43258/98, 11/07/2000,Final11/10/2000),[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\"dmdocnumber\":\[\"696776\"\],\"itemid\":\[\"001-58899\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\).
(Erişim tarihi 29.01.2015)

Jabari-Türkiye Davası:
http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/40035_98.pdf (Erişim tarihi 29.01.2015)

İltica ve Göç Mevzuatı: http://goc.gov.tr/icerik6/iltica-ve-goc-mevzuati_363_382_725_icerik(Erişim tarihi 29.01.2015)

İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı:
http://goc.gov.tr/icerik3/iltica-ve-goc-ulusal-eylemplani_327_344_699
(Erişim tarihi 29.01.2015)

MEB Ortaöğretim Genel Müdürlüğünün 16.08.2010 tarih ve 2010/48 sayılı Genelgesi:
http://mevzuat.meb.gov.tr/html/6544_48.html (Erişim tarihi 29.01.2015)

Türkiye ve Göç: http://goc.gov.tr/icerik3/turkiye-ve-goc_363_382_1445

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun 2014 yılı 24. Dönem 5. Yasama Yılı 'Ülkemize Sığınan Suriye ve Irak Vatandaşlarının Barındıkları Çadır Kentler Hakkında İnceleme Raporu':

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/cadi_rkentler_hak_inceleme_rap.pdf (Erişim tarihi 29.01.2015)

http://www.nvi.gov.tr/Mevzuat,Nufus_Mevzuat_Genelge.html

YÖK basım açıklaması:

<http://www.yok.gov.tr/web/guest/duyurular> (Erişim tarihi 09.01.2015).

YUKK'un genel gerekçesi: http://goc.gov.tr/icerik3/genel-gerekce_327_328_330 (Erişim tarihi 29.01.2015).

YUKK Gereği Uyum

Faaliyetleri: http://www.goc.gov.tr/icerik3/uyum-hakkinda_409_564_566 (Erişim tarihi 29.01.2015)

TÜRK HUKUKUNDA KADIN DOĞUM HASTALIKLARI HEKİMLERİNİN GERÇEKLEŞTİRDİĞİ MÜDAHALELER VE HEKİMLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Yrd. Doç. Dr. Selin SERT*

ÖZET

Kadın hastalıkları ve doğum uzmanları gebelik, doğum, infertilite (kısırlık), menopoz, ultrasonografi ve kadın hastalıkları ile ilgili ameliyatlarda konusunda ihtisas yapmış uzmanlaşmış doktorlardır. Kadın doğum uzmanlarının gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler hem anne sağlığı hem de yeni doğan bebek veya anne karnındaki bebeğin sağlığını, yaşamını ilgilendirdiği için ikili bir sorumluluk türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Sorumluluğun türü ve niteliği belirlenirken öncelik hekim kavramı, hekimin genel olarak yükümlülükleri inceleme konusu yapılacak sonrasında ise özel olarak kadın doğum uzmanlarının gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kadın doğum uzmanı, hekim, yükümlülük.

Gynaecology diseases in Turkish Law Medical interventions performed by doctors and their obligations

ABSTRACT

Obstetrics and gynecology specialists pregnancy, childbirth, infertility (infertility), menopause, doctors are highly specialized ultrasound and a specialization in surgery related to gynecological diseases. Medical interventions performed by kid's obstetricians and maternal health as well as newborn or unborn baby's health, as a dual responsibility as it concerns the kind of life we come across. The type and

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

nature of determining the priority physicians concept of responsibility, after the physician in general will be obligations examination of medical interventions specifically performed by gynecologists and will attempt to examine the nature of legal responsibility for this intervention.

Keywords: Women's obstetrician, physician, legal responsibility.

I. HEKİM KAVRAMI

Hekimlik mesleğini çeşitli şekillerde tanımlamak mümkündür. Tarihin eski çağlarından beri hekimlik, hoşgörü ile karşılık beklemeden insanları severek insanları sağlığına kavuşturmayı veya insanları sağlıklı tutmayı amaçlayan meslek olarak ifade edilmektedir¹.

İnsanların sağlığını koruma ve sağlık koruma yöntemlerini geliştirme, hastalık ve sakatlıkları iyileştirme alanında çalışan ve araştırma yapan kişi²dir. Hekimin görevleri ise; hastayı muayene etmek, teşhis ve tedavi yöntemini belirlemek, tedavi sürecini takip etmek, cerrahi müdahalelerde bulunmak, uzmanlık alanlarında inceleme ve araştırma konuları üretmek, bulaşıcı hastalıkların teşhisini koyup bu konuda önlemler almaktır.

Hekim, Arapçada “akıllı insan” anlamına gelmektedir. Teşhis (tanı) ve tedavi faaliyetini meşrulaştıran ve hukuka uygun hale getiren, yetkili bir kişi tarafından icra edilmesidir³. Bu yetkili, 1219 Sayılı Kanuna göre, Türkiye’de bir Tıp Fakültesinde tıp eğitimini başarılarak hekimlik diploması almış ya da yurt dışında aldığı diplomanın denkliğini onaylatmış (m.4) ve Sağlık Bakanlığına başvurarak diplomasını kaydettirmiş ve hekimlik yapma ruhsatı almış Türk vatandaşlarıdır (m.1,2).

¹ <http://www.forumlordum.net/meslek-bilgileri/70995-hekim-nedir-gorevleri-nelerdir.html>

² <http://www.forumlordum.net/meslek-bilgileri/70995-hekim-nedir-gorevleri-nelerdir.html>

³ https://www.google.com.tr/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.haksay.org%2Ffiles%2Fyahya08.doc&ei=iJkSVamqJ4KrU_regIAF&usg=AFQjCNHtcD2LnPD_W1IGXisNF9aZklIw&sig2=xy_dPiToVzSHxblOxinzw&bvm=bv.89184060,d.bGQ

Türkiye de hekim olabilmek için Türkiye deki bir tıp fakültesi eğitimini tamamlayarak hekimlik diploması almış veya yurt dışında eğitim almakla birlikte diplomasının denkliğini kabul ettirmiş, Sağlık Bakanlığına başvurarak diplomasını kaydettirmiş ve hekimlik yapma ruhsatı almış kişi olarak ifade edilmektedir.

II. ÖZEL OLARAK KADIN DOĞUM UZMAN HEKİMİ KAVRAMI

Kadın hastalıkları ve doğum uzmanları gebelik, doğum, infertilite (kısırlık), menopoz, ultrasonografi ve kadın hastalıkları ile ilgili ameliyatlar konusunda ihtisas yapmış uzmanlaşmış⁴ doktorlardır.

Kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olmak için ülkeler arasında ufak farklar olmakla beraber genel olarak lise eğitiminden sonra tıp fakültesi (6-7 yıl) daha sonrasında da uzmanlık eğitimi yani ihtisas (5 yıl) gerekir. Daha önce ülkemizde 4 yıl olan kadın hastalıkları ve doğum uzmanlık eğitimi geçtiğimiz yıllarda 5 yıla uzatılmıştır. Kadın hastalıkları ve doğum uzmanlık eğitimi sırasında gebelik, normal doğum, sezaryen, infertilite (kısırlık), tüp bebek, doğum kontrol⁵ yöntemleri, jinekoloji

⁴ <http://www.ozgecmis.gen.tr/kadin-dogum-uzmani-nasil-olunur.html>

⁵ Yarg. 13 HD., 2013/22814 E., 2014/2861 K., 03.07.2014 T., sayılı kararında özet olarak; “Davalılar, tüp bebek yöntemi ile davalı Vehbi Koç Vakfı Amerikan Hastanesi Yardımcı Üreme Teknikleri Merkezi'ne başvurduklarını, bir çeşit tüp bebek yöntemi olan mikroenjeksiyon yöntemi ile hamile kalmasının sağlandığını, küçük E.'nin anne karnındaki gelişiminin izlenmesi amacı ile düzenli kontrollerinin ve işlemlerinin yapıldığını, anne karnında 6. aya gelindiğinde davalı Dr. A. N. tarafından E.'nin renkli ve detaylı ultrasonunun çekildiğini ve nihayetinde 4.10.1999 tarihinde davalı Dr. C. A. tarafından E. K.'nin sezaryen ile doğumunun gerçekleştiğini, E.'nin doğumunu müteakip ilk muayenesi ve takip eden diğer muayenelerinin değişik periyotlarda davalı Dr. J. Ö.'nin özel muayenehanesinde 12 ay boyunca düzenli olarak yapıldığını, E.'nin henüz 3 aylık iken göz bebeklerinin gözünün içerisinde döndüğünü fark ettiklerini, bu şikayetlerini davalı doktor J. Ö.'ye söylediklerini, davalı doktorun bu durumun oldukça normal kabul edilerek çocuk göz kaslarının ancak 1 yaşında düzlebileceğini ve bir problem bulunmadığını açıkladığını, E.'nin henüz 6 aylık iken otururken bir tarafa yıkıldığını ve daha sonraki zamanlarda da hala emekleyememesinin aynı doktora anlatıldığında, bunun sebebinin E.'nin toplu bir bebek olmasına bağlandığını, E. 12 aylık olduğunda, aşısı için davalı hastaneye gidildiğinde, E.'nin bir takım şikayetleri olduğunu, kendilerini başka bir doktora yönlendirilmelerini istediklerini

(kadın hastalıkları), onkoloji (kadın hastalıkları ile ilgili kanserler), ultrasonografi, menopoza, kürtaj, ameliyatlar, laparoskopik cerrahinin karın içi operasyonlarındaki uygulama şekli), histeroskopi (İnfertilite, tekrarlayan düşüklerin nedenlerinin araştırılmasında, anormal adet kanamalarının nedeninin araştırılmasında ve rahim içi patolojilerin tespit ve tedavisinde histeroskopi önemli bir tanı aracı) ve başka farklı konularda geniş bir eğitim alınır.

Ülkemizde kadın doğum uzmanı olarak görev yapabilmek için; Türkiye'deki bir tıp fakültesi eğitimi tamamlayarak hekimlik diploması almış veya yurt dışında eğitim almakla birlikte diplomasının denkliğini kabul ettirmiş, Sağlık Bakanlığına başvurarak diplomasını kaydettirmiş ve hekimlik yapma ruhsatı alınması gerekmektedir. Ayrıca kadın doğum uzmanı olmak özel bir ihtisası gerektirdiği için tıp fakültesi eğitimi sonrasında kadın doğum alanında uzmanlık yapılması gerekmektedir.

III. KADIN DOĞUM UZMAN HEKİMİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Uzman Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

ve dava dışı Dr. S. Ç.'ya gönderildiklerini, bu doktorun teşhisine göre E.'nin beyinde su torbacıkları bulunduğu, E.'nin göremediğinin, bunun tedavisinin de mümkün olmadığını bildirildiğini, teşhis üzerine 13.10.2000 tarihinde İstanbul Üniversitesi Çapa Tıp Fakültesi Çocuk Hastalıkları ve Çocuk Nörolojisi Bölümü'nde Prof. Dr. Selçuk Apak'a gidildiğini ve E.'nin nörolojik muayenesine başlandığını ve E.'nin motor merkezinin düzgün çalışmadığını, hareket sisteminde bir bozukluk olabileceğinin saptandığını ve 'spastik diparezi' ön tanısının konulduğunu, tüm bu araştırma ve muayene sonucunda E.'nin anne karnında 6. aya tekabül eden haftalarda gelişimini tamamlarken iki beyincığı birbirine bağlayan görme sinirlerinin de üzerinden geçtiği, algılamayı sağlayan 'korus kalozum' şeklinde tanımlanan köprünün yarım kaldığı sonucuna ulaşıldığını, hayati olan bu problemin anne karnında özellikle 6. ayda çekilen renkli ultrasonun davalı doktor A. N. tarafından incelenmesinde görülecek bir problem olduğunu, beyne giden tüm damarların bu ultrasonda gözüktüğünü ve bu şekilde tüm problemlerin teşhis ve tanısının mümkün olabileceğini, gerekli özenin gerek doğum öncesinde gerekse doğum sırasında ve gerekse doğum sonrasında hem tanı, hem teşhis ve hem de tedavide gösterilmediğini ileri sürerek fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydı ile...”.

Doktor ile hasta arasındaki ilişki de karşılıklı iki menfaat bulunmaktadır. Hastanın kendi geleceğinden vazgeçmeden tedavi olmayı istemesi menfaat dengesinin bir tarafı iken; doktorun hastayı meslek kurallarına uygun bir şekilde tedavi etmek ve mümkün olduğu kadar hastayı tedaviye ve tedavi sürecine dâhil etmesi de karşı menfaati oluşturmaktadır. Doktorla hasta arasındaki bu ilişki de doktorun temel görevi; hasta ile arasındaki güven ilişkisini kurmak ve bu ilişkiyi tedavi ile güçlendirmek ile hastanın tedavi ve yapılacak operasyonla ilgili olası yan etkiler konusunda bilgilendirilmesi ile bu bilgilerin hastanın anlamasını sağlamaktır. Kendi geleceği ve kaderi hakkında kendisi karar vermek durumunda olan hastaya karşı, tedaviyi üstlenen meslek adamları yani doktorlar kural olarak söz konusu doğumun gerektirdiği açıklamalarda bulunmak ve hastayı aydınlatmak borcu altındadırlar⁶. Çünkü sadece yeterince bilgi sahibi yapılan hasta, önerilen tedaviye razı olup olmama konusunda serbest iradesiyle karar verebilir⁷.

⁶ Hasan Erman, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1988, s. 146; Enis Sarıal, Sağlık arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul, 1986, s. 56; Özlem Yenerer Çakmut: “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, s. 9; Yahya Deryal, “Tıbbi Müdahale İçin Hastanın Aydınlatılması ve Onayının Alınması”, Sağlık Hakkı Dergisi, Haziran 2007, S.2, s.46 vd; Zafer Zeytin, “*Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Trabzon 2007, s. 165 vd; Doğan Soyaslan, “*Organ Nakilleri*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2007, s. 127; Şafak Parlak, “Organ Bağışı ve Organ Naklinden Ortaya Çıkan Sorunlar” (s. 189-222) TBB Dergisi, S. 83; 2009.s. 203; Nevzat Toroslu, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, AÜHFD, 1978, C.XXXV, S.1-4, s. 101-102; Hayrunnisa Özdemir, “*Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*”, EÜHFD, 2008C.12, S. 12, s.347-348; Burcu G. Özcan- Çağlar Özel: “*Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.10, S.1, s.57; Esra Çimen: “*Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s.107.

⁷ Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.124-125.

Doktor aydınlatma yükümlülüğünün ilk görünümü; kadın doğum uzmanının hem hastayı hem de bebeğin sağlığı konusunda⁸ aydınlatma görevini yerine getirmesidir. Doktorun bu konuda yapacağı ilk bilgilendirme hastayı aydınlatmaktır. Hastanın doğum öncesi, doğum ve doğum sonrası oluşabilecek riskler konusunda bilgilendirilmesi önemlidir. Doğumun ne şekilde hangi şartlarda gerçekleşeceğinin bilinmesi ve belirlenmesi kadın doğum uzmanının en önemli görevi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doktorun hastayı aydınlatma yükümlülüğünün ikinci görünümü; sağlıklı bir doğumun gerçekleşmesi için, tıptaki yeni gelişmelere uygun olarak o konuda bilinen ve bilinmesi gereken hastalık ve hastalığın rizikoları konusunda doktorun hastayı aydınlatmasıdır. Doktorun hastayı özen borcuna uygun davranmakla ve gerçekleştirilecek olan doğum hatasız ve kusursuz yapılsa dahi taşıdığı muhtemel daimi veya geçici yan risklere karşı da aydınlatmalıdır⁹. Bu aydınlatmanın kapsamına riskin nasıl ve ne şekilde gerçekleşeceği ya da gerçekleşebileceği, komplikasyonların sıklığı ve ağırlığı ile hastanın kendi bünyesel özellikleri sebebiyle ortaya çıkabilecek risklerin anlatılması ve hastanın bu konuda bilgilendirilmesi gerekmektedir¹⁰.

Doktorun hastayı aydınlatma yükümlülüğünün üçüncü görünümü, doktorun hastayı bebeğin sağlığı konusunda bilgilendirmesidir. Bebeğin sağlığı, bebeğin yaşama şansının olup olmaması, bebeğin doğumundan sonra meydana gelebilecek komplikasyonlar konusunda doktor hastasını bilgilendirmelidir.

⁸ Seyfettin Uludağ: “Kadın ve Doğum Hastalıklarında Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Sorumluluğu”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslar arası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2009, İstanbul, s. 206.

⁹ Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S.3. s. 67; Ergun Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Güncel Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mart 1982, s.42.

¹⁰ Veysel Başpınar, “Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 191.

Doğum aşamasında sadece annenin bilgilendirilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda doktorun annenin ve bebeğin sağlığı konusunda babayı da bilgilendirmesi gerekmektedir.

Aydınlatma borcunun kapsamının belirlenmesinde her zaman genel bir kural koymak yerine somut olayın özelliklerine göre hareket edilmesi gerekmektedir. Doktorun aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesindeki en önemli görevi, yapılacak olan nakle rıza gösterilip gösterilmeyeceğine ilişkin bilgilerin verilmesidir¹¹.

Hastanın aydınlatılması görevi; doğumu gerçekleştirecek olan doktora aittir¹². Bu görevin başka bir doktora devredilmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak birden fazla doktorun birlikte gerçekleştireceği bir doğum söz konusu ise, yapılacak olan operasyon tek ise tek bir doktorun hastayı bilgilendirmesi yani aydınlatması yeterlidir. Ancak operasyon birden fazla doktorun uzmanlık alanını ilgilendiriyorsa, bu durumda her bir doktorun hastayı kendi gerçekleştireceği operasyon konusunda bilgilendirmesi gerekmektedir. Doktor aydınlatma görevini başka bir sağlık personeline veya görevliye devredemez.

Aydınlatma zamanı, hastaya, acil durumlar hariç, hastanın konuyu gereği kadar anlayıp ailesi veyahut yakınları ile tartışacak kadar bir zaman tanınması suretiyle verilmelidir. Hasta hem hastalığı hem de yapılacak nakil işlemini ve bunların sonuçlarını kavrayabilmeli aklında bu hususlarda bir soru işareti bırakılmamalıdır¹³.

B. Hastanın Rızasının Alınması

Hastanın doğumu sürecinde yapılacak olan tüm operasyonlar açısından en önemli yönü; doktorun hastayı aydınlatması, hasta açısından

¹¹ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991, s. 75.

¹² Y. 13 HD 2012/13928 E., 2012/17203 K., 03.07.2012 T. Kararında “kadın doğum uzmanının doğumu bizzat yapması gerektiği doğumu bizzat gerçekleştirme konusunda vekil gibi sorumlu olduğu çünkü kadın doğum uzmanı ile hasta arasında vekalet ilişkisinin olduğu kabul edilmiştir”.

¹³ Başpınar, s. 204.

en önemli yönü ise hastanın rızasının alınmasıdır¹⁴. Doktorun hastayı aydınlatması ne kadar önemliyse, hastanın yapılacak olan tıbbi müdahaleye rıza göstermesi de o kadar önemlidir¹⁵.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.5/d hükmü gereğince; “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz*”. Yine aynı yönetmeliğin m.22 hükmü uyarınca; “*kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi müdahaleye tabi tutulamaz*”. Son olarak Yönetmeliğin m.24 hükmünde; “*tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir*” denmektedir¹⁶.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28 hükmüne göre; “*mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir*”. Rıza genel olarak herhangi bir şekil ya da geçerlilik şartına bağlanmamıştır. Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70 hükmü gereğince; “*büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır*” denilmiştir. Yine HHY m. 34 hükmü tıbbi araştırma amaçlı işlemler için alınacak olan rızanın yazılı olması gerektiğini belirtmiştir. TMK m. 23 hükmünde de “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan*

¹⁴ Hamit Hancı, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara 2002.s. 66 vd; Arif Barış Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, İstanbul 2011, s. 263;Parlak, s.205 .

¹⁵ Hayrünnisa Özdemir, *Özel hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara 2004, s. 115 vd, Zarfefe Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1998, s. 43; Sarıal, s. 64 vd; Yenerer Çakmut, s. 19; Yahya Deryal, “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası*”, Trabzon Barosu Dergisi, Y.18, S.7, Mart 2003, s. 52 vd .

¹⁶...Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeterli kadar aydınlanması ve iradenin serbestçe açıklanması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza, hukuken değeri olan rızadır.”, Yarg. 4. HD, 07.03.1977, E. 6297/2541 K. , Özdemir, s. 97.

edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz” hükmüne yer verilmiştir.

Kadın doğum uzmanının hastadan rıza almadan tıbbi müdahalede bulunması söz konusu olamaz. Rıza yazılı olarak alınmalı ve annenin doğum öncesi, doğum sırasında, doğumun ne şekilde gerçekleşeceği, doğum öncesi ve sonrası meydana gelebilecek komplikasyonlar hakkında bilgi sahibi olduğundan emin olunmalıdır. Ancak doğumun zorunlu olması, acil doğumun gerçekleşmesi durumlarında annenin rızasının alınması mümkün değil ise rıza aranmaksızın tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır.

Rıza bakımından diğer önemi bir durum da rızanın ne zaman verildiğidir. Kadın doğum uzmanı kadını hamilelik döneminin başından başlayarak doğum süreci hatta doğum gerçekleştikten sonra dahi kontrol etme yükümlülüğü altında olduğu için kadın doğumu gerçekleştirene kadar doktor tarafından rızanın alınması mümkündür.

Rızanın geri alınması hususu ise üzerinde ayrıca düşünülmesi gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Kadın doğum uzmanının doğumun riskleri konusunda hastayı bilgilendirmesi ve gerekli açıklamaları yapmasından sonra hasta bebeği doğurma veya doğurmama konusunda serbest iradeye sahip olmalıdır. Ancak 1983 yılında yayınlanan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük gereğince; *“On haftayı geçmeyen gebeliklerde rahim tahliyesi:*

MADDE 3.- Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine rahim tahliye edilir.

Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler.

Bu maddede 10 haftaya kadar olan gebeliklerin sadece isteğe bağlı olarak alınabileceği belirtilmiştir.

Gebelik 10 haftadan büyükse:

MADDE 5.- Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, rahim tahliyesi yapılamaz.

Bu durumdaki kadınlarda, ancak, Tüzük'e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesi yapılabilir. Hastalığın, kadın hastalıkları doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur. Bu maddede 10 haftadan büyük gebeliklerde kürtajın isteğe bağlı yapılamayacağı ve ancak aşağıda listelenen tıbbi nedenlerle yapılabileceği belirtilmiştir. Bu nedenlerle yapılacak kürtajlar için şu haftaya kadar olan gebeliklerde yapılabilir şeklinde bir üst sınır belirtilmemiştir.

Doğum öncesi ve sonrasında açıklanan rızanın geçerliliğini etkileyen en önemli unsur; açıklanan iradenin “bilinçlendirilmiş ve aydınlatılmış” olmasıdır¹⁷. Bilinçlendirme ve aydınlatma ile ifade edilmek istenen, rıza beyanında bulunana uygun biçimde ve ayrıntılı olarak doğumun yaratabileceği tehlikeler ile bunun psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi verilmesi ve hastanın bu anlatılanları anlamasıdır. Tüm ayrıntılar gözden geçirilip, meydana gelebilecek sonuçlar değerlendirildikten sonra, bilinçli ve özgür iradesiyle karar verebilecek duruma getirilmiş hasta kararı bilinçlendirilmiş ve aydınlatılmış rıza¹⁸

¹⁷ Ayan, s. 71; Filiz Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul 2006, s. 76.

¹⁸“Bu konuda bilinen en önemli karar; *Nathanson Kline* davası; 1950 ve 1960 yıllarında meme kanseri tanısı ile radikal mastektomi operasyonu uygulanan hastanın, ameliyat bölgesine uygulanan kobalt ışın tedavisinin ciltte oluşturduğu hasar nedeniyle doktordan şikayetçi olmasına dayanmaktadır. Kansan Yüksek Mahkemesi verdiği karar ile doktorla hasta arasındaki ilişkinin temelini güven ilişkisine dayandığını ve hastaya hastalığı ile tedavisi hakkında tüm gerçeklerin açık sözlülikle belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır.”, Ali Rıza Tümer, *Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis*, Ankara 2013, s. 49; Ahmet Nar, “<http://www.kazancidergisi.com/c/detay.asp?id=6342>

olarak ifade edilmektedir¹⁹. HHY m.18 hükmü gereğince; “*bilgi, gerektiğinde tercüman kullanılarak, hastanın anlayabileceği şekilde, tıbbi terimler mümkün olduğunca kullanılmadan, tereddüt ve şüpheye yer verilmeyen, hastanın ruhi durumuna uygun ve nazik bir ifade*” ile verilmelidir. Rızanın yapılacak olan müdahale ve sonuçları açısından yeterince aydınlatıcı olması ve hastanın bu hususta bilinçlenip bilinçlenmediğinin çok iyi bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Bilinçlendirme ve aydınlatmanın eksik olduğu bir rıza hukuken geçerli bir rıza olmayacaktır²⁰.

C. Uzman Doktorun Sadakat ve Özen Borcu

Uzman doktorun sadakat borcu, hastanın yararına olacak davranışlarda bulunmak ve hastaya zarar verecek davranışlardan kaçınmak şeklinde olacaktır. Kadın doğum uzmanının sadece hastanın yararına olacak davranışlarda bulunması yeterli değildir. Aynı zamanda bebeğin yararını da gözetmek zorundadır. Burada birbirine feda edilemeyen iki önemli kavram mevcuttur: anne ve bebek. Bu borcun en önemli özelliği, doktorun anne ve bebeğin menfaatlerini kendi menfaatinin üzerinde tutmasıdır²¹.

Kadın doğum uzmanı diğer tıbbi müdahalelerde de olduğu gibi, doktorun alıcının ve vericinin güvenini sarsacak davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Doktor, doğum öncesi ve sonrasında, kendi mesleğinin kurallarına uymak zorunda olduğu gibi, anne ile bebeğin yaşam ve sağlığına, kişilik hakkına saygı göstermek zorundadır. Doğumun tamamlanması halinde dahi doktorun bu borcu devam edecektir. Doktorun sadakat borcu ve sır saklama yükümlülüğü gerçekleştirilen doğumun sonuçlandırılmasıyla sona ermeyecektir.

Doktorun özen borcu ise, doktorun doğum öncesi ve sonrasında durumun gerektirdiği her türlü yöntemi kullanması ve tıbbın, bilgi ve becerisinin bu konuda gerektirdiği tüm dikkati göstermesi, tüm çabayı sarf

¹⁹ Yavuz İpekyüz, s. 90.

²⁰ Şenocak, s. 44.

²¹ Yavuz İpekyüz, s. 102-103; Özdemir, s. 124 vd; Ayan, s. 88.

etmesi anlamındadır. Doktor, genel kabul edilen artık “mutad usul” halini almış olan ilkelerini bilmek ve sanatlarının kurallarına göre doğru teşhisi koyarak yapılacak uygulanacak olan tüm yöntemleri öngörmelidir²². Doktorun özen borcunun değerlendirmesi yapılırken objektif davranılmalı, doktorla aynı uzmanlık alanındaki aynı bilgi, deneyim ve tecrübeye sahip doktor ölçü kabul edilmelidir.

Yargıtay kararlarında “gerekli özen” kavramı doktorlar için genellikle “*mesleki şartları yerine getirmek*”, “*tıp ilminin kurallarını gözetip uygulamak*”, “*fen kuralları*”, “*tıp ilminin teknik kuralları*”, “*mesleki ihtimam*”, “*mesleki şartlar ve tıp biliminin kuralları*”, “*mesleki özen ve ihtimam*” “*mutad dikkat ve özen*” ve “*titiz bir ihtimam ve dikkat*” şeklinde ifade edilmektedir²³.

Kadın doğum uzmanı olan doktor hem anneyi ve onun sağlığını hem de bebeği ve bebeğin sağlığını aynı zamanda kişilik hakkını korumak ve gözetmek borcu altındadır. Doktor, hem anneyi hem de bebeği eşit şekilde korumak ve gözetmek borcu altındadır. Doktor doğum öncesinde annenin veya bebeğin sağlığını tehlikeye sokan herhangi bir durumun varlığını tespit ettiği anda bu durumu öncelikle anne sonrasında baba ile paylaşmak zorundadır. Ancak annenin veya bebeğin sağlığını tehlikeye sokan durumlar söz konusu olduğu zaman bu durumu üçüncü kişilere bildirmemek hatta üçüncü kişilerin bu durumu bilmesini engelleyici her türlü önlemi almak zorundadır.

D. Uzman Doktorun Sır Saklama ve Kayda Geçirme Yükümlülüğü

Kadın doğum uzmanını doğum öncesi ve doğum sonrasında meydana gelebilecek komplikasyonlar konusunda hem anneye hem de bebeğe ait bilgileri kayda geçirmesi ve bu bilgileri saklaması gerekmektedir²⁴. Doktor anneye ait kayıtları tutarken, annenin hastalık

²² Yavuz İpekyüz, s. 107.

²³ Söz konusu kararlar için bkz. Veysel Başpınar, “*Hasta Hakları Açısından Hekimin Özen Borcu*”, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Trabzon 2007, s. 197-198.

²⁴ Özdemir, s. 132 vd; Yavuz İpekyüz, s. 108; Ayan, s. 94; Hakan Hakeri Tıp Hukuku El Kitabı, Ankara, 2014, s. 218.

öyküsünü, anneye konulan tanı ve teşhisi, teşhis aşamasında yapılan tetkikler ve bu tetkiklerin sonuçları ile neden normal doğumun ya da neden sezaryen ile doğum yapılmasının gerekli olduğu, iyileşme süreci, doğum gerçekleşmişse annenin ve bebeğin son durumu yazılmalıdır. Ayrıca naklin vericiyi sürekli ilaç kullanıp kullanmadığı ile bu durumun doğumun olumsuz sonuçlanmasını engelleyecek her türlü bilginin kayda geçirilmesi zorunludur.

Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi) uyarınca kişilerin sağlıklarına ilişkin veriler özel hayata ilişkin sayılmakta ve korunmaktadır. Annenin ve bebeğin yani cenine ait bilgiler de özel hayata ilişkin sayılmalı ve korunmalıdır. Cenin tam ve sağ doğmak koşuluyla anne karnına düştüğü andan itibaren yasal mirasçı olmaktadır. Dolayısıyla tam ve sağ doğması halinde yasal mirasçı olacak ceninin haklarının daha iyi korunması amacıyla bebeğe ait bilgilerinde korunması ve saklanması gerekmektedir. Ceninin bilgilerinin saklanması sadece yasal mirasçı olması sebebiyle değil aynı zamanda tam ve sağ doğmak şartıyla onun kişilik kazanması ve bir birey olarak kabul edilmesinden de kaynaklanmaktadır. Ayrıca ceninin özürülü olarak doğacak olması halinde bu bilginin anne ve baba ile de paylaşılması gerekmektedir.

Doktor, doğum öncesi ve doğum sonrasında tıbbi müdahaleye, teşhise ve tedaviye yönelik öğrendiği bilgileri saklamakla yükümlüdür. Annenin önceki rahatsızlıkları, sürekli kullanılan ilaçlar, teşhis, tedavi ve tedavi sonrası yapılacakların tamamı ile anne ve bebekle ilgili her türlü bilgi sır olarak kabul edilmektedir. Kişiye ait sır, kişilik hakkının bir bölümünü oluşturmaktadır²⁵. Annenin gerçekleştireceği doğum uzun bir süreci beraberinde getirdiğinden annenin ve babanın doğumu gerçekleştirecek olan doktora güvenmesi çok önemlidir. Anne ile doktor arasındaki bu güven ilişkisini köprüyü kuracak olan da doktorun sır saklama yükümlülüğü olacaktır. Sır saklama yükümlülüğünün sınırını

²⁵Seza Reisoğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, s. 14.

herkesçe bilinme ölçütü çizecektir. Herkes tarafından bilinen bir husus aleniyet kazandığı için, artık sır kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Doktor doğumu birden fazla doktorla gerçekleştirecekse bu doktorların hepsinin hem ayrı ayrı hem de müteselsilen sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Şöyle ki, doğum öncesi ve sonrasında gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleler birden fazla doktorun uzmanlık alanı ile ilgili olabilecektir. Bu durumda her doktorun kendi uzmanlık alanı ile ilgili sır saklama yükümlülüğünün olduğunun kabul edilmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.

SONUÇ

Kadın doğum uzmanları hem annenin hem bebeğin sağlığını göz önüne alarak annenin gebelik döneminin başlangıcından itibaren annenin ve bebeğin teşhis, tedavi ve alınması gereken önlemleri almakla yükümlü kişilerdir. Kadın doğum uzmanlarını diğer uzman hekimlerden ayıran en önemli fark hem annenin hem bebeğin sağlığını gözeterek karar vermeleri ve bu ikisi arasında herhangi bir ayırım gözetmeksizin hukuken onların menfaatini kendi menfaatinde üstün tutmaktır. Kadın doğum doktorlarının aydınlatma, sadakat ve özen borcu ile sır saklama ve kayda geçirme yükümlülüğü diğer uzman doktorlara veya pratisyenlere göre daha ağır koşullar içermektedir. Kadın doğum uzmanının hem annenin hem bebeğin sağlığını gözetmesi bu sorumluluğun ağırlaşmasında başlıca etken olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

AYAN Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991.

BAŞPINAR, Veysel, “Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007.

- BAŞPINAR, Veysel, “Hasta Hakları Açısından Hekimin Özen Borcu”, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Trabzon 2007.
- BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- ÇAKMUT Yenerer, Özlem, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007.
- ÇİMEN, Esra, “Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014.
- DERYAL, Yahya, “Tıbbi Müdahale İçin Hastanın Aydınlatılması ve Onayının Alınması”, Sağlık Hakkı Dergisi, Haziran 2007, S.2.
- DERYAL, Yahya, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası”, Trabzon Barosu Dergisi, Y.18, S.7, Mart 2003.
- ERMAN, Hasan, Hasan Erman, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1988.
- HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku El Kitabı, Ankara, 2014.
- HANCI, Hamit Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2002.
- İPEKYÜZ, Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S.3.
- ÖZBİLEN, Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011.
- ÖZCAN, Burcu G. – ÖZEL, Çağlar, “Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı

- Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.10, S.1.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, EÜHFD, 2008C.12, S. 12.
- ÖZDEMİR, Hayrūnnisa, Özel hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.
- ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Güncel Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mart 1982.
- PARLAK, Şafak, “Organ Bağışı ve Organ Naklinden Ortaya Çıkan Sorunlar” (s. 189-222) TBB Dergisi, S. 83; 2009.
- REİSOĞLU, Seza “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983.
- SARIAL,Enis, Sağlar arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul, 1986.
- SOYASLAN, Doğan, “Organ Nakilleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2007.
- ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.
- TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, AÜHFD, 1978, C. XXXV, S.1-4.
- TÜMER, Ali Rıza, Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis, Ankara 2013.
- ULUDAĞ, Seyfettin, “Kadın ve Doğum Hastalıklarında Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Sorumluluğu”,

Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası
Sempozyumu, 17–19 Nisan 2009, İstanbul.

ZEYTİN, Zafer, “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma
Yükümlülüğü”, Türk Alman Tıp Hukuku
Sempozyumu, Trabzon 2007.

İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇUNA İLİŞKİN BAZI TESPİTLER

Yrd. Doç. Dr. Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay*

Özet

Klinik araştırmalarda cezaî sorumluluk tıp ceza hukukunun önemli konularından biridir. Bu bağlamda da “*İnsan üzerinde deney*” suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesi üzerindeki tartışmalar bu alanı doğrudan ilgilendirmektedir. Gerçekten de normla korunan hukukî değerlerin ne olduğu sorusuna verilecek yanıt bilimsel kavramını yorumlamada belirleyici olabilecektir. Ardından TCK m. 90’ın suç olarak tabiatı, suç fiili ve failine ilişkin maddî unsurların yorumlanması sırasında göz önünde bulundurulmak zorundadır. En nihâyetinde klinik araştırmaların, deney ya da deneme kavramlarından hangisi kapsamında değerlendirileceği yanıtlanması gereken başka bir husus teşkil etmektedir.

Anahtar kelimeler : Klinik araştırmalar, insan üzerinde deney ve deneme, normun koruma amacı, soyut tehlike suçu, özgü suç.

Einige Bemerkungen zur Straftat „Experiment und Versuch an Menschen“

Zusammenfassung

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit ist im Rahmen des Medizinstrafrechts von relevanter Bedeutung. Die Diskussionen zur Straftat „Experiment an Menschen“ in Art. 90 tStGB (das Türkische

* Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Klinik Araştırmalar Etik Kurulu Üyesi

Strafgesetzbuch) spielen dabei eine beträchtliche Rolle. Die präzise Bestimmung des Schutzzwecks der Norm wäre vor allem bei der Auslegung von Tatbestand „wissenschaftlich“ entscheidend. Des Weiteren dürften die Natur der Straftat in Art. 90 tStGB bei der Auslegung von weiteren Merkmalen etwa „Tat“ und „Täter“ nicht außer Acht gelassen werden. Letztendlich wäre evident zu klären, unter welchem Tatbestand die klinischen Prüfungen einzuordnen sind.

Schlagwörter : Klinische Prüfungen, Experiment und Versuch an Menschen, Schutzzweck der Norm, abstrakte Gefährungsdelikte, Sonderdelikt.

A. Giriş

Klinik araştırmalar, hukuk ve etik ile alâkalı tartışmaların tam ortasında bulunan, önemli bir konudur. Klinik araştırmalarda terazinin iki kesesi arasında, yani bilimsel özgürlük ile araştırma gönüllüsünün korunması arasında denge korunmak zorundadır. Tüm bunların yanında klinik araştırmaların ceza hukuku boyutu da göz ardı edilemez¹. Gerçekten de klinik araştırmalardan dolayı “İnsan üzerinde deney” suçu (TCK m. 90) kapsamında cezaî sorumluluğun doğacağı hususunda Türk ceza hukuku öğretisinde² fikir birliğı mevcuttur. Klinik araştırmalardaki

¹ “Klinik Araştırmalarda Gönüllülerin Ölümü veya Yaralanması Hâlinde Ceza Sorumluluğı” makalesinde verdiği örnekle **Hakeri** klinik araştırmalarda cezaî sorumluluğun ehemmiyetini çarpıcı bir şekilde ortaya koymuştur: “Geçtiğimiz hafta, basında önemli bir haber yer aldı. Habere göre, ‘Amerika’da yaptıkları araştırmalarda ürettikleri ilâcın yararlı olduğuna dair herhangi bir onay almayan dev ilâc şirketine, aralarında Türkiye’nin de bulunduğu birçok ülkede insanlar üzerinde deney yaptıkları iddia edildi. İngiliz Independent gazetesi, son 3 yıl içerisinde Türkiye’de bu deneylerde 893 Türk’ün öldüğünü yazdı.”, iç: <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-klinik-arastirmalarda-gonullulerin-olumu-veya-yaralanmasi-halinde-ceza-sorumluluğu-72-64-2983.html>, son erişim tarihi: 30.03.2015.

² **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney (2014), s. 461, 466; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 196; krş. yine **Hakeri**, İnsan Üzerinde Deney, s. 299; **Doğan**, İnsan Üzerinde Deney, s. 100 dev.; **Aygün-Eşitli**, İnsan Üzerinde Deney, s. 56, 57; **Altunkaş**, İnsan Üzerinde Deney, s. 187; **Soyaslan**, Özel Hükümler, s. 183; **Ekici-Şahin**, Klinik Araştırmalardan, s. 482; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 235.

hukuka aykırılıklarda gündeme gelecek olan TCK m. 90 içerisinde iki farklı suç türü - fıkra I insan üzerinde bilimsel deney; fıkra IV ise insan üzerinde tedavi amaçlı deneme suçu - öngörülmüştür³. Bu çalışma kapsamında öncelikle bu suçlar ile ilgili olarak en çok tartışılan bazı hususlara odaklanılarak, tartışmalara katkıda bulunulmak hedeflenmektedir. En nihâyetinde klinik çalışmaların bu suçlar kapsamındaki konumları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

³ *Altunbaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 187, TCK m. 90'ı eleştirerek "TCK'nın 90. maddesi bir ceza normundan çok, düzenleyici bir norm görünümüne sahiptir, zirâ madde metninde deney ve denemenin koşullarının belirlenmesi çabası ağır basmaktadır" fikrini dile getirmektedirler; krş. benzer şekilde *Hakeri*, Tıp Hukuku, s. 203; *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 52, "TCK 'insan üzerinde deney' başlığı altında 90. maddede, sağlıklı ya da hasta insanlar üzerinde gerçekleştirilen ve tedavi edici olmayan bilimsel araştırmalar için 'bilimsel deney' tabirini kullanırken, hasta insanlar üzerinde gerçekleştirilen tedavi edici deneyler için ise 'deneme' tabirini tercih etmektedir. Ancak alt başlıkların madde başlığıyla uyumlu olduğunu söylemek güçtür. Mademki deney bir üst kavramdır, deneyin içindeki suç tiplerinin deney ve deneme şeklinde isimlendirilmiş olması yerinde olmamıştır. Kaldı ki 'deneme' tabirine TCK'nun dışında, rastlamak mümkün değildir."; *Doğan*, İnsan Üzerinde Deney, s. 93: "insan üzerinde deney suçunun özel bir kanunla ayrıntılı olarak düzenlenmesi daha faydalı olabilir"; krş. benzer *Donay*, TCK Şerhi, s. 148: "İnsan üzerinde deney başlığını taşıyan madde, yeni bir hükmüdür. Bu hükmün ceza kanununa alınması tartışılabilir. Bu hükmün özel bir yasada ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi daha yararlı olabilir."; ayrıca *Ekici-Şahin*, Klinik Araştırmalardan, s. 482; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 237 dev.; maddeye yönelik ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. *Ünver*, İnsan Üzerinde Deney (2014), s. 164 dev., 166 dev.: "TCK. m. 90 değerlendirildiğinde, bilimsel olmayan 'deney'in suç olarak düzenlenmesi unutulmuştur. Keza, 'madde gerekçesi dikkate alınır ve deney ve bu nedenle de denemenin tanımı bilimsel deneye ilişkin eylemlerle sınırlı olarak yorumlanırsa', bilimsel olmayan denemenin suç olarak düzenlenmesi unutulmuştur. Aynı şekilde, sağlıklı insan üzerindeki denemenin de hasta insan üzerindeki tedavi amaçlı olmayan denemenin de suç olarak düzenlenmesi unutulmuştur. Çünkü, deneyde hem tedavi hem de araştırma amaçlı deney düzenlenmişken, denemede sadece tedavi düzenlenmiş ve fakat araştırma amaçlı denemenin ne olacağı düzenlenmediğinden, tedavi amaçlı olmayan denemeler suç tanımı dışında bırakılmıştır. Yaşayan insan üzerindeki deney ve deneme dışındaki bazı hususlar, uluslar arası hukuktaki gelişimin aksine, maddede düzenlenmeyerek, örneğin cenin/fötüs, vücut parçası, ceset, sun'i dölleme konuları ve keza embriyon ve kromozomlar üzerindeki, yeni gen teknikleri, insan kopyalama amaçlı deney veya denemelere ilişkin bir kanuni düzenleme yapılmamıştır."

Bu bağlamda maddenin yorumunda belirleyici olması vesilesiyle öncelikle derinleştirilecek hususların başında, normla korunan hukukî değerlerin ne olduğu hususu gelmektedir. Ardından TCK m. 90 kapsamındaki suçların tabiatlarının – soyut ya da somut tehlike mi veya genel ya da özgü suç mu - ne olduğu ele alınacaktır. Bunların ardından klinik araştırmaların, deney ya da deneme kavramlarından hangisi kapsamında değerlendirileceği sorusuna yanıt bulabilmek amacıyla önce bilimsellikten kastedilenin ne olduğu tespit edilecek, sonrasında kavramsal olarak deney ve deneme terimlerine yer verilecek, en nihâyetinde de klinik araştırmaların, deney ve deneme olma nitelikleri ele alınmaya çalışılacaktır.

B. TCK m. 90 I bilimsel deney ile TCK m. 90 IV hasta üzerinde deneme suçu ile korunan hukukî değerler nelerdir?

TCK m. 90 ile korunan hukukî değerlerin neler olduğu hususunda öğretide çeşitli görüşler mevcuttur. Öğretide⁴ insan üzerinde bilimsel deney suçu ile korunan hukukî değerlerin karma nitelikte oldukları ve normla, “vücut dokunulmazlığı”⁵, “yaşam hakkı”⁶, “özel hayatın gizliliği”⁷, “kişinin özel hayatının dokunulmazlığıyla bağlantılı kişisel verilerinin dokunulmazlığı”⁸, “sağlık”⁹ ve “kişi onuru”¹⁰, “kendi geleceğini

⁴ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 237; *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 195.

⁵ *Hakeri*, Tıp Hukuku, s. 744; *Ünver*, İnsan Üzerinde Deney (2014), s. 462; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 237; *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 61; *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 195; *Hafizoğulları/Özen*, Özel Hükümler, s. 92; *Yaşar/Gökcan/Artuç*, Türk Ceza Kanunu, s. 3129.

⁶ *Hakeri*, Tıp Hukuku, s. 744; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 237; *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 195; *Ünver*, İnsan Üzerinde Deney (2014), s. 462; *Yaşar/Gökcan/Artuç*, Türk Ceza Kanunu, s. 3129.

⁷ *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 195.

⁸ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 238.

⁹ *Ünver*, İnsan Üzerinde Deney (2014), s. 462; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 238; *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 195; *Yaşar/Gökcan/Artuç*, Türk Ceza Kanunu, s. 3129.

belirleme”¹¹, “insanın bizzat kendisi”¹² gibi değerleri koruduğu belirtilmektedir. Hasta üzerinde deneme suçunun koruduğu hukukî değerler ise “kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmama”¹³, “hastanın hukuka aykırı olarak deney aracı yapılmamasına ilişkin ferdî-kamusal yarar”¹⁴ olarak nitelendirilmekte ve ayrıca **Ünver**¹⁵ ve **Özbek**¹⁶ bu suçta korunan hukukî değerlerin, bilimsel deney suçuyla korunan hukukî değerlerle aynı olduğunu ifade etmektedirler.

I. Değerlendirme

Hukukî değerler¹⁷, hem kanun koyucuya vereceği kriminal politik kararlarda hem de kanunu yorumlamak durumundaki hukukçuya yapacağı yorumlarda bir pusula görevi üstlenmektedirler. Gerçekten de **Hassemer/Neumann**’ın¹⁸ belirttiği gibi, hukukî değer koruması düşüncesi rasyonel bir kriminal politika oluşturmayı hedefler. Böylelikle kanun koyucunun elinde incelemelerde bulunmak üzere net ve adil bir kriter bulunur. Hukukî değerler yoluyla kanun koyucu, kararlarının hukuka uygunluğunun gerekçesini ve ayrıca olumsuzluklarını belirler. Şu hâlde hukukî değer korumasına dayanmayan bir hususun, ceza kanununda yeri yoktur. Anıldığı üzere korunan hukukî değer ne olduğunun belirlenmesi ayrıca ilgili normun yorumlanmasında da esaslı bir rol oynamaktadır. **Ünver**’in¹⁹ de işaret ettiği gibi hukukî değer, yorum öğretisi için de vazgeçilmez bir husustur. “*Kanunî suç tipinin her yorumu, onun*

¹⁰ **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney (2014), s. 462; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 238; **Altunkaş**, İnsan Üzerinde Deney, s. 195; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Türk Ceza Kanunu, s. 3129.

¹¹ **Altunkaş**, İnsan Üzerinde Deney, s. 195.

¹² **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 744.

¹³ **Aygün-Eşitli**, İnsan Üzerinde Deney, s. 61.

¹⁴ **Haftzoğulları/Özen**, Özel Hükümler, s. 96.

¹⁵ **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney (2014), s. 463; krş. ayrıca **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney, s. 154.

¹⁶ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 247.

¹⁷ **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 56, “hukuksal değer” kavramını kullanmaktadır.

¹⁸ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-**Hassemer/Neumann**, StGB, Vor. 1 prn. 115; bu hususta ayrıntılı açıklamalar ve öğretî görüşleri için bkz. **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 45 dev.

¹⁹ **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 46.

tarafından korunan hukuksal yarara göre yapılmaktadır. Hukuksal değer burada, teleolojik yorumun bir ölçütü olarak görülmektedir.”²⁰ Dolayısıyla ilgili normun hangi hukukî değeri koruduğu sorusuna verilecek yanıt, hangi davranışın cezaya lâyık görüldüğü sorusuna verilecek cevabı, doğrudan belirleyecektir.

Bu kapsamda TCK m. 90 kapsamındaki tüm suçlar bakımından ortak bir değerlendirme yapıldığında şu hukukî değerlerin korunduğu ifâde edilebilir: TCK’nın “*Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*” başlıklı İkinci Bölümünde yer alan TCK m. 90 kapsamında hukukî değer olarak öncelikle **vücut bütünlüğünün** korunduğunu belirtmek gerekir. Zirâ hem bölüm başlığı hem de ikinci fıkra d, e ve f bendinde **insan sağlığını koruyucu** emirler (“*d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması*”), normun vücut bütünlüğünü korumak istediğine işaret etmektedir. Ayrıca yine **vücut bütünlüğü ile bağlantılı olarak**, ikinci fıkra e bendinde açıkça anıldığı üzere **insan onuru**, g bendi kapsamında da **kendi geleceğini belirleme (özerklik) hakkının** korunmaya alındığı ifâde edilebilir.

Normla korunan diğer bir hukukî değer ise, özellikle ikinci fıkra kapsamındaki koşullar bir bütün olarak ele alındığında, kurallara uygun bilimsel araştırma yapma özgürlüğü (T.C. Anayasası m. 27 I) olduğu söylenebilir. Zirâ kanun koyucu bilimsel deney yapmayı, bu kurallara uyulması koşuluyla özgür bırakmış, dolayısıyla hukuka uygun bilimsel çalışma özgürlüğünü ceza hukuku korumasına almıştır.

Beşinci fıkrada içtimâ bakımından özel bir norm yer almaktadır. Lâkin bu hüküm olmasaydı dahi TCK m. 90’nın yanında yaralama ya da ölüm olayının gerçekleşmesi hâlinde unsurları oluştuysa, zaten TCK m. 86 vd. veya 81 vd. hükümleri devreye girecek idiler. Bu bağlamda beşinci

²⁰ Ünver, Hukuksal Değer, s. 46.

fıkra kapsamındaki unsurlar arasında ilâveten **ayrıca**²¹ “*kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır*” ibâresine yer verilmediğinden, normun insan yaşamını *doğrudan* değil, ancak *dolaylı* olarak koruduğunu söylemek gerekir.

Bu bağlamda merkezî anlama sahip olan hukukî değer **vücut bütünlüğüdür**. Bu nedenle norm içerisindeki bilimsel deney, hasta üzerinde deneme maddî unsurları ya da bunlarla alâkalı olarak klinik araştırmalar vs. kavramlarının daima bu hukukî değer göz önünde bulundurularak yorumlanması icâp edecektir. Bu hususa ilgili kısımlarda dikkat çekilecektir.

C. TCK m. 90 I bilimsel deney suçu ile TCK m. 90 IV hasta üzerinde deneme suçunun nasıl bir *doğası* vardır?

TCK m. 90’ın tehlike suçu olduğu hususunda bir tartışma yoktur. Ancak netleştirilmesi gereken husus bu suçun soyut tehlike suçu mu yoksa somut tehlike suçu mu olduğudur. Ayrıca TCK m. 90 kapsamındaki suçların özgülü suç olup olmadıkları da tartışmalıdır.

I. TCK m. 90 I bilimsel deney ve m. 90 IV hasta üzerinde deneme suçu *tehlike* suçu mudur?

Öğretide TCK m. 90 I’de anılan suçun neticesi harekete bitişik²² yani neticesiz²³ bir suç olduğu; tipikliğin oluşmasında özellikli bir neticenin oluşmasının aranmadığı, tipe uygun hareketin yapılmasının tipiklik için yeterli olacağı ifâde edilmektedir²⁴. Bu hâliyle suç, tehlike suçu²⁵ ve bunlardan da “*soyut tehlike*”²⁶ suçu olarak nitelendirilmektedir.

²¹ Meselâ TCK m. 102 IV böyledir.

²² *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 241.

²³ *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 83, 84, 168; *Altunbaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 203; *Hafizoğulları/Özen*, Özel Hükümler, s. 92.

²⁴ *Hakeri*, Tıp Hukuku, s. 745; *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 85, 168; *Altunbaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 203.

²⁵ *Hakeri*, Tıp Hukuku, s. 745; *Hakeri*, İnsan Üzerinde Deney, s. 324; *Ünver*, İnsan Üzerinde Deney (2014), s. 463; *Ekici-Şahin*, Klinik Araştırmalardan, s. 487; *Üzülmez*, Vücut Dokunulmazlığına, s. 120; *Soyaslan*, Özel Hükümler, s. 182; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 241.

Deneme suçu kapsamında da zarar veya somut tehlike şeklinde bir neticeye kanun metninde yer verilmediğinden bahisle²⁷ söz konusu suç da bir “*tehlike suçu*”²⁸, en nihâyetinde “*soyut tehlike*”²⁹ suçu olarak kabul edilmektedir.

1. Değerlendirme

Tehlike suçu, zararlı bir netice doğurma eğiliminde olan ve bu netice henüz daha doğmadan koruyucu bir önlem niteliği taşıyan suçlardır. Dolayısıyla burada bir zarara uğrama tehlikesi bulunmaktadır³⁰. Tehlike suçları kendi arasında soyut (ve bunun bir alt dalı olarak potansiyel tehlike suçları) ve somut tehlike suçu olarak ikiye ayrılmaktadır³¹. **Soyut tehlike suçları**, (genel olarak) tehlikeli kabul edilen,³² hukukî bir değer somut olarak tehlikeye atılmasını aramayan³³ suç türleridir. Dolayısıyla bu tür suçların işlenmesi somut olayda meydana getirtilecek tehlikeden bağımsızdır³⁴. TCK m. 181, soyut tehlike suçuna örnek verilebilir: “*Atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi ... cezalandırılır.*” Soyut tehlike suçlarının bir alt dalı³⁵ teşkil eden **potansiyel tehlike suçlarında**, korunan hukukî değer üzerinde genel tehlikeli olan bir hareketin böylesi bir tehlike için ayrıca uygun, yani elverişli³⁶ olması aranmaktadır. Örneğin TCK m. 179 II içerisinde yer alan suç, potansiyel tehlike suçudur: “*Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya*

²⁶ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 241; *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 203.

²⁷ *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 204.

²⁸ *Ekici-Şahin*, Klinik Araştırmalardan, s. 500.

²⁹ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 249; *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 204.

³⁰ *Önder*, Genel Hükümler, s. 53.

³¹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Önder*, Genel Hükümler, s. 53 dev.; *Özen*, Genel Tehlike, s. 12, tehlike suçlarının bu şekilde ikiye ayrılmasını isâbetli bulmamaktadır. Yazara göre somut bir tehlikeden söz edilebilir ancak soyut tehlike yoktur.

³² *Önder*, Genel Hükümler, s. 54; *Satzger*, NStZ 1998, s. 114.

³³ *Önder*, Genel Hükümler, s. 54; *Jakobs*, AT, s. 172.

³⁴ *Satzger*, NStZ 1998, s. 114.

³⁵ *Satzger*, NStZ 1998, s. 113.

³⁶ *MüKoStGB/Schmitz*, Vor. §§ 324 pn. 27.

*malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, ... cezalandırılır.” Somut tehlike suçları ise korunan hukukî değer üzerinde tehlike yaratan bir hareketi tipiklik içine alan suç;³⁷ gerçek bir zarar tehlikesinin yaratılmasını arayan suçlardır³⁸. TCK m. 179 I somut tehlike suçlarına verilebilecek en tipik örneklerdendir. Zirâ “Trafik güvenliğini tehlikeye sokma” başlıklı maddenin birinci fıkrasında “Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek ... başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından **bir tehlikeye neden olan** kişiye ... hapis cezası verilir.” demektedir.*

Belirli bir zarar ya da tipiklik içinde açık bir şekilde tehlike yaratmaktan bahsedilmediğinden TCK m. 90 içerisindeki suçların zarar ya da somut tehlike suçu olarak nitelendirilmesi söz konusu olamayacaktır. Tipiklik içerisinde ayrıca tehlikeye elverişliliğe yönelik bir maddî unsur da mevcut olmadığından, bu suçun potansiyel tehlike suçu olmadığı da ortadadır. Bu bağlamda biz de TCK m. 90 I içerisinde öngörülen insan üzerinde bilimsel deney suçunun soyut tehlike suçu olduğunu düşünmekteyiz. Zirâ suç tipikliğinde “İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, ... cezalandırılır.” demek suretiyle, **doğrudan bir hareket** temel alınmıştır. Normun ikinci ve üçüncü maddeleri de göz önünde bulundurulduğunda ilgili tipik hareketin, normun korumak istediği hukukî değer (vücut bütünlüğü) üzerinde genel bir tehlike yarattığı ve bu nedenle de bu genel ve soyut tehlikeden dolayı cezalandırılmak istendiği görülmektedir. Aynı durum TCK m. 90 IV içerisinde yer alan “Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi ... cezalandırılır.” emri veren hasta üzerinde deneme suçu bakımından da geçerlidir. Şu hâlde iki suç da **soyut tehlike suçudur**. Bunun sonucu olarak, tipikliğin oluşması diğer maddî unsurlarla birlikte tipik hareketin yapılması ile gerçekleşecektir. Dolayısıyla ayrıca ne bir neticenin ne de

³⁷ *Satzger*, NStZ 1998, s. 114.

³⁸ *Önder*, Genel Hükümler, s. 53.

somut bir tehlikenin yaratılması tipikliğin oluşması için şarttır. Bu da maddenin yorumuna göre her türlü hareketin tipik kabul edilmesi tehlikesi doğurabilecek, dolayısıyla da özgürlükleri sınırlayıcı bir rol oynayabileceğinden; tipik hareketin kanunilik ilkesinin gereklerine uyacak derecede belirli ve korunan hukukî değerlerle sıkı bir bağlantı içerisinde yorumlanması gerekliliğini beraberinde getirmektedir.

II. TCK m. 90 I, II, III bilimsel deney suçu özgü suç mudur?

Öğretide TCK m. 90 kapsamındaki suçların özgü mü yoksa genel suçlar mı olduğu tartışmalıdır.

Gerçekten de öğretilerde bir kesim³⁹ insan üzerinde bilimsel deney suçunun “özgü suç” niteliğinde olduğunu kabul ederken; diğer bir kesim⁴⁰ suçun herkesçe işlenebileceğini, dolayısıyla özgü suç olmadığını savunmaktadır.

TCK m. 90 I’ın özgü suç görüşünü savunanlardan **Aygün-Eşitli**⁴¹’ye göre TCK m. 90 I “‘insan üzerinde bilimsel deney yapan kişi [...] cezalandırılır’ demekle bu suçun herkes tarafından değil ama ancak bilimsel deney yapmaya yetkili olan kişi tarafından işlenebileceğini belirtmiştir... Zirâ suçu somut olayda söz konusu deneyi yapmakla görevlendirilmiş olan kişi ya da kişiler işlemezlerse, bu kişiler isterlerse gerçekten bilimsel bir deney yapmak istemiş olsunlar, hukuka uygun olarak verilmiş bir yetki, bir hak olmadığından ortada bilimsel bir deney de yoktur. Fiilsiz suç olmaz. Şu hâlde yetkili olmayan bu kişi ya da kişilerin işledikleri suç oluşa göre bir başka suça, örneğin yaralama suçuna vücut verebilir, ama insan üzerinde deney suçunu oluşturamaz.”⁴²

³⁹ **Aygün-Eşitli**, İnsan Üzerinde Deney, s. 54; **Haftzoğulları/Özen**, Özel Hükümler, s. 92; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Türk Ceza Kanunu, s. 3130.

⁴⁰ **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney (2014), s. 462; **Doğan**, İnsan Üzerinde Deney, s. 96; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 744; **Şen**, İnsan Üzerinde Bilimsel Deney, s. 607; **Şen**, TCK Yorumu, s. 300; **Altunkaş**, İnsan Üzerinde Deney, s. 198; **Ekici-Şahin**, Klinik Araştırmalardan, s. 487; **Üzülmez**, Vücut Dokunulmazlığına, s. 119; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 238, 239.

⁴¹ **Aygün-Eşitli**, İnsan Üzerinde Deney, s. 54.

⁴² **Aygün-Eşitli**, İnsan Üzerinde Deney, s. 54.

Karşı görüşteki yazarlara göre ise “*insan üzerinde bilimsel deney yapan kişi... cezalandırılır.*”⁴³ dendiğinden “*suçun fâili herkes olabilir.*”⁴⁴ Ancak bu görüş sahipleri sıklıkla ilgili hükümlere atıfta bulunarak suçun özgü suç olarak da değerlendirilebileceğinin işaretlerini vermektedirler: **Doğan**⁴⁵ ve **Ekici-Şahin**⁴⁶ göre ilgili *Yönetmeliklerde klinik araştırmaları yürütecek sorumlu araştırmacıda belirli nitelikler araması nedeniyle sorumlu araştırmacı olarak suçun faili öncelikle bu kişiler olabileceklerdir. Hakeri*⁴⁷ suçun failinin *herkes olabileceğini* belirttikten sonra, “*uygulamada özellikle hekim veya tıp alanında insanlarla ilgili araştırmalar yapan bilim adamları, araştırmacıların suçun faili olacağı anlaşılmaktadır*” görüşünü dile getirmektedir. Yazar⁴⁸ ayrıca normda “*bilimsel*” kavramının kullanılmış olmasının, failleri sadece hekim ya da bilim adamları olarak sınırlamak anlamında düşünölebileceğini ancak *bilimsel çalışma yapmanın sadece bilim adamlarının tekelinde olmadığını, kanunkoyucunun böyle bir amacı olsa bile, bunu açıkça düzenlemesi gerektiğini, dolayısıyla bilim adamları dışındaki kişilerin de bu suçun faili olabileceğini savunmaktadır.* Bununla birlikte yazar bu yorumun failin kim olacağı sorusunu çözdüğünü ancak bilimsel amaçlı olmayan deneylerin nasıl cezalandırılacağı sorusuna yanıt vermediğini ifâde ederek, bilimsel amaç taşınmaması hâlinde (mesela kocakarı ilâcının kişilerde denenmesi) bu maddenin değil, genel hükümlerden yaralama vs. suçlarının devreye gireceğini ifâde etmektedir. **Ünver**⁴⁹ de “*fail açısından suç tipinde ‘kişi’ terimi kullanıldığı için, suçun faili herkes olabilir*” fikrindedir. Yazara göre “*suçun fail olmak için herhangi bir resmi, özel*

⁴³ **Doğan**, İnsan Üzerinde Deney, s. 96.

⁴⁴ **Doğan**, İnsan Üzerinde Deney, s. 96; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 744; **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney (2014), s. 462.

⁴⁵ **Doğan**, İnsan Üzerinde Deney, s. 96.

⁴⁶ **Ekici-Şahin**, Klinik Araştırmalardan, s. 487.

⁴⁷ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 744; krş. ayrıca **Hakeri**, İnsan Üzerinde Deney, s. 323.

⁴⁸ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 744; krş. ayrıca **Hakeri**, İnsan Üzerinde Deney, s. 323.

⁴⁹ **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney (2014), s. 462; krş. ayrıca **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney, s. 151.

veya mesleki yahut sanata ilişkin statüye sahip kişi olmak gerekli ve zorunlu değildir. Suçun tipe uygun eyleminin ifâdesi için kullanılan ve hatalı biçimde kaleme alınan ‘bilimsel deney’ ifâdesi, faile ilişkin bir özelliği veya statüye işaret etmekte olmayıp, eyleme ilişkindir; bu keyfi yorumlanamaz... Deney (veya deneme) eylemini hukuka aykırı biçimde gerçekleştiren kişi, ‘deney yapmaya yetkili tıp bilim adamı, araştırmacı ya da hekim’ olmasa dahi, suç tipi ihlâl edilmiş olur.” **Altunkaş**’a⁵⁰ göre de insan üzerinde deney suçunun faili, “konusunda bilimsel uzmanlaşma elde etmiş ve yapılacak olan deneye bilimsel nitelik kazandırabilecek olan herkestir. Ancak bu uzmanlaşmanın tıp bilimi üzerine olma zorunluluğu bulunmamaktadır”.

Benzer bir durum TCK m. 90 IV kapsamındaki hasta üzerinde tedavi amaçlı deneme suçu bakımından da geçerlidir. Bir görüşe⁵¹ göre “Bu suçun faili herkes olabilir”. “TCK m.90/4’te ‘Tedavi amaçlı denemede bulunan kişi’ ifâdesinden bu sonuç ortaya çıkmaktadır. Fâilin mutlâka bir hekim veya sağlık mesleği mensubu olması gerekli değildir. Bu yönüyle suç özgü suç niteliğinde değildir.”⁵² Ancak bu görüş taraftarları suçun özgü suç niteliği taşıdığını da yadsımak istememektedirler: “Ancak m. 90/4’ün son cümlesinde tedavinin uzman hekim tarafından yapılması öngörülmektedir. Böyle olunca bu suçun fâilinin herkes değil ancak uzman hekim olabileceği ve bu yönüyle özgü suç niteliği taşıdığı söylenmelidir. Gerçekten denemenin herkes tarafından yapılacağını kabul etmek tıbben, ahlâken ve hukuken doğru olmamak gerekir. Aynı hususun esas itibariyle deney bakımından da (m. 90/1, 2, 3) geçerli olduğu söylenmelidir.”⁵³

⁵⁰ **Altunkaş**, İnsan Üzerinde Deney, s. 198.

⁵¹ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 247; **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney, s. 156.

⁵² **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 247.

⁵³ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 247.

Karşı görüşteki yazarlar⁵⁴ ise hasta üzerinde deneme suçunun özgü suç olduğunu kabul etmektedirler. Bu yazarlara burada belirleyici olan kanun koyucunun maddenin devamında “*tedavinin uzman hekim tarafından hastane ortamında yapılması*”⁵⁵ gerektiğini ifade etmiş olmasıdır. “*Her ne kadar kanun koyucu, madde metninde ‘tedavi’ kavramını kullansa dahi, burada kast edilen tedavi amaçlı denemedir. Dolayısıyla, insan üzerinde deneme suçu, ancak konusunda uzman bir hekim tarafından işlenebilecek olan bir özgü suç niteliğindedir. Hekim, uzman sıfatını Tıpta Uzmanlık Tüzüğü’nde aranan koşullara uygun olarak kazanacaktır. Yine bu uzmanlığın, hasta üzerinde gerçekleştirilecek deneme ile ilgili alanda olması gerekmektedir; diğer alanlarda sahip olunan uzmanlık, fail açısından aranan uzmanlık kriterini karşılamayacaktır.*”⁵⁶ İnsan üzerinde deneme suçunu, bilimsel deney suçundan farklı kılan husus bunun sadece hekim olan kişilerce işlenebilecek olmasıdır⁵⁷. Zirâ hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için hekim olmak şarttır⁵⁸.

1. Değerlendirme

Genel suçlar herkes tarafından işlenebilen, ceza hukuku normlarında faili genellikle “*her kim*” ibaresiyle ifade eden suç türleridir⁵⁹. **Özgü suçlar** ise, belirli kişilerin fail olacağını öngörürler⁶⁰. Özgü suçların çeşitli **görünüş şekilleri**⁶¹ bulunmaktadır: **Bizzat**

⁵⁴ *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 199, 200; *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 61; *Ekici-Şahin*, Klinik Araştırmalardan, s. 499; *Hafzoğulları/Özen*, Özel Hükümler, s. 96.

⁵⁵ *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 199, 200.

⁵⁶ *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 200.

⁵⁷ *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 61.

⁵⁸ *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 61.

⁵⁹ *Kühl*, AT, s. 738.

⁶⁰ *Öztürk/Erdem*, Ceza Hukuku, s. 365.

⁶¹ *Öztürk/Erdem*, Ceza Hukuku, s. 365, ise bizzat işlenebilen suçlarla yükümlülük suçlarını, özgü suçların yanında türler olarak sınıflandırmaktadır. Biz tüm bu suç türlerini özgü suçun görünüş şekilleri başlığı altında toplamayı tercih ettik, zirâ en nihâyetinde tüm bu suçlara özgü suça ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

işlenebilen suçlar, **yükümlülük** suçları⁶² ve en nihâyetinde **saik/amaç** suçları. Tipikliğin sadece bizzat failin kendi eliyle gerçekleştirilebileceği suçlara “*bizzati suçlar (eigenhaendige Delikte)*” denmektedir⁶³. Meselâ hakaret, bedenen ancak bizzat faili tarafından işlenebilir, bunun dışındakiler ancak hakarete bulunana şeriklik edebilir⁶⁴. **Yükümlülük suçları**, failde belirli bir yükümlülük konumu arayan suçlardır⁶⁵. Yükümlülük suçlarında yaptırımın sebebi yükümlülüğü ihlâl etmek olduğundan, belirli bir fail hareketi tipiklik içerisinde anılmaktadır⁶⁶. Garantörlük ihmali suçları bunlara örnek verilebilir⁶⁷. Bu suçlarda, *sadece bir yükümlülük yüklenen kişi fail olabilir*⁶⁸. **Saik ya da amaç öngören suçlar** ise kastın yanında diğer manevî unsurların suçun kanunî unsurları içerisinde anılması ile meydana gelen suç türleridir⁶⁹. Hırsızlıkta yarar sağlama amacı olmayan kişi, birlikte fail olamaz, en fazla yardım eden olabilir.

Bu açıklamaların ardından, TCK m. 90’ın özgü suç olup olmadığına irdelenmesi bakımından şu soruya verilecek yanıt belirleyici olacaktır: Bu suç sıradan vatandaşların birbirleri üzerinde deneyler yapma fikrine gelerek birbirlerinin vücut bütünlüklerine yönelik soyut bir tehlike yaratmalarını önleme ve ayrıca bu tür eylemlerin bilimsel ortamlarda yapılarak kontrol altına alınmalarını istemekte midir; yoksa amaç sadece kurallara uygun olarak yapılabilecek bilimsel deneylerde bazı koşulların bulunmasını sağlayarak, hukuka uygun bilimsel araştırmalarda bulunulması yoluyla gönüllülerin vücut bütünlüklerinin tehlikelerden

⁶² *Öztürk/Erdem*, Ceza Hukuku, s. 365.

⁶³ *Öztürk/Erdem*, Ceza Hukuku, s. 365; *Gropp*, AT, s. 142; *Kühl*, AT, s. 739; *Jakobs*, AT, s. 175, 604, ayrıca bu suçları yükümlülük suçlarına da yakın görmektedir; oldukça ayrıntılı ve diğer örneklerle de yer vererek *Roxin*, AT II, s. 7, 114 dev.

⁶⁴ *Öztürk/Erdem*, Ceza Hukuku, s. 365.

⁶⁵ *Kühl*, AT, s. 739; *Öztürk/Erdem*, Ceza Hukuku, s. 365.

⁶⁶ *Roxin*, AT II, s. 106.

⁶⁷ *Öztürk/Erdem*, Ceza Hukuku, s. 365, 180.

⁶⁸ *Roxin*, AT II, s. 107; *Öztürk/Erdem*, Ceza Hukuku, s. 365.

⁶⁹ *Kühl*, AT, s. 739.

korunmasını ve dolaylı olarak da kurallara uygun bilimsel araştırma yapılmasını mı sağlamaktır.

Kanunkoyucunun sıradan vatandaşlar tarafından kendi ortamlarında yapacakları bilimsel çalışmaları engelleyerek, bunlara belirli bir sınırlama getirmesi çok da gereksiz addedilmemelidir. Zirâ 30 Mart 2015 tarihinde Amerika merkezli bir haberde⁷⁰ “ABD’nin California Eyaleti’nde faaliyet gösteren *Science for the Masses* isimli bağımsız bir bilim kuruluşu, insana karanlıkta görme yeteneği kazandıran bir göz damlası geliştirdiklerini açıkladıkları” yer almıştır. Habere göre “araştırmacılar, California’da Gabriel Licina isimli denek üzerinde yaptıkları deney dökümanını internetten yayınladı. Licina’nın gözüne damlatılan damlanın etkisini birkaç saat içinde gösterdiğinin belirtildiği açıklamada ... Licina, birkaç saat boyunca karanlık bir ormanda 50 metre uzaktaki kişileri tanıyabildi. Ayrıca deneyin ardından gözü ışığa duyarlı hâle gelince gözüne siyah kontak lens takıldı. Damlanın yan etkilerinin olup olmadığına yönelik detaylı araştırmaların sürdürüleceği açıklandı.”

Haberden de anlaşıldığı üzere, bilim insanı olmayan kişilerin de kendi insiyatiflerini kullanarak bilim adına bilimsel araştırmalar yapması pekâlâ mümkündür. Önemli olan husus hukukun aradığı koşullara uymaksızın bu araştırmalar eliyle bireylerin vücut bütünlüğünü tehlikeye atmamak olmalıdır. Ayrıca dünya savaş tarihi bu türlü sayısız örneklerle doludur. Bu bağlamda TCK m. 90’un sadece bilim insanlarının hukuka aykırı bilimsel araştırma yapmaları hâlinde devreye gireceğini, bilim insanı olmayanların fiillerinin bu madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini söylemek, en azından maddenin getiriliş amacıyla bağdaşmayacaktır. Ayrıca maddede yer alan “bilimsel” kavramı (ilerde de ele alınacağı üzere), bilime hizmet etme anlamında olup, bunun illâki bilim adamı olmasını gerekli kılmamaktadır. Dolayısıyla bilimsel teriminin sadece bilim adamlarını kapsar bir kavrama indirgenmesi

⁷⁰ <http://www.egitimajansi.com/haber/insana-gece-gorusu-kazandiran-bulus-haberi-39255h.html>, son erişim tarihi: 2.04.2015.

yerinde olmayacaktır. Bu bağlamda Amerika’da vuku bulan olayın, Türkiye’de TCK m. 90 I kapsamında değerlendirilmesini engelleyecek bir durum yoktur. Ancak bu açıklamalar bilimsel deney yapılmak üzere TCK m. 90 II kapsamında herhangi bir başvuruda (etik kurul onayı, bakanlık izi vs.) bulunmadan öncesi için geçerlidir.

Gerçekten de TCK m. 90 II koşullarına göre bir bilimsel deney yapmak amacıyla ilgili kurul ve makamlara başvurulduktan sonrası için ise farklı bir değerlendirmede bulunmak gerekir. Zirâ ikinci fıkra kapsamındaki kurullara başvurulabilecek araştırmalar ve araştırmacılar, ilgili mevzuat hükümlerince tek tek belirtilmiştir. Örneğin İBÜKAY m. 4 I c bendi gereği **araştırmacı** “*Sorumlu araştırmacının gözetiminde klinik araştırmada yer alan kişi*”, y bendi gereği de **sorumlu araştırmacı** “*Araştırma konusu ile ilgili dalda uzmanlık veya doktora eğitimini tamamlamış olup, araştırmanın yürütülmesinden sorumlu olan hekim veya diğ hekim*”dir. Bu hüküm araştırma yapmaya sadece sorumlu araştırmacı ya da araştırmacıyı yetkili ve yükümlü kılmıştır. Dolayısıyla İBÜKAY’a göre gerekli izinleri alarak başlanılan bir araştırmada, İBÜKAY dışına çıkılarak, TCK m. 90 maddî unsurlarını oluşturacak şekilde hareket edecek bir sorumlu araştırmacı ya da araştırmacı bakımından TCK m. 90 yükümlülük suçu olarak değerlendirilmelidir. Bu kişilerle birlikte deneye katılan başkaları (meselâ bir laborant, hasta bakıcı vs.) TCK m. 40 II gereği ancak şerik olabilecek, birlikte fail olamayacaktır.

TCK m. 90 IV kapsamındaki hasta üzerinde deney suçu da ilk aşamada herkes tarafından işlenebilir gibi gözükse de, ülkemizde tedavi tekelinin sadece sağlık çalışanlarında olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Şu hâlde bu suçu öncelikle mevzuata göre tedavi yetki ve yükümlülüğü sahibi kişiler işleyebilirler. Bununla birlikte gözden kaçırılmaması gereken diğer bir husus, suçun bir amaç suç olduğudur. Bu da bu suçu özgü suç hâline getirmektedir. Gerçekten de maddede geçen

“*tedavi amacı*”⁷¹ yerinde olarak “*saik*”⁷², “*özel kası*”⁷³ olarak kabul edilmektedir. Bu hâliyle suç, özgü suç statüsünde olduğundan, bu suçu da sadece bu amaca sahip kişi/kişiler işleyebilecek, bu amaca sahip olmayanlar (meselâ faile yardımcı olan hemşire vs.) TCK m. 40 II gereği şerik olabileceklerdir.

D. Bilimsel deney - tedavi amaçlı deneme ayrımı ve klinik araştırmaların bunlar arasındaki konumu

I. Bilimsellikle kastedilen nedir?

TCK'nın 90. maddesinin başlığı “*insan üzerinde deney*” olmakla birlikte, TCK'nın 90. maddesinde suç hâline getirilen fiil, insan üzerinde bilimsel deney yapmaktır. **Bilimsel**⁷⁴ kavramı öğretilerde çeşitli şekillerde izah edilmektedir:

Şen'e⁷⁵ göre bilimsel kavramı, ilmî nitelik taşımak anlamındadır. İlmî nitelik taşımak, doğrudan ya da dolaylı bilimle ilgili, bilimle bağlantılı olmaktır. Deneyin bilimsel bir çerçevede yapılması, bilimsel verilere ulaşmayı hedeflemesi, ilmî bir inceleme ve araştırma içermesi ve sonuçlarının bilim alanında kullanılabilir olması ile böyle bir bağlantı

⁷¹ **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney, s. 155.

⁷² **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 747.

⁷³ **Ekici-Şahin**, Klinik Araştırmalardan, s. 500; **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney, s. 155.

⁷⁴ **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney, s. 166, düzenlemeyi bu açıdan eleştirmektedir: “*Maddenin gerekçesinde 'bilimsel çalışmalar' niteliğinde olanların çalışmanın ilerleme anına göre deney veya deneme olarak tanımlanması anlamsız ve oldukça hatalı olup uygulamada keyfiliğe yol açacağı gibi, deney veya denemeyi 'bilimsel çalışmalar' olarak kabul edip, bilimsel olmayanların deney veya deneme olmadığını (en azından bu maddeler açısından) kabul edebilmek mümkün değildir. Bizim kanun koyucumuz böyle dese dahi ve bunlar bilimsel olmasalar bile, yasaklanmaları öncelikle gerekli deney veya deneme, yani araştırma niteliğindedirler. Kanun gerekçesiyle başka bilim dallarına giren alanlardaki kavramların tanımını yapmak, geçkeçi olmadığı gibi hukuk devletinin gereklerine de aykırı bir kanunlaştırma faaliyetidir. Aynı eleştiri, fıkra gerekçesinde 'deneme'nin yalnızca hasta insan üzerinde gerçekleştirilen bir müdahâle olarak tanımlanması için de geçerlidir.'; **Doğan**, İnsan Üzerinde Deney, s. 95, ise “*tıbbî deney*” terimi yerine “*bilimsel deney*” terimini kullanılmasına “*nedenini anlamak zor*” eleştirisi getirmektedir.*

⁷⁵ **Şen**, TCK Yorumu, s. 303.

kurulabilir⁷⁶. Bu bağlantılı ayrıca bilim insanlarınca bilimin geliştirilmesi vs. amacıyla yapılan, içeriği ilgili uğraş ya da uzmanlık bilim alanına uyan, bilim mantığı ve etiğine dayanan, ilgili bilim konusuna uyan yöntemlerle gerçekleştirilen faaliyetler yoluyla da meydana gelebilir⁷⁷. Bu bağlamda deney bilim ile doğrudan ilgili olduğundan, tedavi etmeye, sağlığı koruma ya da hastalıklara çare olmaya yönelik olması illâki gerekli değildir⁷⁸. Dolayısıyla yazar bakımından burada önemli olan tedaviye değil, doğrudan bilime hizmet olduğundan, insan üzerinde yapılacak tüm bilimsel deneyleri bu madde kapsamında değerlendirmek gerekmektedir: “*Bunların içine; uzay araştırmaları, adli tıp, kriminoloji, plastik, ve estetik cerrahi, insan klonlama, yapay hücre üretimi, askeri araştırmalar dâhil olmak üzere, insan üzerinde yapılması düşünülen tüm bilimsel deneyler girecektir.*”⁷⁹

Şen'in bilimle alâkalı açıklamalarından, *bilimsel bir çerçevede yapılmı, bilimsel verilere ulaşmayı hedefleme, ilmî bir inceleme ve araştırma içerme ve sonuçlarının bilim alanında kullanılabilecek olması* ile alâkalı görüşlerine atıfta bulunan **Hakeri**⁸⁰ ayrıca bilimsel deneylerin sadece tıbbî deneylerle kısıtlı bir şekilde düşünülmemesi; insan üzerinde yapılmak kaydıyla tıp alanı dışındaki bilimsel deneylerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır.

Altunkaş'a⁸¹ göre *bilimsel deney*, “*bilimsel içerikli, bilim mantığı ve etiğine dayanan ve bilimsel yöntemlere uygun bir şekilde, bilimsel verilere ulaşmak ve bu verilerin bilimsel çalışmalarda kullanılması amacıyla, konusunda bilimsel uzmanlaşma elde etmiş kişiler tarafından yapılan çalışmalar*”dır. Bu bağlamda bir deneyin bilimsel deney sayılabilmesi için öncelikle bilimsel verilere ulaşmak ve bu verilerin

⁷⁶ **Şen**, TCK Yorumu, s. 303.

⁷⁷ **Şen**, TCK Yorumu, s. 301.

⁷⁸ **Şen**, TCK Yorumu, s. 302.

⁷⁹ **Şen**, İnsan Üzerinde Bilimsel Deney, s. 592; krş. ayrıca **Şen**, TCK Yorumu, s. 302.

⁸⁰ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 745.

⁸¹ **Altunkaş**, İnsan Üzerinde Deney, s. 198, 202.

bilimsel çalışmalarda kullanılması amacıyla, konusunda bilimsel uzmanlaşma elde etmiş kişilerce yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla bilimsel deney, insan üzerinde yapılacak bir tetkik ve tedaviyi değil, bir inceleme ve araştırmayı içermek durumundadır⁸². Bununla birlikte yazar⁸³ TCK'nın 90. maddesinin uygulama alanının sadece tıbbî deneyler ile sınırlı olmadığına; insanlar üzerinde gerçekleştirilen tüm bilimsel nitelikte deneylerin madde kapsamında değerlendirilmeye elverişli olduğuna da dikkat çekmektedir. Gerçekten de yazara göre madde gerekçesi dikkate alındığında, insan üzerinde gerçekleştirilen tıbbî deneylerin söz konusu suçun maddî unsuru kapsamında değerlendirilebileceği düşünülecekse de madde metni ve başlığında, “*biyotıbbî deney*” değil, “*bilimsel deney*” kavramının kullanılması sebebiyle söz konusu kavramın, sadece tıbbî maksatlı deneylerle sınırlı olarak anlaşılması, tüm bilim alanları ve dallarına ilişkin olarak insan üzerinde yapılan deneyleri kapsar şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bu doğrultuda uzay araştırmaları, adli tıp, kriminoloji, plastik ve estetik cerrahi, insan klonlama (kopyalama), yapay hücre üretimi ve hatta askeri araştırmalar dâhil olmak üzere insan üzerinde yapılması düşünülen tüm bilimsel araştırmaların bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkündür⁸⁴. **Aygün-Eşitli**⁸⁵ ise bilimsel deney teriminin anlam ve kapsamının öncelikle Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na dayanılarak çıkarılmış bulunan İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliği (İBÜKAY) hükümlerinden çıkarılması gerektiğini düşünmektedir. “*O hâlde bu Yönetmelik kapsamında yer alan müdahâleler bilimsel deney olarak TCK hükmünde kabul edilecek, Yönetmeliğin kapsamı dışında kalan müdahâleler ise bilimsel deney statüsünü kazanamayacaktır.*” Ancak yazar bir müdahâlenin bilimsel deney olabilmesi için yalnızca İBÜKAY kapsamında yer almasının yetmeyeceğini, ayrıca etik kurulunun ve

⁸² Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney, s. 202.

⁸³ Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney, s. 187, 203.

⁸⁴ Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney, s. 202.

⁸⁵ Aygün-Eşitli, İnsan Üzerinde Deney, s. 81.

Bakanlığın, müdahâlenin Yönetmelik kapsamında yer aldığını tespit etmesinin de lâzım geldiğini belirtmektedir. “Zirâ ilgili Kurul ve Bakanlık yapılan müdahâleye onay/izin vermekle bu statüyü tanıdığından, onay ve izin olmaksızın bilimsel deney statüsünde kabul edilebilecek bir fiil de olamayacaktır.”⁸⁶ Onay ve iznin ardından yazar deneyin bilimsel olması için, yetkili kişilerce işlenmesi gerektiğini savunmaktadır: “Ayrıca bilimsel deney suçu özgü suç olduğundan ancak bilimsel deney yapmaya yetkili kişiler tarafından işlenebilir. İzin olmadığı yerde ise yetki de olamayacağından, deney suçunu işleyebilecek bir fail mevcut değildir. Fail olmadan fiil, fiil olmadan da suç olmaz. Dolayısıyla yapılan işlemin bilimsel deney olduğu da söylenemez.”⁸⁷ Son olarak yazar Biyotip Sözleşmesi Ek Protokolü kapsamında “bilimsel nitelik” başlığını taşıyan 8. maddesi uyarınca, “her araştırmacının bilimsel bir temele sahip olması, genel kabul görmüş bilimsel ölçütlere uygun olması ve nitelikli bir araştırmacının denetiminde ilgili profesyonel zorunluluklar ve standartlar uyarınca uygulanması zorunludur”⁸⁸ ifâdesine yer vermektedir. Netice olarak yazar bilimsel deney kapsamını oldukça dar yorumlamaktadır.

Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye⁸⁹ göre deneyin bilimsel olması demek “deneyin bilimsel amaçlı yapıyor olması” demektir. Bu fikre göre bilimsel amaçlı olmak yeterli olup, deneyin tıbbî olması lâzım değildir. Yazarlara göre deneyde eğer bilimsel amaç yoksa, “fâilin kastına ve neticeye göre kasten yaralama, eziyet, canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçları” oluşur.⁹⁰ Yazarlar bilimsellikte bilimsel amacı aradıklarından dolayı, aslında maddî bir unsur olan “bilimsel” kavramını,

⁸⁶ *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 81.

⁸⁷ *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 82.

⁸⁸ *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 83.

⁸⁹ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 240.

⁹⁰ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 241, hükmün uygulama alanının bilimsel deneylerle daraltılmış olmasını eleştirmektedirler: “Ancak buradaki temel açmaz, bilimsel olanın nasıl cezalandırılabiliridir. Gerçekten bilim yapma hakkı bir hukuka uygunluk sebebi ise deneyin bilimsel olduğunun ifâdesi hareketin hukuka uygun olduğunun kabulünü zorunlu kılar. Bu nedenle bilimsel ibâresinin madde metninden çıkarılması ve amaca uygun bir ifâdenin kabulü yerinde olacaktır.”

manevî bir unsur niteliğindeki “*bilimsel amaç*” olarak sınıflandırmaktadırlar.

Hafzçoğulları/Özen⁹¹ göre bilimsel deney, tıbbî deneyi de içermektedir. “Söz konusu bu faaliyet az veya çok belli bir zaman içinde süregelen ve aralarında amaçsal bir bağıntı bulunan birçok işlemde oluşmaktadır. Kanun, münferit işlemleri değil, o işlemlerden oluşan faaliyetin kendisini suç saymaktadır. Bunun içindir ki, deney başlar başlamaz suç da oluşmaktadır.” Yazarlar⁹² ilâveten bilimsel deneyin, gözlemi de ifâde ettiğini dile getirmektedir. “Kişi üzerinde yapılan eylemlerin bilimsel deney olup olmadığı, mevzuat ve meslek erbabının görüşü esas olmak üzere belirlenecektir.”

Üzülmez⁹³ de bilimsel deneyin sadece tıbbî deney anlamına gelmeyeceğini, “İnsan üzerindeki psikolojik nitelikli çalışmalar, ilâç araştırmaları ve deney amaçlı vücuttan parça alınması bilimsel deney kapsamına girmekte”⁹⁴ olduğunu belirtmektedir.

“Tıbbî deney” terimi yerine “*bilimsel deney*” terimini kullanılmasını eleştiren **Doğan**⁹⁵’a göre ise **tıbbî deney**, “*yerleşik olan tıbbî yöntemlerden farklı, henüz araştırma aşamasında olup, insanlara uygulanması hâlinde neticeleri ne olacağı kesin olarak bilinmeyen yöntemlerin uygulanmasıdır.*”

II. Değerlendirme

Kanunî unsurlardan “bilimsel” unsuru, maddî unsur niteliğinde olduğundan, bu unsurun “*amaç*” ile açıklanmaktan ziyâde, içeriğinin objektif kıstaslarla tespit edilmesi daha isâbetli olacaktır. Bu bağlamda **Şen**, **Hakeri** ve **Altunkaş**’ın da işaret ettikleri gibi, bilimsellik, bilimle alâkalı olma ve bilime hizmet etme anlamına gelmektedir. Bilimle ilgi, ilmî değer, bilime hizmet, bilimsel yöntem, araç-gereç vs. kullanmayı,

⁹¹ **Hafzçoğulları/Özen**, Özel Hükümler, s. 92.

⁹² **Hafzçoğulları/Özen**, Özel Hükümler, s. 93.

⁹³ **Üzülmez**, Vücut Dokunulmazlığına, s. 120.

⁹⁴ **Üzülmez**, Vücut Dokunulmazlığına, s. 120.

⁹⁵ **Doğan**, İnsan Üzerinde Deney, s. 95.

ayrıca bilim açısından anlamlı sonuçlar üretme, bilimde kullanılabilirlik ve uygulanabilirliği de gerekli kılacağından, bu tür veriler bilimsellikte ilgiyi kurmada göz önünde bulundurulabilirler. Bunun yanında araştırmacının nasıl bir gaye taşıdığına, şahsen **bilime hizmet amacı taşımasının gereği ve önemi yoktur**. Araştırmacı gerekirse kariyer yapma amacıyla da bilimsel araştırma yapıyor olabilir. Belirleyici olan araştırmanın tarafsız, objektif ve ilgili bilim dalının geldiği standart çerçevesinde üçüncü kişiler tarafından “bilimsel” değerlendirilip değerlendirilmemesidir.

TCK m. 90 ile korunmak istenen hukukî değer vücut bütünlüğü olduğundan, bu hukukî değer üzerinde soyut tehlike yaratabilecek her türlü “bilimsel” deney, dolayısıyla tıbbî deneylerden, spor araştırmalarına kadar her tür bilim alanında yapılacak deney, bu madde kapsamına dâhildir. Burada belirleyici olan, yapılacak araştırmanın (maddî ya da manevî olarak) vücut bütünlüğü hukukî değeri üzerinde soyut bir tehlike yaratıyor olup olmamaktır, dolayısıyla da ilgili bilim dalının türünün bir önemi yoktur.

En nihâyetinde bilimsel araştırmanın hukuka uygun kabul edilmesi için,⁹⁶ TCK m. 90 II, III içerisindeki koşulları taşıması da gerekecektir. TCK m. 90 II’deki koşullar, izin koşulu, kobay yasağı, son çare koşulu, insan özsaygınlığının dokunulmazlığı emri ve orantısızlık yasağı ve aydınlatılmış rızaya ilişkin olup, şöyledir:

Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması, deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de

⁹⁶ Bu koşullar hukuka uygunluk sebebi olarak hukuka aykırılık içerisinde ele alınmaktadır bkz. *Doğan*, İnsan Üzerinde Deney, s. 99; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 243; özel bir hukuka uygunluk sebebi olarak görmekte *Şen*, TCK Yorumu, s. 301; *Yaşar/Gökcan/Artuç*, Türk Ceza Kanunu, s. 3132.

yapılmasını gerekli kılması, deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması, deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması. Üzerinde deney yapılacak kişi bir çocuksa TCK m. 90 III gereği bilimsel deneyin bu koşullara ek olarak şunları da içermesi gerekir: Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması, deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması.

III. Deney ve deneme arasındaki fark?

Deney ve deneme kavramı arasında içeriksel farklılıklar bulunduğu kabul edilmektedir. Deney kavramı gerekçede “*bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik olarak*” kullanılmış bir terim olarak; deneme ise “*bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemi*” olarak ifade edilmektedir. Öğretide genel olarak üzerinde uzlaşılan husus husus, bilimsel deneyin kural olarak sağlıklı bireyler üzerinde bilime hizmet etmek için; denemenin ise hasta insanlar üzerinde hastalığın tedavi edilmesi amacıyla yapılmasıdır. Bununla birlikte terimlerin ayrıntılarında farklılıklar mevcuttur.

Hakeri⁹⁷, TCK gerekçesindeki tanımlara da dikkat çekerek, deneme ve deney kavramları ile (Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak) tedavi amaçlı deney ve salt bilimsel deney ayırımı yapıldığını belirtmektedir.

⁹⁷ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 201; **Hakeri**, İnsan Üzerinde Deney, s. 303.

“Bir deneye katılan hastayı doğrudan iyileştirme amacına yönelik olması durumunda tedavi amaçlı deney söz konusu olmaktadır. Buna karşılık salt bilimsel amaçlı deneylerde deneğin sağlığının iyileştirilmesi amaçlanmamaktadır. Bu çerçevede değerlendirdiğimizde, gerek deney ve gerekse deneme, klinik araştırmadır.”⁹⁸ **Hakeri**'ye⁹⁹ göre deney “standardın aşılması demektir”¹⁰⁰. Tedavi amacının (“iyileştirme amacı”) bulunduğu durumlarda insan üzerinde deneme, böyle bir amacın bulunmadığı hâllerde deney söz konusu olacaktır¹⁰¹.

Ünver¹⁰² öncelikli olarak normda deneme ve deney kavramlarının kullanılmasını mevzuatla uyumlu bulmamakta, iki farklı kavrama yer verilmesini hatalı görmekte ve bu nedenle de eleştirmektedir. Yazara göre “Bunun yerine tek kavram kullanılmalıdır ve bu yapılırken *Experiment*, *Humanexperiment* veya *Humanforschung* veyahut *Probe/Erprobe am Menschen* gibi yabancı kavramlar esas alınabilirdi... Kanımca, asıl kullanılması gerekli terim ve kavram 'araştırma' olmalı ve tek bir kavram kullanılmalıdır. Deney ve denemenin ne olduğu uygulamada çok suistimal edilecektir.”¹⁰³. Yazar madde gerekçesinde yapılan tanımlama ve ayırma atfen, gerekçede vurgulanan ilk özelliğin deneyin bilimsel nitelikte olması ile denemenin tedavi amaçlı olmasının aranmasını eleştirmektedir¹⁰⁴. “Suça ilişkin kanuni tipteki vahim hata, deney eyleminin suç teşkil edebilmesinin deneyin 'bilimsel' nitelikte olması koşuluna bağlanmasıdır. Oysa deney bilimsel nitelikte olmasa dahi suç olarak düzenlenmeliydi. Kaldı ki, zaten deneyle bilimsel bir araç veya yöntem bulunmaya çalışılmaktadır; yani çoğunlukla bilimsel değildir. Bu düzenleme hatasına deneme suçunda düşülmemiştir.”¹⁰⁵ Yazar benzer eleştirileri deneme fiili

⁹⁸ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 201.

⁹⁹ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 197; **Hakeri**, İnsan Üzerinde Deney, s. 299.

¹⁰⁰ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 197.

¹⁰¹ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 221, 223.

¹⁰² **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney, s. 166.

¹⁰³ **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney, s. 167.

¹⁰⁴ **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney, s. 167.

¹⁰⁵ **Ünver**, İnsan Üzerinde Deney, s. 153.

için de getirmektedir: “Buradaki tedavi amacının eylemin niteliği ile bir ilgisi bulunmadığı, sağlıklı insan üzerinde de deneme yapılabileceği, bilimsel olmayan deney sonuçlarının da deneme eylemi kimliğini kazanabileceği, deney sonrası bazı fayda elde edilmeyebileceği ve çoğu kez olduğu üzere bazı bilgiler ve yararlı olabileceğine ilişkin bulgular olabileceği vs. gözden kaçırılarak, gerekçede yukarıda belirtilen ve uygulamada arış suistimallere yol açacak ve daha çok da bu alandaki ceza hukuku uygulamasını tamamıyla sağlık mensupların bilirkişi raporlarına mahkûm edecek bir tanım getirilmiştir. Deneme eylemini açıklamaya ilişkin gerekçede belirtilen 'bazı faydalar'ın ne olduğu de belirsizdir.”¹⁰⁶

Hafizoğulları/Özen¹⁰⁷ deneyin, “dilde, bilimsel bir gerçeği göstermek, bir varsayımı kanıtlamak amacıyla yapılan işlem olarak tanımlanmakta” olduğunu ifâde ederek, insan üzerinde bilimsel deneyin, “belli konuda, belli yerde ve zamanda, belli kimselerce, belli yöntemlere uyularak insan üzerinde gerçekleştirilen bir araştırma faaliyeti” olduğunu belirtmektedir. Yazarlar denemeyi de şu şekilde tanımlamaktadırlar: “Denemede bulunmak veya denemek, dilde, değerini anlamak, gerekli niteliği taşıyıp taşımadığını bulmak için bir insanı, bir nesneyi veya bir düşünceyi sınamak olarak tanımlanmaktadır. Hasta üzerinde tedavi amaçlı denemede bulunmak, hekimin hasta için düşündüğü tedavinin hastaya iyi gelip gelmeyeceğini hasta üstünde sınamasıdır.”¹⁰⁸

Soyaslan¹⁰⁹ bakımından “bilimsel amaçlı deney; bilimsel bulguların insan üzerinde denenmesinin ilk aşamasıdır. Hastanın üzerinde zararlı veya faydalı netice amacı gütmmez.” Yazar, deneme kavramı yerine tedavi amaçlı deney kavramını da kullanmaktadır. “Tedavi amaçlı deney ise, bilimsel deneylerden sonra elde edilen, henüz kesin olmayan sonuçların

¹⁰⁶ Ünver, İnsan Üzerinde Deney, s. 155.

¹⁰⁷ Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 92.

¹⁰⁸ Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 96.

¹⁰⁹ Soyaslan, Özel Hükümler, s. 180.

bazı hastalara uygulanmasıdır. Bu sonuçların hastaları tedavi edeceği umulmaktadır.”¹¹⁰

Altunkaş'a¹¹¹ göre deney, genel anlamda bir sorunun çözüme kavuşturulması veya bir varsayımın doğrulanması amacıyla yapılan, ancak sonucunun ne olacağı tam olarak belli olmayan işlem, tecrübe veya çalışmalarlardır. Deney en geniş şekliyle standartların aşılmasıdır. Yazar¹¹² bu tanım doğrultusunda, bilimsel deney aşamasının sona erdiği, bu aşamadan tam bir kesinliğe ulaşmamakla birlikte hastalığın tedavisi konusunda somut bazı faydaların elde edilmesinin arandığından yola çıkarak, denemenin bilimsel deneyden sonra gelen bir aşama olduğunu ifade etmektedir¹¹³.

Doğan'a¹¹⁴ göre insan üzerinde deney (*research experiments, wissenschaftliche Versuche*) ve tedavi (*iyileştirme*) amaçlı deneme (*therapeutic experiments, therapeutische Versuche*) birbirinden farklı kavramlar olup, deney, bilimsel çalışmanın ilk aşamalarını; deneme ise bilimsel amaçlı deney neticelerinin, henüz bir kesinliğe ulaşmasa da hastalığın tedavisi sırasında elde edilen somut faydalarından yola çıkarak hasta insana uygulanması işlemini ifade etmektedir. Bu bağlamda yazara göre deney ve deneme arasındaki en önemli fark, deneyin sağlam insanlar üzerinde tedavi amacından ziyade bilimsel amaçlarla ispatlanmamış vakıanın ispatlanmasına yönelik olması; denemenin ise, genelde hasta insanlar üzerinde yapılan faaliyet olmasıdır. Bu anlamda deney, “bilimsel bir gerçeği göstermek, bir varsayımı kanıtlamak amacıyla yapılan işlem”;

¹¹⁰ Soyaslan, Özel Hükümler, s. 184.

¹¹¹ Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney, s. 189, bakımından “Türk Dil Kurumu'nun bu tanımına uygun olarak deneyin sözlük anlamı esas alındığında, deney sonucunun ne yönde olacağını önceden söyleyebilmek mümkün değildir.” Yazar deney sonucunda, sorunun çözümü konusunda olumlu bir sonuç elde edilebileceği gibi, sonucun olumsuz da olabileceğine; deney sırasında, üzerinde deney gerçekleştirilen kişilerin sağlıkları ve vücut bütünlüklerinin geçici ya da sürekli bir tehlike ile karşı karşıya kalacaklarına dikkat çekmektedir.

¹¹² Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney, s. 190.

¹¹³ Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney, s. 203.

¹¹⁴ Doğan, İnsan Üzerinde Deney, s. 94.

tedavi (iyileştirme) amaçlı denemeler ise, “hastanın tedavisi için o güne kadar yapılan yöntemlerin yetersiz kalması karşısında yeni bilimsel tedavi yöntemlerinin denenmesi”dir. Bu bağlamda yazara göre tedavi amaçlı deneme, “bilimsel amaçlı deney sonuçlarının henüz bir kesinliğe varmasa da hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalardan yola çıkarak hasta insana uygulanması işlemi”dir¹¹⁵.

Ekici-Şahin öncelikle bilimsel araştırma, tıbbî araştırma ayırımı yapmaktadır. “*Bilimsel araştırma, kabul edilen bilimsel gözlem veya bilimsel çıkarım yöntemleriyle doğrulanabilir bilgileri geliştirmek veya genişletmek amacıyla yapılan çalışmalardır. Bilimsel araştırmalar fizik, kimya, biyoloji, uzay bilimleri vs. gibi bilimin her alanında ve her konuda yapılabilir. İnsanlar üzerinde de örneğin, fen bilimleri veya sosyal bilimler alanında bilimsel çalışmalar yürütülebilir.*” Bunun yanında yazara göre “*Tıp biliminin gelişmesi, yeni tedavi ürün ve yöntemlerinin bulunması amacıyla tıp alanında insanlarla veya başka materyaller, araç ve gereçlerle yapılan bilimsel araştırmalara ise tıbbî araştırma denmektedir.*” Klinik araştırmalar ise tıbbî araştırmaların son safhasıdır. Yazar klinik araştırmaları da amaçlarına göre tedavi araştırmaları (denemeler) ve bilimsel amaçlı klinik araştırmalar (deneyler) olmak üzere ikiye ayırmaktadır. *Bilimsel amaçlı klinik araştırmalar yani deney belirli bir hastanın iyileştirilmesi amacı değil, araştırılan konu hakkında daha fazla bilgi elde edilmesi güden, “yalnızca tıbbî bir ürünün veya cihazın, etki ve yan etkilerinin tespitine yönelik olan ve araştırmaya katılan kişiyi tedavi amacı olmaksızın, insanlar üzerinde gerçekleştirilen araştırmalara”* denir. *Tedavi amaçlı klinik araştırmalar ya da tedavi amaçlı denemeler ise, “daha önceden insanlar üzerinde yeterince denenmediği için, etkileri ve yan etkileri bütünüyle bilinmeyen yeni bir tıbbî ürünün, cihazın veya yöntemin hastanın iyileştirilmesi amacıyla kullanılmasına”*¹¹⁶ verilen isimlerdir. Yazara göre “*Tedavi amaçlı klinik*

¹¹⁵ **Doğan**, İnsan Üzerinde Deneysel, s. 95.

¹¹⁶ **Ekici-Şahin**, Klinik Araştırmalardan, s. 483.

araştırmaları, bilimsel amaçlı klinik araştırmalardan ayıran nokta, bu araştırmalarda öncelikle bilgi elde etmek değil, insan yaşamının kurtarılması veya uzatılmasının amaçlanmasıdır.”¹¹⁷

Aygün-Eşitli¹¹⁸ bilimsel deneyin “Belirli bir konuda, belirlenmiş bir yerde ve zamanda, yetkili kimselerce, belirli yöntemlere uyularak, gönüllünün rızası dâhilinde, insanlar ya da onlardan alınan materyaller üzerinde gerçekleştirilen ve hasta tedavi etme amacı taşımayan izin verilmiş bilimsel araştırma faaliyeti” olduğunu ifade etmektedir. Yazara¹¹⁹ göre deneme “Bilinen tıbbî müdahâle yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine hekimin hastası üzerinde, kural olarak hastanın rızası dâhilinde ve belirli yöntemlere uyarak, alternatif bir tedavi yöntemini hastane ortamında sınaması”dır. Yazar insan üzerinde bilimsel deney suçu ile insan üzerinde deneme suçu birbirinden ayıran noktanın “daha önce insan üzerinde bilimsel deney yapılmış olup olmaması değil, deneyin hastayı tedavi etmek maksadıyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği”¹²⁰ olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla bilimsel bir deney sadece kişinin sağlığına ilişkin öngörülebilir bir tehlike ve TCK’nda yer alan diğer olumsuz şartları içermemesi şartıyla, hasta bir insan üzerinde de tedavi etmek maksadı olmaksızın gerçekleştirilebilir. Şu hâlde “insan üzerinde bilimsel bir deney, maddede aksine bir düzenleme olmadığından ve hastayı tedavi etmek amacı taşımadığından, fiili hukuka uygun kılan şartları taşması hâlinde sağlıklı ya da hasta insanlar üzerinde gerçekleştirilebilirken,

¹¹⁷ **Ekici-Şahin**, Klinik Araştırmalardan, s. 484.

¹¹⁸ **Aygün-Eşitli**, İnsan Üzerinde Deney, s. 52, deney/deneme kavramı konusunda madde gerekçesini de eleştirmektedir: “TCK’nun konuyu düzenleyen 90. maddesinin gerekçesinde her ne kadar; ‘deney terimi bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik olarak kullanılmıştır. Deneme ise bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemidir’ denerek denemenin daima deneyden sonraki bir aşama olması gerektiğinin altı çizilmişse de kanunun amacını belirlemekte gerekçenin tek başına bağlayıcı olmadığını düşünüyoruz.”

¹¹⁹ **Aygün-Eşitli**, İnsan Üzerinde Deney, s. 52, 53.

¹²⁰ **Aygün-Eşitli**, İnsan Üzerinde Deney, s. 53.

*insan üzerinde deneme, tedavi edici olmak zorunda olduğu içindir ki ancak hasta insanlar üzerinde gerçekleştirilebilir.”*¹²¹ Yazara göre ayrıca “*Bilimsel deney tıbbî deneyi de kapsar. Ancak tıbbî deneyden ibaret değildir. Yeter ki insanlar üzerinde gerçekleştirilsin ve İBÜKAY’ın 2. maddesinde yer alıp ‘bilimsel deney’ kapsamında değerlendirilebilen girişimsel olan ya da olmayan uygulamalardan olsun onay ve izin alan bilimsel her müdahâle deney kavramının kapsamında yer alır.”*¹²²

Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe¹²³ insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme kavramlarının birbirinden ayrımının gerçekten zor olduğuna dikkat çekmektedirler. Yazarlara göre her iki kavramın da ortak özelliği bilinmeyi bilinir hâle getirmek olmakla birlikte deneyin sonuçları, denemeye oranla daha yaygın şekilde kullanmakta imkânına sahiptir. “*Deneyde o an için hastanın iyileştirilmesi amacıyla çok, bilimsel olarak ispatlanmamış bir olgunun ispatı amacı ön plandadır. Deneyde genellikle birden fazla hasta üzerinde henüz ruhsat almamış bir ilâcın etkinliği araştırılırken, denemede tek bir hastanın iyileştirilmesi amaçlanmaktadır.”*¹²⁴ Bunun yanında yazarlar hastaların deneye tabi tutulurken aynı zamanda bir tedavi amaçlı denemeye de maruz kaldıklarına dikkat çekmektedirler. Bu bağlamda da Alman öğretisindeki “*yenileme*” kavramına atıfta bulunan yazarlar¹²⁵ “*bu müdahâle çeşidinde, tedavi amaçlı denemede olduğu gibi hastanın sağlığının düzeltilmesi veya acısının dindirilmesi amacı, deneyde olduğu gibi bilimsel bir yenilik yaratma amacı yer almaktadır*” ifâdesine yer vermektedirler. “*Bunlara ek olarak bu araştırma çeşidinde mevcut müdahâlelerin kabul edilebilirliği test edilmektedir.”*¹²⁶ En nihâyetinde yazarlara¹²⁷ göre insan üzerinde deney “*hastalık durumlarının daha iyi tanı, tedavi veyâ korunma*

¹²¹ *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 53.

¹²² *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 83.

¹²³ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 232.

¹²⁴ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 232.

¹²⁵ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 232.

¹²⁶ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 232.

¹²⁷ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 232.

yöntemlerini ve olanaklarını geliştirmek için insanlarda doğrudan veyâ dolaylı bilimsel bilgi üretme amacıyla tasarlanmış araştırmalar ile normal veya patolojik her türlü işlevin anlaşılması için sağlıklı ve hasta bireylerde veya canlı ve ölü dokularda, organlarda, kanda, genetik değerlendirme için kullanılacak materyallerde ve diğer beden sıvılarında yapılacak her türlü araştırma”¹²⁸; denemeden önceki aşamadır¹²⁹. Yazarlar¹³⁰ iyileştirme amaçlı tıbbî denemeler (ya da iyileştirme denemeleri) kavramının ise “hekimin tedavi yahut iyileştirme amacı ile hastanın üzerinde bazı özel durumlarda, gerçekleştirebileceği kabul edilen bir takım yeni girişimler” anlamına geldiğini ifâde etmektedirler. “Bunun en önemli koşulu, denemenin tıbbî veriler çerçevesinde kesinlik gösteren sonuçları olmasa da müdahâle anı açısından öngörülen sonuçlar ile olası riskler tartıldığında, hastanın iyileşmesi açısından ‘somut’ bir şansının olması durumudur.”¹³¹ Yazarlar, farkları belirleme konusunda amacın belirleyiciliğine dikkat çekmektedirler: “İnsanlar üzerinde bilimsel deney yapılması hem bilimsel amaçlara hem de iyileştirme amacına yönelik olabilmektedir. Bazı deneylerde bu amaçlardan biri diğerinde ise diğeri ön plana çıkmaktadır.”¹³²

Şen¹³³ deney ve deneme kavramlarına aynı anlamı yüklemekte ve bunları “faydalı olma ihtimâli bulunmakla birlikte, henüz sonuçlanmayan ve hatta deneme aşamasında bile insan sağlığını tehlikeye düşürebilme veya zarara uğratabilme riski bulunan faaliyetler” olarak tanımlamaktadır. Zirâ yazara¹³⁴ göre deney ile deneme kavramını birbirinden ayırmak isâbetli değildir. “Çünkü bu iki kavram, birlikte ele alınması gereken ve birbirini takip eden unsurlardır.”¹³⁵ Yazara göre

¹²⁸ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 233.

¹²⁹ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 233.

¹³⁰ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 233.

¹³¹ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 233.

¹³² *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Özel Hükümler, s. 234.

¹³³ *Şen*, TCK Yorumu, s. 302.

¹³⁴ *Şen*, İnsan Üzerinde Bilimsel Deney, s. 609.

¹³⁵ *Şen*, İnsan Üzerinde Bilimsel Deney, s. 609.

madde gerekçesinde deney ve deneme kavramlarının içeriksek olarak farklı farklı izah edilmiş olmasını ve dolayısıyla iki farklı suç yaratılmasını eleştirmektedir. Yazar bu anlamda kanunkoyucunun “*hatalı*” hareket ettiğini belirtmektedir. Yazara göre “*Madde metninde ‘bilimsel veya insandaki bir hastalığı tedavi amaçlı deney ve/veya deneme fiilleri’ kavramına beraber yer verilmesi isâbetli olurdu*”¹³⁶.

1. Değerlendirme

Öncelikle öğretilde, madde kapsamında deneme ve deney ayırımı yapılmasının isâbetli olmadığı hususundaki eleştirilere hak vermek gerekir. Zirâ ister iyileştirmek amaçlı olsun ister bilimi geliştirmek amaçlı aslında tüm deneme ve deneyler birer bilimsel faaliyet, daha doğru bir ifadeyle “*araştırma*”dır. Bu nedenle *Ünver*’in deney ve deneme olarak farklı terminolojiler yerine sadece “*araştırma*” kavramını *de lege ferenda* önerisini biz de yerinde buluyoruz. Gerçekten de amaç ya da nitelik ne olursa olsun özünde vuku bulan fiil, araştırmadan ibarettir. Tüm bunların yanında, deney ve deneme kavramlarının insan üzerindeki bilimsel araştırmalara olumsuz bir değer yargısı kattığı yadsınamaz bir gerçektir. Gerçekten de deney ve deneme kavramı denek ve kobay kavramlarını da beraberinde getirmekte, aslında klinik araştırmalar terminolojisinde “*gönüllü*” olan “*bireyi*” bu olumsuz kavramlar içerisine sıkıştırılmaktadır. Bu da uygulamada gönüllüler üzerinde “*deney hayvanı*” psikolojisine neden olmaktadır. Bu da klinik araştırmalara yönelik toplumda var olan önyargıların daha da perçinlenmesini sağlamaktadır. Bu bağlamda suç tipikliğinde *de lege ferenda* olumsuz çağrışımlarda bulunan deney/deneme kavramları yerine, daha tarafsız kavram olarak “*araştırma*” kavramına yer verilmesi birçok açıdan daha yerinde olacaktır.

De lege lata deney ve deneme ayırımı ise öğretildeki genel kabule uygun olarak, madde içerisindeki unsurların kesinliği karşısında (dördüncü fıkra birinci cümlede “*hasta olan insan üzerinde*” unsuru ya da birinci ve ikinci cümlede geçen “*tedavi amacı*”) hasta üzerinde tedavi

¹³⁶ *Şen*, İnsan Üzerinde Bilimsel Deney, s. 609.

amaçlı olmak ve bilimsellik üzerinden yapılmak zorundadır. Ancak buradan kesinlikle gözden kaçırılmaması gereken husus, her ikisinin de her zaman bilimsel araştırma niteliğinde olmak zorunda olduğudur. Ceza Kanunu'nun denemeye, deneyden daha az bilimsel koruma yüklediği iddiası, normun koruma amacıyla çelişecektir. Bu durumda **sağlık birey üzerinde yapılacak bilimsel nitelikte araştırmalar deney; hasta bireyler üzerinde yapılan tedavi amaçlı bilimsel araştırmalar ise denemedir.**

IV. Klinik araştırma nedir?

Ekici-Şahin'e¹³⁷ göre tıbbî araştırmaların son aşamasına klinik araştırmalar denilmektedir. “*Tıbbî araştırmayı yürüten sorumlu, öncelikle hazırladığı protokol kapsamında laboratuvar ortamında ortaya koyduğu araştırma ürünlerini ya da yeni araçları dener; hayvanlar üzerinde teorisini doğrulamak için deneyler yapar [...] Elde edilen yeni araştırma ürünlerinin veya yöntemlerinin insanlar üzerinde yaygın kullanımına geçilmeden önce, etkinlik ve güvenilirliklerinin insanlar üzerinde de araştırılması gerekir. Tıbbî araştırmaların bu son aşamasına, ‘klinik araştırmalar’ denir.*”¹³⁸

Mevzuat içerisinde de çeşitli tanımlamaların yapıldığı görülmektedir. “*İnsanlar üzerinde bilimsel araştırma yapılması ve gönüllülerin haklarının korunmasına dair usûl ve esasları*” düzenleyen İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin¹³⁹ (İBÜKAY), 4. maddesinin (t) bendinde yer alan tanımlamaya göre **klinik araştırma**, “*Bir veya birden fazla araştırma ürününün klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak; advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak; emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek; güvenliliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla insanlar üzerinde*

¹³⁷ *Ekici-Şahin*, Klinik Araştırmalardan, s. 482.

¹³⁸ *Ekici-Şahin*, Klinik Araştırmalardan, s. 479, 480.

¹³⁹ 13.04.2014 tarihli 28617 sayılı Resmî Gazete.

yürütülen çalışmalarını” ifade etmektedir. 2014 yılında çıkarılan “*tıbbî cihaz klinik araştırmaları ile bu çalışmalara katılan gönüllülerin haklarının korunmasına dair usûl ve esasları düzenleyen*” Tıbbî Cihaz Klinik Araştırmaları Yönetmeliği¹⁴⁰ (TCKAY) 4. maddesinin c bendinde “*araştırma*” kavramından “*tıbbî cihaz klinik araştırması*”nı anladığını belirtmekte, “*tıbbî cihaz klinik araştırması*”na yönelik doğrudan bir tanımlama getirmemekle birlikte “*klinik araştırma*” kavramının neyi ifade ettiğini şu şekilde belirtmektedir: ***Klinik araştırma*** “*Bir veya daha fazla merkezde, tıbbî cihazın güvenlik, etkinlik veya performansını değerlendirmek için gönüllüler üzerinde yürütülen sistematik araştırma veya çalışmalar*”dır (TCKAY m. 4 r). Bu iki yönetmelikte ortak olan unsurların başında ikisinin de insanlar üzerinde yürütülen çalışmalar olması ve ortak amaçlarının gönüllülerin haklarının korunması gelmektedir. İlk Yönetmelik kapsamındaki araştırmaların konusunu ***araştırma ürünleri***¹⁴¹ (m. 4 e “*Klinik araştırmada test edilen veya referans olarak kullanılan aktif maddenin veya plasebonun farmasötik formu*”); ikinci TCKAY kapsamındaki araştırmaların konusunu ise ***klinik araştırma amaçlı cihazlar*** (m. 4 “*Vasıflı tıbbî uygulayıcı veya klinik araştırma yapmaya yetkili kişi tarafından yeterli klinik ortamda insan üzerinde; tıbbî cihazın normal kullanım koşullarındaki performansının veya normal kullanım koşullarındaki istenmeyen herhangi bir yan etkiyi ve bu etkinin tıbbî cihazın amaçlanan performansıyla kıyaslandığında kabul edilebilir bir risk oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi*

¹⁴⁰ 6.09.2014 tarihli 29111 sayılı Resmî Gazete.

¹⁴¹ **Demir**, İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu, s. 333, ürün kavramını şu şekilde açıklamaktadır: “*işletmesel bir üretimin konusu olan hizmet edimlerini de dahil olmak üzere, her türlü taşınır mal (elektirik, hayvansal ve tarımsal üretimler, ilaçlar), ... mali ve ekonomik değer taşıyan her türlü şeylerdir... Özel ve teknik bir anlamı olan tıbbî ürünler ifâdesinden ise, canlılar ,üzerindeki hastalıkların tedavi edilmesine veya önlenmesine yönelik herhangi bir madde veya maddeler kombinasyonu anlaşılmaktadır. Bu anlamda olmak üzere, insan, bitki veya hayvan hastalıklarında tıbbî teşhis veya özellikle insanların fizyolojik fonksiyonlarının geri kazandırılması, düzeltilmesi veya değiştirilmesi amacıyla kullanılan herhangi bir madde veya maddeler kombinasyonu da tıbbî ürün olarak kabul edilmektedir.*”

amacıyla üretilen cihaz”) teşkil etmektedir. İki yönetmelik kapsamındaki klinik araştırmaların gerçekleştirilme amaçları ise, anılan araştırma konularının güvenlik ve etkinliğini vs. araştırmaktır.

İBÜKAY m. 1’e göre klinik araştırmalar, ilaç, tıbbî ve biyolojik ürünler ile bitkisel ürünlerin klinik araştırmalarıdır. Öğretide¹⁴² de insan üzerinde deney ve deneme kapsamında değerlendirilen klinik araştırmalara örnek olarak, *ilâç ve ilâç dışı klinik araştırmalar, tıbbî cihaz klinik araştırmaları, yeni bir cerrahi yöntem araştırması, kök hücre nakli araştırması, doku nakli araştırması veya organ nakli araştırması, genetik araştırmalar, psikolojik araştırmalar* verilmektedir. Bunun dışında insan vücuduna doğrudan bir müdahâle gerektirmeyen girişimsel olmayan çalışmalar da (meselâ gözlemsel çalışmalar, anket, arşiv taraması, kan, idrar vs. gibi materyaller üzerinde yapılacak araştırmalar vs.) klinik çalışmalar kapsamına girmektedir¹⁴³. Bunlar TCKAY m. 4 m bendinde de gözlemsel tıbbî cihaz araştırması, İBÜKAY m 4 ö bendinde gözlemsel ilâç çalışması olarak mevzuatta da yer almaktadırlar.

TCK m. 90 bakımından anlamlı olacak ve bu kapsamda değerlendirilebilecek klinik araştırmalar ise, sadece insanın vücut bütünlüğü hukukî değeri üzerinde tehlike yaratabilecek türden araştırmalar olabilecektir. Bu bağlamda dosya incelemesinden ibâret bir klinik araştırmanın, TCK m. 90 kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. İnsanın vücut bütünlüğü üzerinde tehlike yaratan klinik çalışmaların, deney mi deneme mi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ise, aşağıda ele alınacaktır.

¹⁴² Bu türler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Aygün-Eşitli*, İnsan Üzerinde Deney, s. 178; *Hakeri*, Tıp Hukuku, s. 201; buna karşın klinik araştırmalara ilişkin önceki yönetmeliklerin geçerli olduğu dönemde yazar klinik araştırmadan “*deney ve denemenin ilâçla ilgili yapılmasını*” anlamakta idi. “*Ancak deney ve denemenin bir ilâçtan bağımsız olarak da yapılması mümkündür ki, bu takdirde klinik araştırmadan söz edilmemektedir. Fakat ortada yine de bir deney ve denemenin olacağında kuşku yoktur.*” bkz. *Hakeri*, İnsan Üzerinde Deney, s. 303.

¹⁴³ *Ekici-Şahin*, Klinik Araştırmalardan, s. 481.

V. Klinik araştırmaların deney-deneme olma niteliği?

Tüm bu açıklamalardan çıkarılan sonuçlar TCK m. 90 ile karşılaştırmalı olarak ele alındığında, iki Yönetmeliğin de bilimsel araştırmalara (deneylere) yönelik olduğu görölmektedir. Yönetmeliklerde amaçlar bakımından küçük farklılıklar bulunsa da ikisinde de ortak olan husus, ikisinin de “*hastayı iyileştirmek amacı*”ndan bahsedilmiyor olmasıdır. Gerçekten de İBÜKAY kapsamındaki klinik araştırmalar “*klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak; advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak; emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek; güvenliliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla*” yapılmakta; TCKAY kapsamındaki klinik araştırmalar cihazın “*güvenlik, etkinlik veya performansını değerlendirmek için*” yapılmaktadır. Tüm bunların bilimsel olduğu daha doğru bir ifâdeyle bilime hizmet edecekleri kuşkusuzdur. Ancak bunlar TCK m. 90 IV içerisinde yer alan tedavi amacı ile pek uyuyor gözükmemektedir. Bununla birlikte doğrudan doğruya klinik araştırmaların hasta üzerinde deneme kapsamında nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmaması da gerekmektedir. Zirâ klinik araştırmaların deney-deneme olma niteliklerinin belirlenmesinde, araştırma dönem yani fazlarının da mutlaka göz önünde bulundurulması, değerlendirmenin bunlarla birlikte yapılması gerekmektedir.

Bu kapsamda öncelikle İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik içerisinde anılan dönemler belirleyicidir: Yönetmelik Üçüncü Bölümünde “*Araştırmaların Yürütülmesi ile İlgili Esaslar*” öngörölmekte olup “*Klinik araştırma dönemleri*” m. 10 I içerisinde şu şekilde tespit edilmiştir:

“a) Faz I veya I. Dönem: Araştırma ürününün *farmakokinetik özelliklerinin, toksisitesinin ve vücut fonksiyonlarına etkisinin* tespit edilebilmesi için, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda *sağlıklı* gönüllüye veya sağlıklı gönüllülerde çalışılmasına imkân olmayan durumlarda *hasta gönüllülere uygulanmak suretiyle* denendiği klinik araştırma dönemidir. Yeni geliştirilen bir araştırma

ürününün, klinik öncesi farmakolojik, toksikolojik ve benzeri araştırmaları tam ve uygun deneysel yöntemler kullanılarak yapılmadan Faz I veya I. Dönem klinik araştırmalarına geçilemez.”

Burada araştırmaların bilimsel nitelikte sağlıklı bireyler üzerinde gerçekleştirilmeleri söz konusu olduğundan, TCK anlamında bilimsel deney kapsamında değerlendirilmeleri gerekecektir.¹⁴⁴ Ancak İBÜKAY gereği, araştırmaların *sağlıklı gönüllülerde çalışılmasına imkân olmayan durumlarda hasta gönüllülere uygulanmak suretiyle* de yürütülmesi söz konusu olabileceğinden, bu gibi durumlarda somut araştırma merkezli değerlendirme yapılması daha yerinde olacaktır. Burada yapılacak araştırmaya göre *“araştırma ürününün farmakokinetik özelliklerinin, toksisitesin”*den çok,¹⁴⁵ *“vücut fonksiyonlarına etkisi”* araştırılıyor bu da somut hastalıkta bir tedavi amacı taşıyorsa, pekâlâ hasta üzerinde tedavi amaçlı araştırma (yani deneme) olarak değerlendirmek mümkün olabilir. Burada somut araştırma ve somut hastalığı tedavi etme hususlarının her olay/araştırma merkezli değerlendirilmesi gerekecektir.

“b) Faz II veya II. Dönem: Araştırma ürününün terapötik doz sınırlarının, klinik etkililiğinin ve emniyetinin araştırılması amacıyla, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda gönüllü hastaya uygulanmak suretiyle denendiği klinik araştırma dönemidir.”

Bu dönemde sağlıklı değil, doğrudan hastalar araştırmalarda gönüllü olabilmektedirler. Ancak hasta olmak, doğrudan tedavi amaçlı

¹⁴⁴ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 228; **Hakeri**, İnsan Üzerinde Deney, s. 306’ye göre, I. Dönem çalışmaları az sayıda sağlıklı gönüllü üzerinde yürütüldüklerinden esas itibarıyla “insan üzerinde deney”dir; **Altunbaş**, İnsan Üzerinde Deney, s. 205, da da bunların sağlıklı insanlar üzerinde yapıldığından ve bu araştırmalarda tedavi amacı ön planda olmadığından bahisle, TCK m. 90 I kapsamında değerlendirileceğini belirtmektedir. Bu dönemde sağlıklı bireyler üzerinde yapılan araştırmalar, bilimsel araştırma kapsamında yani bilimsel deney olarak değerlendirilmelidir.

¹⁴⁵ Zirâ *“farmakokinetik, farmakoloji biliminin ilaçların vücuda emilimi, dağılımı, dönüşümü ve atılması gibi süreçlerini matematiksel modeller kurarak inceleyen bir alt dalı”* olduğundan, doğrudan tedavi ile ilişkili değildir. Tanım için bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Farmakokinetik>, son erişim: 6.04.2015.

deneme kapsamında değerlendirmeye yetmeyeceğinden, her bir somut araştırmada özenli bir değerlendirmenin yapılması gerekecektir. Bu bağlamda klinik etkililiğin ve güvenliğin tedavi amacını da içinde barındırması söz konusuysa TCK m. 90 kapsamında hasta üzerinde tedavi amaçlı araştırma (deneme); değilse bilimsel araştırma söz konusu olacaktır¹⁴⁶.

“c) *Faz III veya III. Dönem: Faz I ve Faz II dönemlerinden geçmiş araştırma ürününün, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş, yeterli sayıda gönüllü hastaya uygulanarak, etkililiği, emniyeti, yeni bir endikasyon araştırması, farklı dozları, yeni verilmiş yolları ve yöntemleri, yeni bir hasta popülasyonu ve yeni farmasötik şekiller yönünden denendiği klinik araştırma dönemidir.*”

Bir önceki dönem kapsamında yapılan açıklamalar burası için de geçerlidir. Klinik etkililiğin ve güvenliğin tedavi amacını da içinde barındırması durumunda, hasta üzerinde tedavi amaçlı araştırma (deneme), değilse bilimsel araştırma düşünülmelidir¹⁴⁷.

“ç) *Faz IV veya IV. Dönem: Türkiye’de ruhsat almış ürünlerin onaylanmış endikasyonları, pozoloji ve uygulama şekilleri, izinli ürünlerin ise önerilen kullanımlarına yönelik emniyetinin ve etkililiğinin daha fazla*

¹⁴⁶ *Hakeri*, Tıp Hukuku, s. 228; *Hakeri*, İnsan Üzerinde Deney, s. 306’ye göre, II. dönem çalışmalar hasta üzerinde yürütüldüklerinden bu çalışmalar “*insan üzerinde deneme*”dir; *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 205, Faz II klinik araştırmaların, hastalar üzerinde gerçekleştirilmekle birlikte, bu aşamada hâlâ araştırma amacı ön planda olduğundan, tedavi amacı ön plana çıkmadığından ve araştırma, araştırma ürününün terapötik doz sınırlarının, klinik etkililiğinin ve emniyetinin belirlenmesi amacıyla yapıldığından, bu araştırma dönemi de TCK m. 90 I anlamında insan üzerinde deney olduğunu savunmaktadır.

¹⁴⁷ *Hakeri*, Tıp Hukuku, s. 228; *Hakeri*, İnsan Üzerinde Deney, s. 306’ye göre, III. dönem çalışmalar ise üzerinde yürütüldüğünden, bu çalışmalar ceza kanunumuz manasında “*insan üzerinde deneme*”yi ifade etmektedirler; *Altunkaş*, İnsan Üzerinde Deney, s. 205, 206, faz III klinik araştırmalarda araştırma ürünü hastalara somut faydalar sağlayacağı düşüncesinden hareketle verilmekte ve bu aşamada araştırma ürünü klinik etkililik bakımından değil, etkililik yani tedavi edici özelliği yönünden değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, faz III klinik araştırmalarından itibaren araştırmalarda tedavi amacı ön plandadır, dolayısıyla faz III klinik araştırmaların TCK m. 90 IV kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

incelenmesi veya yerleşik diğer tedavi, ürün ve yöntemlerle karşılaştırılması için fazla sayıda gönüllü hasta üzerinde gerçekleştirilen klinik araştırma dönemidir.”

Bir önceki dönem kapsamında yapılan açıklamalar burası için de geçerlidir. Klinik etkililiğin ve güvenliğin tedavi amacını da içinde barındırması durumunda, hasta üzerinde tedavi amaçlı araştırma (deneme), değilse bilimsel araştırma söz konusu olmalıdır¹⁴⁸.

Sonuç

Klinik araştırmalarda bir yanda bilimsel araştırma özgürlüğü ve bu bağlamda tıp biliminin geliştirilmesi ve insan sağlığını koruma yükümlülüğü; diğer tarafta da araştırma gönüllüsünün sağlığını, dolayısıyla vücut bütünlüğü ve hayatını koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ceza Kanunu bu alanda korumayı sağlama bakımından önemli bir görevi yerine getirmektedir.

İnsan üzerinde bilimsel araştırma yapma suçu, gerek bilimsel nitelikte gerekse tedavi amacıyla vuku bulabilmektedir. Suç soyut tehlike suçu olarak kabul edildiğinden, suç kapsamındaki maddî unsurların (özellikle “*bilimsel deney*” ve “*deneme*” kavramlarının) özgürlüklerin korunması açısından ve belirlilik ilkesi gereği, yeteri derecede netleştirilmesi zorunludur. Bu aşamada TCK’nın bağımlı hâle geldiği ilgili mevzuatın normun yorumlanması ve amaca uygun değerlendirilmesinde önemli katkılarının olduğu da yadsınamaz bir gerçektir.

¹⁴⁸ **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 228; **Hakeri**, İnsan Üzerinde Deney, s. 306’ye göre, IV. dönem çalışmalar hasta üzerinde yapıldıklarından ceza kanunu manasında “*insan üzerinde deneme*”yi ifade etmektedirler; **Altunkaş**, İnsan Üzerinde Deney, s. 206, göre faz IV klinik araştırmalar, araştırma ürününün etkililik ve emniyeti konusundaki tespitlerin ayrıntılandırılması amacıyla yapıldıklarından, faz IV klinik araştırmaların TCK m. 90 IV kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Kaynaklar

- Altunbaş,** Aysun, İnsan Üzerinde deney ve Deneme Suçları, iç: I. Ulusal Sağlık Hukuku “Klinik Araştırmalar ve İlaç Hukuku” Sempozyumu, Editörler: Aysun Altunbaş, Hamide Tacir, s. 185 - 231, Ankara 2014.
- Aygün Eşitli,** Ezgi, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Ankara 2012.
- Demir,** Mehmet, İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu, iç: II. Sağlık Hukuku Kurultayı, s. 329 – 360, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009.
- Doğan,** Cahid, İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi (İyileştirme) Amaçlı Deneme Suçları, iç: İlaç ve tıp Alanında Ceza Hukuku, etik ve Tıbbî Sorunlar Sempozyumu, s. 93 – 114, İstanbul 2008.
- Donay,** Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- Ekici-Şahin,** Meral, Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk, iç: VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, editöler: Hakan Hakeri, Henning Rosenau, s. 473 – 506, Ankara 2012.
- Gropp,** Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Baskı, Berlin, 2005.
- Hafizoğulları,** Zeki, Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.
- Hakeri,** Hakan, İnsan Üzerinde Deney – Deneme ve Ceza Sorumluluğu, iç: II. Sağlık Hukuku Kurultayı, s. 299 – 327, 7-8 Kasım 2008, Ankara 2009.
- Hakeri,** Hakan, Tıp Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2013.
- Jakobs,** Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. baskı, Berlin 1993.

- Joecks**, Wolfgang, *Miebach*, Klaus, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, (maddeyi yorumlayanlar MüKoStGB/*Schmitz*), IV. Cilt, Münih 2003.
- Kindhäuser**, Urs, *Neumann*, Ulfrid, *Paeffgen*, Hans-Ullrich, NomosKommentar, Strafgesetzbuch (maddeyi yorumlayanlar *Hassemer/Neumann*), I. cilt, 3. baskı, Baden Baden 2010.
- Kühl**, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Baskı, Münih, 2012.
- Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, cilt II, III, 2. baskı, İstanbul 1992.
- Özbek**, Veli Özer, *Kanbur*, Mehmet Nihat, *Doğan*, Koray, *Bacaksız*, Pınar, *Tepe*, İlker, Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler, 7. baskı, Ankara 2014.
- Özen**, Muharrem, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, Ankara 2010.
- Öztürk**, Bahri, *Erdem*, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2014.
- Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Münih 2003.
- Satzger**, Helmut, Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende, iç: NStZ 1998, s. 112 - 117.
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. baskı, Ankara 2010.
- Şen**, Ersan, İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat - 1 Mart 2008, s. 588 - 646, Ankara 2008.
- Şen**, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. cilt, Ankara 2006.
- Ünver**, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 1. Baskı, Ankara 2003.
- Ünver**, Yener, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, iç: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sempozyum Özel Sayısı, s. 150 – 183, İstanbul 2007.

Ünver, Yener, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçu, iç: Klinik Araştırmalar Kitabı 2014, editörler: Hamdi Akan, Hilal İlbars, Nurşah Ömeroğlu Çetinkaya, s. 461 - 468, Ankara 2014.

Üzülmez, İlhan, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2013.
Yaşar, Osman, *Gökcan*, Hasan Tahsin, *Artuç*, Mustafa, Türk Ceza Kanunu, 3. cilt, 2. baskı, Ankara 2014.

ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIMI SÖZLEŞMESİ

Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK*

ÖZET

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşmelerden değildir. Bu sözleşme karma sözleşmelerden çifte tipli bir sözleşmedir. Sözleşme ile arsa sahibi yükleniciye arsa paylarını devretmeyi borçlanmakta, yüklenicide bunun karşılığında bağımsız bölümler inşa etmeyi üstlenmektedir. Buradan çıkan sonuca göre de arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen ani edimli bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin konusu taşınmaz olduğu için noter tarafından düzenleme şeklinde yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi, yüklenici, arsa sahibi, karma sözleşme, ani edimli sözleşme.

LAND SHARE PROVISION FLOOR CONSTRUCTION CONTRACT

ABSTRACT

Land share provision floor construction contract is not from contracts regulated in Turkish Code of Obligations. This contract is a double type contract from mixed contracts. With this contract, land owner is to get into debt the transfer of land share to contractor, in return for this, the contractor also is undertake to build independent departments. According to the result from here also land share provision floor construction contract is a sudden act contract that loads debt both sides. It should be made form of arrangement by a notary public because the subject of land share provision floor construction contract is immovable.

Keywords: Land share provision floor construction contract, contractor, land owner, mixed contract, sudden act contract.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir sözleşme çeşididir. Arsa sahibi olup da inşaat işleri ile bizzat uğraşmak istemeyen kişiler arsalarını yükleniciye devretmektedirler. Yüklenici de bu devir karşılığında bağımsız bölümler inşa etmektedir. Bu bağımsız bölümler yapılan anlaşmaya göre yüklenici ve arsa sahibi arasında paylaşılmaktadır. Yükleniciler kendilerine düşen bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak kazanç sağlamaktadırlar. Arsa payı karşılığı uygulamada dört şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu sözleşmenin konusu bir eser meydana getirme olduğu için en fazla karşılaşılan sorun yapılan bağımsız bölümlerdeki ayıplar ve yüklenicinin temerrüdüdür.

I. TANIMI

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesiyle yüklenici, arsa sahibinin arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler yapmak suretiyle bütünlük arz eden kat yapma borcu altına girmektedir¹.

Yapılan bir tanıma göre “Yüklenicinin, arsa sahibinin arsası üzerinde ve asada belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesini üstlendiği bir sözleşmedir.”²

Yapılan diğer bir tanıma göre de, “Arsa sahibinin arsasına ait belli payları yükleniciye ve üçüncü kişiye devretmeyi, yüklenicinin ise bu pay karşılığında arsa üzerinde bağımsız bölümler yapma ve bu bağımsız bö-

¹ Yavuz, C., Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 483; Gümüş, M. A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 213; Şahin, T., Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara 2012, s. 102; Karaman, Ş., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ylt., Ankara 2009, s. 2; İşbora, T., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ylt., Antalya 2009, s. 2; Sütçü, M. N., Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, ylt., İstanbul 2010, s. 2; Yıldırım, S. H., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ylt., Ankara 2011, s. 3.

² Kartal, B., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 15; Kartal, B., Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi I, Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, S. 1-2, s. 98.

lümlemlerden arsa sahibinin payına ait olan kısmı devir borcu altına girdiği sözleşmedir.³”

Bu sözleşme ile arsa sahibi para yerine arsasından belli payları yükleniciye devrederek belirli dairelerin yapılmasını elde etmekte yüklenici bu arsaları değerlendirmekte ve kar elde etmektedir.

II. UNSURLARI

Yukarıda verilen tanımdan hareketle arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin unsurları, arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, yüklenicinin kat yapma borcu ve arsa sahibi ile yüklenici arasındaki anlaşmadır.

A) ARSA SAHİBİNİN ARSA PAYLARINI DEVİR BORCU

Yüklenicinin kat yapımını yerine getirmesinin karşılığı olarak, arsa sahibi kendisine verilecek bağımsız bölümlere isabet eden arsa payını kendi üzerinde bırakarak diğer payları devretme borcu altına girmektedir⁴.

Eser sözleşmesinde ücret sözleşmenin esaslı unsurudur fakat ücretin mutlaka para olması şart değildir. Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde ücret, para yerine yükleniciye devredilecek arsa paylarıdır⁵.

Arsa payının devri iki şekilde yapılabilir⁶: İlk olarak arsa sahibi, devredilmesi kararlaştırılan arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretmekte, diğer payları kendi mülkiyetinde tutmaktadır. İkinci halde ise arsa sahibi yükleniciye bırakılması gereken arsa payını tamamen devretmemekte, bağımsız bölümler bitene kadar arsanın mülkiyetinin kendi üzerinde kalmasını sağlamakta, inşaatın ilerleme aşamasına göre kısım kısım devretmektedir. Bu devir şekilleri ileride daha geniş bir şekilde açıklanacağı için şimdilik sadece bu ayırım belirtilmekle yetinilmektedir.

B) YÜKLENİCİNİN KAT YAPMA BORCU

Eser sözleşmesinde “bir eser meydana getirme” unsuru, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde yerini yüklenicinin kat yapma borcuna

³ Ayazlı, P., Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1987, C. 2, S. 1, s. 43.

⁴ Karaman, s. 2; İşbora, s. 3; Yıldırım, s. 8.

⁵ Kartal, İnşaat, s. 19 – 20; Yavuz, s. 483; Ayazlı, s. 44; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 99.

⁶ Ayazlı, s. 44.

bırakmıştır. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 2. maddesinde “..... ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine bağımsız bölüm bu bölümlere sahip olanlara da kat maliki denilmiştir.” Böylece kata bağımsız bölüm niteliği tanınmıştır. Bir görüşe göre “bu tanımdan hareket edilirse, sözleşmeye konu olan ve yüklenici tarafından yapılacak kısımlar kat değil, daire, dükkân gibi arsa paylarına bağlı bağımsız bölümler olduğunu kabul etmek gerekir.” Bundan dolayı sözleşmedeki “kat” yerine “bağımsız bölüm” ifadesini kullanmanın daha doğru olacağı belirtilmiştir⁷.

Sözleşme ile amaçlanan, sadece arsa sahibine ait bölümlere ilişkin dairelerin yapılması değil, yüklenicinin ücretine karşılık aldığı arsa paylarına bağlı bölümlerin de tamamlanıp bütünlük taşıyan ana yapının ortaya çıkarılmasıdır⁸.

Sonuç olarak yüklenici yapılan sözleşme ile iki edimi borçlanmaktadır. Birincisi kendine verilen arsa payına karşılık bu arsada bina yapmak; ikincisi ise bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanı devretmektir.

C) ARSA SAHİBİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDA ANLAŞMA

Yüklenici, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde, arsa sahibine kat mülkiyetine çevrilebilecek bir bağımsız bölüm yapmayı taahhüt etmektedir. Bir sözleşmenin hukuki sonuç doğurabilmesi için, sözleşmenin konusu ve koşulları üzerinde taraf iradelerinin birleşmesi gerekir⁹.

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde ise şekil şartına bağlı olmak gerekir. Bu sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Sözleşme yapma serbestisi ilkesinden doğmuştur. Bu sözleşmede taşınmaz mülkiyetinin devri söz konusu olduğu için resmi biçimde yapılması gerekmektedir. Buradaki şekil şartı ispat değil, bir geçerlilik şartıdır. Ayrıca arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi devlete ait ve ihale ile veri-

⁷ Kartal, İnşaat, s. 18; İşbora, s. 4; Yıldırım, s. 9.

⁸ Kartal, İnşaat, s. 18.

⁹ Karaman, s. 4; İşbora, s. 5; Yıldırım, s. 6.

len arsalarda söz konusu ise bu sözleşmenin geçerli sayılabilmesi için noter onayı aranmaktadır¹⁰. Bu sözleşmede arsa sahibi de kendisine yapılıcak bağımsız bölümlere ait arsa payını kendi üzerine bırakarak diğer payları yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir.

III. HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULAMA ŞEKİLLERİ

A) HUKUKİ NİTELİĞİ

1- Çifte Tipli Karma Sözleşme Niteliği

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde, taşınmaz satımı ve eser sözleşmesi unsurları bir araya geldiğinden karma nitelikli bir sözleşme vardır. Çeşitli sözleşme tiplerinin unsurlarını bünyesinde birleştiren sözleşmeye doktrinde genellikle “karışık akitler” adı verilmektedir. Karışık içerikli sözleşme unsurları kanunda münferit olarak düzenlenmemiş, fakat kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içeren sözleşme olarak tanımlanmıştır¹¹. Bir görüşe göre birden fazla bağımsız sözleşmenin birleşmiş olduğu düşüncesine yol açacağı için “karışık muhtevalı akit” denilmesi daha uygundur¹².

Arsa sahibinin borcu olan taşınmaz mülkiyetini geçirme, yüklenicinin eser sözleşmesinin unsuru olan inşaatı yapma ve bağımsız bölümü devretme borcu ile mübadele ilişkisi içinde bulunmaktadır. Böylece kanunla düzenlenmiş iki sözleşmeye ait edimler, kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya getirilmektedir¹³.

¹⁰ Kartal, İnşaat, s. 17.

¹¹ Karaman, s. 5; İşbora, s. 17 – 18; Sütçü, s. 5.

¹² Kuntalp, E., Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 23; Kartal, İnşaat, s. 23; Fila, H./Eraslan, E., Bir Yargıtay Kararı ve Eleştirisi, İstanbul Barosu Dergisi, 1985, C. 59, s. 666.

¹³ Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 1988, 5. Tıpkı Basımdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 69, 71; Yavuz, s. 485; Zevkliler, A./Gökyayla, K. E., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 16 – 17; Ayazlı, s. 45; Aral, F., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 53; Gümüş, M. A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 12 – 14; Gümüş, Cilt 2, s. 213; Oktay, S., İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1996, C. 55, S. 1, – 2, s. 274; Karahasan, M. R., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt IV, İstanbul 1992,

Bir görüşe göre sözleşmenin inşaat yapımına ilişkin bölümüne eser sözleşmesi ile ilgili hükümler, arsa paylarının devrine ait bölümüne de taşınmaz satımına ilişkin hükümlerin uygulanması yoluyla sorunlar giderilemez. Bu sözleşme yapılırken ne sadece taşınmaz satımı ne de inşaatın bağımsız bir şekilde yapımı düşünülmüştür¹⁴.

Karma sözleşmeler kanunda düzenlenmediği için bu sözleşmelere kanun hükümleri ancak kıyas yoluyla uygulanır ve kanundaki hükümlerin sözleşmeye uygun düşmemesi durumunda uygulanmaması gerekir¹⁵.

2- Ani Edimli Sözleşme Olması Niteliği

Ani edimli borç ilişkisinde edimin ifasıyla borcun sona ermesi aynı anda gerçekleşmektedir. Burada alacaklının menfaati bir anda gerçekleştiği için arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinden doğan borç ilişkisi de ani edimli bulunmaktadır¹⁶.

Ani edimli sözleşme olması sadece hukuki niteliğin tespiti açısından değil fesih yoluyla tarafların sözleşmeye son vermeleri açısından da önemlidir. Zira bu sözleşmeyi ani edimli bir sözleşme olarak nitelendirmek sözleşmeyi geçmişe yönelik olarak sona erdirecektir¹⁷. Taraf menfaatleri ve sözleşmenin geçmişe yönelik olarak sona erdirilmesi göz önüne alındığında ani edimli olarak kabul etmek daha uygun olacaktır.

Diğer bir görüşe göre bu sözleşme sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Bu görüşe göre edimler, bütünlük oluşturan sonucun meydana gelmesinden önce de zaman içinde ve bölümler halinde ifa edilmektedir. Bu süre içerisinde taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurulmaktadır.

s. 1172; Yaşar, H., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcının) Hak ve Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, S. 102, s. 290 – 291; Darende, İ., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerindeki Etkisi, s. 1, www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/10.pdf.

¹⁴ Yavuz, s. 485.

¹⁵ Oktay, s. 277; Kartal, B., Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi II, Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, S. 3, s. 330.

¹⁶ Yavuz, s. 486; Ayazlı, s. 46; Şahin, s. 105; Yaşar, s. 291; Darende, s. 1; Sütçü, s. 6; Yıldırım, s. 17.

¹⁷ Yavuz, s. 486.

Eser bir bütün olarak tamamlanmadan inşaatın belli kesiminin yapılması ile arsa sahibi yükleniciye belli bağımsız bölümlerin mülkiyetini geçirmektedir. Arsa payları yüklenici adına tescil edilmiş ve arsa sahibi lehine ipotek kurulmuşsa bu ipotek inşaattaki ilerleme aşamasına göre pey der pey çözülmektedir¹⁸. Bu sözleşme sürekli borç ilişkisi içeren bir sözleşme olarak nitelendirildiğinde sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilecektir.

3- Karşılıklı Sözleşme Niteliği

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi tarafların her ikisinin de borç altına girdiği sözleşmelerdendir¹⁹. Bu sözleşmede arsa sahibi, arsa paylarını yükleniciye devretmeyi taahhüt etmekte; yüklenici ise, bağımsız bölüm inşa etmeyi ve arsa sahibine devretmeyi borçlanmaktadır. Böylece sözleşmenin her iki tarafı da hem alacaklı hem de borçludur.

Arsa sahibi bağımsız bölümlerin yapılmasını ve teslim edilmesini isteme bakımından alacaklı, arsa paylarını devir bakımından ise borçludur. Buna karşılık yüklenici ise, bağımsız bölüm inşası ve devri bakımından alacaklıdır. Karşılıklı sözleşme niteliği borçlunun temerrüdü bakımından da önem taşımaktadır.

4- Yüklenici, Arsa Sahibi ve Üçüncü Kişi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Yüklenici bağımsız bölüm yapmakta, arsa sahibi de buna karşılık, sözleşme ile kararlaştırılan bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretme taahhüdü altına girmektedir. İnşaatın yapılması için yükleniciye gereken sermaye ise yüklenicinin payına düşen bölümlerin üçüncü kişilere devredilmesi sonucu inşaat tamamlanmakta ve kar sağlanmaktadır. Burada bir alacağın devri mevcuttur. Alacağın devri ise bir tasarruf işlemidir²⁰.

Arsa sahibi arsaları üzerinde yapılacak binanın belli bölümlerini inşaat bedeline karşılık yükleniciye bırakmaktadır. Yüklenici de binanın yapımı tamamlanmadan kendisine bırakılan bölümlerin üçüncü kişilere satışını devretme taahhüdünde bulunmaktadır.

¹⁸ Kartal, İnşaat, s. 25; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 111.

¹⁹ Karaman, s. 4.

²⁰ Kartal, İnşaat, s. 50.

Böylece arsa sahibi binanın belli bölümlerini üçüncü bir kişiye devretme durumunda kalmış olacaktır. Üçüncü kişide bu devir işleminin yapılmasını arsa sahibinden talep etme imkânına sahiptir.

B) UYGULAMA ŞEKİLLERİ

1- Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi ve Yüklenicinin İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi

Arsa sahibi bu uygulama şeklinde belli arsa paylarının satışını vaat etmekte; buna karşılık yüklenici de bağımsız bölümlerin yapımını taahhüt etmektedir. Uygulamada arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi en çok bu tarzda görülmektedir. Bu çeşit arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde, hem taşınmaz satış vaadi, hem de inşaat yapımı vardır. Bu nedenle sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir²¹. Böylece, bir taraftan arsa paylarının satışı vaat edilirken bir taşınmaz satış vaadi; diğer taraftan inşaatın yapımı öngörülürken bir eser sözleşmesi var olup her ikisi bir arada düzenlenmektedir.

2- Arsanın Tamamen Yükleniciye Devri

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin, arsanın tamamen yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, arsa bütünü ile tapuda yükleniciye devredilmektedir. Ayrıca yapılacak bağımsız bölümlerin paylaşılması, nitelikleri vb. sözleşme şartları kararlaştırılabilir. Burada arsa üzerinde kat irtifakı kurulması gerekli değildir. Bu uygulama şeklinde de arsa sahibi lehine, yükleniciye devredilen arsa veya arsa payları üzerinde ipotek kurulabilmektedir. Uygulamada arsanın tamamen yükleniciye devrine arsada kat irtifakının kurulmadığı durumlarda ve arsa sahibinin yükümlülüklerini azaltmak amacıyla başvurulmaktadır²². Burada arsanın tescilinden ayrı olarak yapılan inşaat sözleşmesini, tescilin sebebi olarak değerlendirmek gerekir. Tapuda satış olarak isimlendirilen sebep gerçekte bağımsız bölüm yapmaktır. Arsanın devri ve inşaat sözleşmesi de bütün

²¹ Yavuz, s. 487; Gümüş, Cilt 2, s. 214; Kartal, İnşaat, s. 31; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 105; Şahin, s. 103; İşbora, s. 16; Yıldırım, s. 23.

²² Yavuz, s. 488; Gümüş, Cilt 2, s. 215; Kartal, İnşaat, s. 30; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 104; Karaman, s. 8; İşbora, s. 14 – 15; Yıldırım, s. 20.

olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle ek bir sözleşme ile arsa sahibinin hakları güvence altına alınmalıdır²³.

3- Belli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri Suretiyle Gerçekleştirilmesi

Arsa sahibi bu uyumla şekilde, kat irtifakı kurulmuş olan arsasından ileride bağımsız bölümlere tahsis edilecek belirli payların mülkiyetini devretmeyi taahhüt etmektedir. Sözleşmede taraflar inşaatın başlama – bitim süreleri, arsa sahibine verilecek dairelerin nitelikleri ve diğer şartlar hakkında düzenlemeler getirmektedir. Bu durumda arsa sahibinin haklarının güvence altına alınması için, yükleniciye devredilen paylar üzerinde, arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir. Yüklenici ipotegün bedelini ödeyerek ipotegi çözebileceği için arsa sahibinin haklarının güvence altına alındığından söz edilemez²⁴. Ayrıca arsa sahibi arsa paylarını satış yoluyla yükleniciye devretmekte, bu payların bedelini aldığını belirtmekte ve kendi adına yapılacak bağımsız bölümlerin sözleşmeye göre teslimi için arsa sahibine devir edilen paylar üzerine ipotek kurulmaktadır²⁵.

4- Arsa Paylarının İnşattaki Aşamaya Göre Devri

Arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen sözleşmede, hangi pay ve bölümlerin yükleniciye, hangilerinin arsa sahibine ait olacağı belirtilmektedir, fakat satış veya satış vaadinden söz edilmemektedir. Bu sözleşme ile arsa sahibi, yükleniciye bırakılan payların inşaatın belli aşamalara ulaşması durumunda, belli arsa payların yükleniciye tapuda devredeceğini veya üçüncü kişilere satışı için yükleniciye vekâlet vereceğini vaat etmektedir²⁶. Böyle bir sözleşme ile satış veya satış vaadinden bahsedilmese bile, şekil şartı gerçekleştiğinde tarafların sözleşmede kullandıkları

²³ Kartal, İnşaat, s. 30; Yavuz, s. 487; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 105.

²⁴ Kartal, İnşaat, s. 29; Yavuz, s. 487 – 488; Gümüş, Cilt 2, s. 217; Ayazlı, s. 44; Kartal, Arsa Payı, S. 1 – 2, s. 104; Karaman, s. 9; Yıldırım, s. 19.

²⁵ Kartal, İnşaat, s. 29.

²⁶ Kartal, İnşaat, s. 30; Yavuz, s. 488; Gümüş, Cilt 2, s. 217; Karaman, s. 9; İşbora, s. 15 – 16; Yıldırım, s. 22.

sözlere bakılmaksızın sözleşme yorumlanarak tarafların amaçlarına göre sözleşmenin satış vaadi olduğu kabul edilmelidir²⁷.

IV. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

A) ARSA SAHİBİ İLE YÜKLENİCİ ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİK ŞEKLİ

Sözleşmenin konusu taşımaz olduğu için, payların devri taahhüdünü içeren sözleşmenin TMK. m. 706, TBK. m. 237, Tapu K. m. 26 ve Noterlik K. m. 60 ve m. 89'a göre düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Ancak şekle uyulmasının aranmadığı özel kanun hükümleriyle belirtildiği durumlarda şekil şartına uyulmayabilir²⁸. Türk Hukukunda bu sözleşme düzenlenmediği için şekil şartına ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır.

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi karışık muhtevalı sözleşme olduğu için, yüklenicinin inşaat yapma borcunun da resmi şekilde düzenlenen sözleşmede yer alması gerekir. Düzenleme biçiminde öngörülen bu sözleşme belirtilen biçimde düzenlenmezse, kural olarak geçerli sayılmaz ve hukuki sonuç doğurmaz. Burada sözleşmeyi resmi şekle bağlayacak olan makam kural olarak tapu memurudur. Noterlik K. m. 60'a göre taşınmaz satış vaatlerinin noter tarafından yapılabileceği kuralı getirilmiştir²⁹.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararına göre noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaatlerinin geçerli olduğu, bu türlü satış vaadi sözleşmesinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu olmadığı sonucuna varılmıştır.³⁰ Bu kararı ile Yargıtay toplumun baskılarını göz önüne alarak bu tür sözleşmelerin tümünün geçersiz sayılmaması endişesi ile bu sözleşmedeki satım vaadi unsurunu ele

²⁷ Kartal, İnşaat, s. 31; Yavuz, s. 488.

²⁸ Yavuz, s. 489 – 490; Gümüş, Cilt 2, s. 218; Kartal, İnşaat, s. 42; Kartal, B., Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi III, Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, S. 4, s. 552; Yaşar, s. 296; Karaman, s. 10; Sütçü, s. 15; Yıldırım, s. 26 vd.

²⁹ Yavuz, s. 490.

³⁰ İBK. 24.04.1978, E. 3 K. 4 (www.kazanci.com).

alıp bu sözleşmenin noterler tarafından düzenlenebileceğini belirtmiştir³¹. Bu sözleşme ile varılmak istenen amaç, kat mülkiyetine ulaşmadır.

Kat irtifakı kurulduğu durumlarda arsa payının kat irtifakından ayrı olarak devredilmesi mümkün değildir. Bu nedenle de arsa payının kat irtifakından ayrı olarak satış vaadine konu olması da gerçekleşmeyecektir. Ancak kat irtifakının kurulmasından sonra ve kat mülkiyetine geçilmeden önce arsa payının satılması ve satış vadine konu olması mümkündür³². Bu durumda arsa payına bağlı taşınmaz satım vaadi sözleşmesini noterler resmi şekilde yapabilirler. Ancak taraflarca dışarıda düzenlenip noterlikçe imzaları onanan sözleşmeler geçerli değildir.

B) YÜKLENİCİ İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİ ARASINDA DÜZENLENEN ARSA PAYININ DEVRİNE İLİŞKİN TAAHHÜTLERİN GEÇERLİLİK ŞEKLİ

Yüklenicinin, kendisine devredilecek olan arsa paylarının adına tescil yapılmadan önce üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda TBK. m. 184'e göre alacağın devri söz konusu olacaktır. Burada yüklenici sözleşmeye göre sahip olduğu arsa paylarının devrini isteme şeklindeki alacağını üçüncü bir kişiye temlik etmektedir. Sadece devir vaadi söz konusu ise herhangi bir şekil zorunluluğu yoktur. Daha önce belirtildiği gibi inşaat için gerekli olan sermaye yüklenicinin payına düşen bölümlerin üçüncü kişilere devredilmesi sonucu sağlanmaktadır. Burada çoğunluğun görüşüne göre alacağın devri bulunmaktadır. Bu alacağın devri için, alacağın doğmuş veya gerçekleşmiş olması gerekir. Zira bu devir bir tasarruf işlemidir. Bu nedenle alacağın doğması için hukuki ilişki ve sözleşmenin kurulması imkân dâhilinde ise devrin geçerli olacağı kabul edilmektedir³³.

Yüklenici edimini yerine getirince kişisel hak doğar ve bu hakkını üçüncü kişiye devredebilir. Bu hakkın devri için arsa sahibinin rızası

³¹ Ayazlı, s. 48.

³² Yavuz, s. 490; Ayazlı, s. 48.

³³ Kartal, İnşaat, s. 51.

aranmamaktadır³⁴. Yüklenicinin edimini yerine getirip inşaatı tamamlamasına rağmen taşınmazda henüz kat irtifakı veya mülkiyeti kurulmamış ise, üçüncü kişilere devredilebileceği bağımsız bölümler belli değildir; fakat belirlenebilir. Bunun için de, tüm bina ve arsanın ayrı ayrı değerlendirilip, sözleşmeye konu olan arsa payının saptanması bu payın devralan adına tescili gerekmektedir. Bu işleme tahvil adı verilmektedir³⁵. Tahvil sözleşmesinin yapılan işlem ile ifasının mümkün olmaması durumunda, onun için esasen var olan bir şekle dönüştürülerek ifa olanağı sağlamaktır. Burada tarafların irade beyanları esas alınmaktadır³⁶.

C) ŞEKLE UYULMAMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Türk Hukukunda baskın görüşe³⁷ ve Yargıtay'ın içtihadına göre³⁸, resmi şekle uyulmamanın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışılmıştır. Bu konuda üç görüş bulunmaktadır.

1- Klasik Görüş

Klasik görüşe göre sözleşme kanunun öngördüğü biçimde yapılmamışsa hükümsüz (mutlak butlan) sayılmalıdır. Diğer tarafın iyiniyeti göz önünde tutulamaz. Bu tarz sözleşmeyi ifadan kaçınmak ahlaka aykırılık teşkil etmez. Sözleşme hüküm ve sonuç doğurmaz. Hâkim geçersizliği re'sen nazara almak zorundadır. Şekil noksanlığı icazetle ortadan kaldırılamaz³⁹. Ancak taraflar edimlerini bilerek ve isteyerek her türlü yanılığdan

³⁴ Kartal, İnşaat, s. 55. 14. HD. 01.11.1999, E. 7472, K. 7431 “Kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca bina yapmakta olan yüklenici, edimini tam olarak yerine getirdiğinde, payına düşen bağımsız bölümlerin adına tescilini isteyebileceği gibi, bu şahsi hakkını yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devredebilir. Üçüncü kişi ise devraldığı bu şahsi hakkı arsa sahiplerine karşı yine yüklenicinin edimini yerine getirmiş olması koşuluyla ileri sürebilir.” (YKD, 2001, C. 27, S. 11, s. 1721).

³⁵ Kartal, İnşaat, s. 55; Karahasan, s. 1179.

³⁶ Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 295 – 296.

³⁷ Kartal, İnşaat, s. 55; Karahasan, s. 1175 vd.; Kostakoğlu, C., Eser Sözleşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil, Yasa Hukuk Dergisi, 1984, C. 7, S. 7, s. 925; Geniş bilgi için bkz. Yıldırım, s. 32 vd.

³⁸ İBK. 26.05.1954, E. 8, K. 18 (www.kazanci.com).

³⁹ Eren, s. 290; Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altıp, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993; Oğuzman, K. M./Öz, M. T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler,

uzak olarak ifa etmişlerse, bunun iadesini istemek hem iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eder hem de hakkın kötüye kullanılması sayılır. Yine şekil eksikliğine, karşı tarafı aldatarak, onda güven uyandırarak sonuca kasten neden olan kimse daha sonra bu noksanlığı ileri süremez. Burada da hakkın kötüye kullanılması durumu mevcuttur⁴⁰.

Geçersiz sözleşmeye dayanarak yüklenicinin kendisine teslim edilen arsa üzerinde inşaat yapıp bitirmesi ve arsa sahibine ait olması gereken bağımsız bölümleri teslim etmesine karşılık, arsa sahibinin geçersizliği ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Yine şekil şartına uyulmadan yapılan arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesine dayanarak, arsa sahibinin arsanın veya arsa payının yüklenici adına tapuya tesciline karşılık yüklenicinin inşaat yapma borcunu yerine getirmeyerek şekle aykırılığı ileri sürmesi de dürüstlük kuralı nedeni ile kabul edilemez⁴¹.

2- Yeni Görüş

Bu görüşe kendine özgü geçersizlik görüşü adı verilmektedir. Burada geçersizlik taraflar arasında söz konusu olur. Hâkim geçersizliği re'sen göz önünde tutamaz. Burada ifa ile sözleşme geçerlilik kazanır. Bu görüşün benimsenmesinin sebebi mutlak butlan yaptırımının ağır sonuçlarını hafifletmektedir. Şekle aykırılığın sonucu, şeklin konuluş amacından hareket edilerek belirlenmektedir. Şekilde amaç tarafların menfaatine hizmettir. Taraf menfaatinin gerçekleştiği durumlarda şekle aykırılığın önemi ortadan kalkacaktır⁴².

8. Baskı, İstanbul 2010, s. 126 – 127; Kılıçoğlu, A. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2011, s. 141; Antalya, O. G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 350.

⁴⁰ Kartal, İnşaat, s. 57 – 58; Yavuz, s. 491; Kostakoğlu, Eser, s. 929; Kostakoğlu, C., İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 2. Baskı, İstanbul 1995, s. 523; Antalya, s. 351.

⁴¹ Yavuz, s. 491.

⁴² Kanber, K., Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, 1996, S. 7, s. 16; Eren, s. 293; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 143; Antalya, s. 350.

3- Yokluk Görüşü

Bu görüş klasik görüşten ayrılmaktadır. Burada kanunun öngördüğü şekilde yapılmayan sözleşmenin meydana gelmesi mümkün değildir. Sözleşmenin edimlerinin ifa edilmesi ile sözleşme geçerlilik kazanamaz, zira iradeler belirtilen biçimde birleşmemiştir. Böyle bir sözleşme bu nedenle kurulmamıştır, yoktur. Buradan çıkan sonuca göre bu durumda şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez⁴³. Bir görüş⁴⁴ bu fikri TBK. m. 12'deki "hüküm doğuramaz" ifadesini biçim koşulunun kurucu unsuru olarak değil, geçerlilik unsuru olarak kabul ettiği için eleştirmiştir.

Sonuç olarak gerekli şekle uyulmadan yapılan arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi, tarafları bağlamaz ve taraflara diğer tarafı sözleşmeye uyması için zorlama imkânı vermez. Bu nedenle geçersiz sözleşme ile kabul edilen cezai şart vb. ferî yükümlülüklerde geçersizdir⁴⁵.

Hukuk Genel Kurulunun verdiği bir karara göre "Davalının eser meydana getirme borcunu kapsayan sözleşmenin şekle bağlı olmamasına karşılık, davacı arsa sahibinin pay mülkiyetini davalıya devir borcu için, yasalarda öngörülen resmi şekle uygun bir sözleşmenin varlığı zorunlu olmaktadır... Anılan yasa hükümlerinin öngördüğü biçimde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir. Öte yandan, olayımızda sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve borçlar da taraflarca tamamen yerine getirmiş değildir. Hal böyle olunca, MK. m. 2'de ifadesini bulan afaki iyiniyet kuralının bu davada uygulanması ve bu nedenle sözleşmenin geçerli sayılması da düşünülemez. Çünkü bu kural, ancak, sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir.⁴⁶" Bu karar daha sonra aynı Hukuk Genel Kurulunca 17.2.1984 T. ve E. 1983/15 – 359, K. 1984/121 sayılı kararı ile ortadan kaldırılmıştır. Bir görüşe göre bu düşünce kabul edilecek olursa

⁴³ Kartal, İnşaat, s. 60; Eren, s. 294.

⁴⁴ Eren, s. 294.

⁴⁵ Kostakoğlu, Eser, s. 928.

⁴⁶ HGK. 09.06.1982, E. 1979/15–1613, K. 1982/565 (Erman, H., Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1984, C. 50, S. 1 – 4, s. 507).

resmi şekilde yapılmayan sözleşme baştan itibaren geçersiz olduğu için taraflar verdiklerini geri alamayacaklardır. Oysa sürekli bir borç ilişkisi meydana getiren eser sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılması hakkaniyete uygun düşmez. Burada tarafların gerçek iradeleri araştırılmıdır. Bu tür sözleşmelerde yüklenicinin gerçek amacı belirlenen arsa paylarının mülkiyetini üzerine almak değil, bunların satışından elde edilen para olmaktadır⁴⁷.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda “davacı arsa sahibi ile davalı yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesine göre arsasını yükleniciye devretmiştir ve yüklenici inşaatı sözleşme şartlarına göre ilerletmemiş, bunun üzerine arsa sahibi gecikmeden dolayı payına düşen bağımsız bölümlerin kira kaybından doğan zararını talep etmiştir. Taraflar arasındaki sözleşme haricen düzenlenmiştir ve inşaatın % 50’yi aşan kısmı yapılmıştır. Bu nedenle taraflar sözleşmeyi, edimlerini kısmen ve karşılıklı olarak ifa ederek kendileri için geçerli kabul etmişlerdir.... Taraflar için artık bağlayıcı olduğu kabul edilmiş bulunan sözleşmeye göre, davadaki istek hakkında işin esasına girerek bir karar verilmesi gerektiği halde, taraflar arasındaki akdin şekil yönünden geçersizliği ve dava sırasında feshedildiği nedeniyle davanın reddi usul ve kanuna uygun değildir⁴⁸”. Bu karara yönelik yapılan bir eleştiriye göre büyük bir kısmı biten sözleşmenin taraflarca geçersizliği ileri sürülemez mantığının yazılı hukukla ilişkisi bulunmamaktadır. Yüklenicinin sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürmesi ve bu tutumunun TMK. m. 2’ye aykırı olduğu için kararın bozulması hukuk adına benimsenemez⁴⁹.

Yargıtay’ın verdiği çelişkili kararlarından sonra verdiği İçtihadı Birleştirme Kararında “Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilemeyeceği”; “bununla beraber

⁴⁷ Erman, Karar İncelemesi, s. 510 – 517.

⁴⁸ 15. HD. 30.03.1984, E. 679, K. 1109 (Fila/Eraslan, s. 661 – 663).

⁴⁹ Kararın eleştirisi için bkz. Fila/Eraslan, s. 660 – 685.

Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin TMK. m. 2'yi gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceği" şeklinde görüş belirtilmiştir⁵⁰.

V. TARAFLARIN BORÇLARI

A) YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

1- Bağımsız Bölüm Yapma Borcu

Yüklenici, inşaatı, sözleşmede belirtilen biçimde, öngörülen sürede bitirip teslim etmelidir. Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi iş görme sözleşmelerinden olduğu için yüklenici arsa sahibinin yararına iş yapmak ve zarar verici davranışlardan kaçınmak zorundadır⁵¹.

Eser sözleşmesine göre malzeme arsa sahibi tarafından verilmişse yüklenici malzemeyi özenle kullanmak ve hesap vermek zorundadır. Yine arsa sahibi tarafından verilen malzeme veya arsa, inşaatın gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye koyacak biçimde ise, yüklenici bunu arsa sahibine derhal bildirmelidir. Arsa sahibinin yanlış talimat vermesi nedeniyle inşaat istenilen nitelikte ve sürede yapılamıyorsa bu durumda da yüklenici arsa sahibini uyaracaktır; fakat iş sahibi bu talimatında ısrar ederse yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkacaktır⁵². Yüklenicinin özen borcu ise TBK. m. 471'de düzenlenmiştir. Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmektedir.

İşe zamanında başlamamak, işi geciktirmek gibi hallerde arsa sahibi kusursuzsa, işin sözleşmeye aykırı yapılacağı kesinlikle tahmin edilmesinde, işin başkasına yaptırılacağı ihtarını yükleniciye bildirir. Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde yapılacağı kesinlikle tahmin edili-

⁵⁰ İBK. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (www.kazanci.com).

⁵¹ Zevkliler/Gökyayla, s. 476 – 477; İşbora, s. 25; Sütçü, s. 37; Yıldırım, s. 57.

⁵² Kartal, İnşaat, s. 68.

yorsa, yüklenici verilen sürede gerekeni yapmazsa veya sürenin yararsız olduğu durumlarda hiç süre verilmeden sözleşme feshedilerek iş başkasına yaptırılır. Bu durumda TBK. m. 123 ve 125'teki borçlu temerrüdünün feshine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır⁵³.

2- Bağımsız Bölümü Bizzat Yapma Borcu

TBK. m. 471 f. 3'te yüklenicinin inşaatı bizzat veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecbur olduğu belirtilmiştir. Ayrıca işin mahiyetine göre yüklenicinin şahsi yeteneğinin önemi yok ise yüklenici taahhüt ettiği inşaatı başkasına yaptırabilir. Tüzel kişi olan yükleniciler için de bizzat yapma borcu söz konusu olamayacağı için bu borç bir yaptırma borcu olacaktır⁵⁴.

Yüklenicinin işi bizzat yapmayı üstlenmesi, yardımcı kişi kullanmasına engel değildir. İşçi, usta, kalfa gibi yardımcı şahıslar ile arsa sahibi arasında hukuki bir ilişki bulunmadığından, bu kişiler yükleniciye bağlıdır ve ona karşı sorumludurlar⁵⁵.

Bu sözleşmede yüklenici işi bir alt yükleniciye devredebilir. Alt yüklenici eseri yapma borcunun ifasının kısmen veya tamamen kendisine devredildiği bağımsız ve kendi hesabına çalışan bir yardımcı şahıstır. Asıl yüklenicinin alt yükleniciler üzerinde, bağımlı yardımcı şahıslar üzerinde olduğu gibi bir gözetimde bulunma yükümlülüğü yoktur⁵⁶.

İşin yüklenici tarafından bizzat yapılmasında kişisel yetenek aranmıyorsa, işin alt yükleniciye yaptırılmasında arsa sahibinin rızası aranmaz⁵⁷. Zira alt yüklenici, asıl yüklenicinin nam ve hesabına yapmayı üstlendiği kısmi edimlerin yapımından yükleniciye karşı sorumlu olur. Yük-

⁵³ Kartal, İnşaat, s. 70.

⁵⁴ Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 1988, 4. Tıpkı Basımdan 5. Tıpkı Basım, İstanbul 2010, s. 70 vd; Yavuz, s. 446 vd; Zevkliler/Gökyayla, s. 499 vd; İşbora, s. 26; Yıldırım, s. 62 vd.

⁵⁵ Kılıçoğlu, A. M., Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1975, C. 32, s. 185; Karaman, s. 22.

⁵⁶ Geniş bilgi için bkz. Erişen, M., Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara 2005.

⁵⁷ Kılıçoğlu, Eser, s. 195; Kartal, İnşaat, s. 73.

lenici ise, arsa sahibine karşı bütün olarak binanın yapımından ve bağımsız bölümlerin tesliminden sorumludur⁵⁸.

3- Bağımsız Bölümü Teslim Etme Borcu

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde yüklenicinin asıl borcu, sözleşmede öngörülen özellikte inşaatı yapma ve bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmektir⁵⁹.

Teslim borcunun bildirim ile yerine getirildiği durumlarda, arsa sahibinin bina üzerinde fiili egemenliği sağlanmadıkça veya egemenliği engelleyici durumlar ortadan kaldırılmadıkça sadece eserin tamamlandığını bildirme ile ifa sağlamış olmaz. Teslim ve teslim alma birbirinin karşıtı olan biri yüklenici, diğeri arsa sahibi açısından belirlenen borçlardır. Bu bakımdan bu borçlar aynı anda gerçekleşir⁶⁰.

Teslimin yapılacağı tarih, genellikle sözleşmede gösterilir. Teslim tarihi taraflarca yanlış anlaşılmaya ve yoruma yer vermeyecek biçimde ise TBK. m. 117 f. 2'ye göre "Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır." Aksi takdirde süre belirtilmemiş veya objektif ölçülere göre kesinlikle belirtilmesi mümkün olamıyorsa kesin teslim tarihi belli değildir. Bu halde teslim tarihini işin mahiyetine ve tarafların iradesine göre belirlemek gerekir⁶¹.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararına göre yüklenicinin üçüncü kişiye göre adi sözleşme ile sattığı bağımsız bölümle ilgili satışın şekil yönünden geçersiz olmasına karşın, bağımsız bölümün

⁵⁸ Kartal, İnşaat, s. 73.

⁵⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 124 vd; Yavuz, s. 454 vd; Zevkliler/Gökyayla, s. 477 vd; Şahin, s. 106; Karaman, s. 15; İşbora, s. 41; Sütçü, s. 47; Yıldırım, s. 75 vd.

⁶⁰ Kartal, İnşaat, s. 74.

⁶¹ Kartal, İnşaat, s. 75.

teslim edilmiş olması halinde, satışın geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması kabul edilerek satışın teslim ile geçerliliği korunmaktadır. Buradaki teslim satış sırasında olan bir teslim olmayıp, satış yapıldığı zaman henüz bağımsız bölüm tamamlanmış değildir. Teslim bağımsız bölümün bitiminden sonra gerçekleşmekte olup hukuki sonuç o zaman doğacaktır⁶².

Bir görüşe göre arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde inşaat iş sahibinin arazisinde yapıldığı için, teslim fiiline gerek yoktur; aksine yüklenici iş sahibine bildirim yaparak teslim fiilini gerçekleştirmiş olur⁶³.

4- Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Ayıplı eserden amaç, yüklenicinin taahhüt ettiği nitelikte eseri şahsen gerçekleştirememesidir⁶⁴. İnşaatın eksik olan niteliklerine karşın, kararlaştırılan eserle aynı derecede kullanılabilir olması ayıbı ortadan kaldırmaz.

TBK. m. 474'e göre "İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır." Bu maddeye göre ayıba karşı tekeffül için aranan şartlar inşaatın tamamlanarak teslim edilmiş olması ve eserin ayıplı olmasıdır.

Yüklenicinin eseri teslim borcu Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle beraber, TBK. m. 474 f. 1 "eserin tesliminden sonra" ifadesinden bu borcun kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. İnşaat işlerinde teslim, yüklenicinin inşaatın bitiğini iş sahibine bildirdiği ve iş sahibinin de yükleniciye ait olan bu yükümlülüğün onun tarafından yerine getirilmiş olduğuna dair kabul beyanı ile tamamlanacaktır⁶⁵.

⁶² İBK. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (www.kazanci.com).

⁶³ Acar, F., Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, 2013, S. 134, s. 8, dn. 29, www.e-akademi.org.

⁶⁴ Geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Cilt II, s. 160 vd; Zevkliler/Gökyayla, s. 514 vd; Yavuz, s. 456 vd; Karaman, s. 44 vd; İşbora, s. 79 vd; Sütçü, s. 59 vd; Yıldırım, s. 114 vd.

⁶⁵ Turanboy, A., Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

Teslim ancak inşaatın tamamlanmış olması halinde söz konusudur. İnşaatın tamamlanmış sayılabilmesi için, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan inşaat işlerinin bitirilmesi gerekmektedir. Teslim için bir vade kararlaştırılmamış olabilir. Bu halde, yükleniciye inşaata ilişkin borcunu yerine getirebilmesi için uygun bir zaman bırakılmalıdır. İnşaat işlerinde inşaatın teslim borcunun ifa yeri inşaatın bulunduğu yerdir⁶⁶.

TBK. m. 475'e göre eserdeki ayıptan anlaşılması gereken bağımsız bölümün kullanılmayacak veya kabul edilemeyecek durumda olmasıdır. Ayıp bağımsız bölümün sözleşmeye aykırı olarak yapılmasını oluşturur. Bunun tespiti için arsa sahibinin sözleşmenin içeriğine ve iyi niyet kurallarına göre nasıl bir inşaat beklediği esas alınmaktadır⁶⁷.

Taraflar sözleşme ile inşaatta öngörülen nitelikleri belirlemişlerse, kararlaştırılan bu nitelikleri taşımayan bağımsız bölüm de ayıplı sayılır. İnşaatteki ayıbın kapsam ve derecesinin belirlenmesinde tereddütler varsa TMK. m. 2'de yer alan doğruluk ve dürüstlük kuralı uyarınca yorum yapılarak sonuca varılmalıdır. İnşaatın eksik niteliklerine rağmen kararlaştırılanla aynı derecede kullanılabilir olması onun ayıplı niteliğini ortadan kaldırmayacaktır⁶⁸.

Ayıplar açık ve gizli ayıp olarak ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Açık ayıplar dikkatli bir muayene sonucunda anlaşılabilir ayıplardır. Görülmeyen ancak zaman içinde kullanılmakla ortaya çıkan ayıplar ise gizli ayıplardır. Bu ayıpların ortaya çıkmasıyla birlikte arsa sahibi bu durumu yükleniciye derhal bildirmelidir; aksi halde bağımsız bölümlerdeki ayıplar nedeniyle kendi borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkını kaybeder⁶⁹.

1989 – 1990, C. 41, S. 1 – 4, s. 154; Kanber, K., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, 1997, S. 3, s. 37, 38.

⁶⁶ Kartal, İnşaat, s. 77.

⁶⁷ Turanboy, s. 157; Kostakoğlu, İnşaat, s. 389; Kanber, Sorumluluk, s. 39.

⁶⁸ Kartal, İnşaat, s. 80.

⁶⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 167; Yavuz, s. 456; Zevkliler/Gökyayla, s. 515; Selçuk, R. N., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ödemezik Defi, Kırkkale Barosu Dergisi, 1994/1 – 2, S. 9, s. 15.

Ayrıca zımni kabul gizli ayıpları ve kasten saklanan açık ayıpları kapsamaz. Bağımsız bölümün muayenesinin yapılabilmesi için inşaatın teslim edilmiş olması gerekmektedir. TBK. m. 478'e göre "Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

Önemli ayıplar, bağımsız bölümün kullanılmaya elverişli olmaması ve dürüstlük kuralının gereği olarak da bağımsız bölümün kabulünün arsa sahibinden beklenilemeyeceği ayıplardır. İnşaatı ayıp önemli ise, TBK. m. 475'e göre arsa sahibi sözleşmeyi fesheder ve önemsiz ayıp için de tamir veya ücretin indirimini talep edebilir⁷⁰.

Arsa sahibi açık ayıplı bulunan bağımsız bölümü üçüncü kişiye satmış ise bu anda bulunan ayıplardan yüklenici sorumlu olmamalıdır. Gizli ayıp varsa üçüncü kişi satıcı olan arsa sahibini sorumlu tutacaktır. Arsa sahibi de bu ayıp nedeniyle yükleniciye rücu edebilecektir. Bu durumda satıcının ayıp nedeniyle sorumluluğuna ilişkin TBK. m. 219 ve devamı uygulanabilir⁷¹.

5- İnşaat Ruhsatını ve Oturma İznini Alma Borcu

Yasal olarak inşaatın ruhsatı arsa sahibi tarafından alınır, fakat bu vekâleten yükleniciye devredilebilir. İnşaatın başlaması için ruhsatın alınması gerekmektedir. Bu nedenle ruhsatın alınması yükleniciye bırakıldığında inşaatın yapılmasını engelleyen durumları yüklenicinin arsa sahibine bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde ruhsat alınmadı diye işi sürüncemede bırakmak yüklenicinin sorumluluğunu gerektirir. İmar Kanunu m. 29'a göre sözleşmede bir hüküm bulunmadığı takdirde ruhsat alındıktan 2 yıl sonra inşaat başlanmalıdır⁷².

Yargıtay tarafından verilen bir karara göre "Yüklenici ruhsatsız inşaat başlatabilir, arsa sahibi de yükleniciyi ruhsatsız inşaat başlatamaz."

⁷⁰ Tandoğan, Cilt II, s. 167; Turanboy, s. 162; Kostakoğlu, İnşaat, s. 394 vd.

⁷¹ Geniş bilgi için bkz. Kanber, Sorumluluk, s. 42 vd.

⁷² Kartal, İnşaat, s. 83; Şahin, s. 111; Sütçü, s. 38.

Ruhsatsız yapı belediyece ve valilikçe yıkılır. Arsa sahibi de yıkım davası açabilir. İmar Yasası'nın hükümleri emredici nitelikte olup herkesi bağlar ve mahkemelerce de resen göz önünde tutulur.⁷³ Yargıtay tarafından verilen başka bir karara göre "Tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi olmadığından bu belgeye dayanılarak o arsa üzerinde tarafların ruhsat alıp inşaat yapmaları mümkün değildir."⁷⁴

Oturma izni almak için inşaatın bitmiş olması gerekir. Oturma izni İmar Kanunu m. 30'a göre mal sahibi tarafından alınır, fakat sözleşme ile bu yükleniciye devredilebilir.

6- Kat İrtifakı ve Kat Mülkiyetini Kurma Borcu

Kat irtifakı ve kat mülkiyetinin kurulması yasal olarak taşınmaz malikine aittir (KMK. m. 1 – 14). Bu borç sözleşme ile yükleniciye bırakılmışsa ve vekâlet verilmişse bu takdirde yükleniciye ait olacaktır. Bu borca uymayan yüklenicinin sorumluluğu vekâlete göre değil arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesine göre tespit edilecektir.⁷⁵

7- Vergileri Ödeme Borcu

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesine konu olan kat irtifakına veya kat mülkiyetine bağlanmış binalar, emlak vergisine tabidir (Emlak Vergisi Kanunu m. 8/III). Vergi yükümlüsü tapuda malik olarak görünen kişidir. Yükleniciye arsa payları henüz devredilmediğinden vergi yükümlüsü arsa sahibidir. Ancak sözleşme ile bunun aksi kararlaştırılabilir.⁷⁶

B) ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI

1- Arsayı Teslim Etme Borcu

Ücret eser sözleşmesinin önemli bir unsuru olup, bunun iş sahibi tarafından sözleşmede belirtilen miktar ve biçimde ifası gerekmektedir.⁷⁷ Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde ise arsa sahibinin ücret öde-

⁷³ 15. HD. 04.11.1999, E. 2019, K. 3893 (YKD, 2000, C. 26, S. 5, s. 725).

⁷⁴ 15. HD. 25.05.2000, E. 834, K. 2568 (YKD, 2000, C. 26, S. 11, s. 1726).

⁷⁵ Kartal, İnşaat, s. 84; Şahin, s. 114.

⁷⁶ Kartal, İnşaat, s. 84 – 85.

⁷⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Baygın, C., Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 1999, s. 142 vd.

me yükümlülüğü yoktur. Arsa sahibinin borcu sözleşmede belirtilen arsanın yükleniciye tesliminden ibarettir⁷⁸

Arsa sahibinin temel borcu arsayı yükleniciye teslim etmektir. Arsanın imar plan ve projesine uygun olması gerekir. Bu proje uygun olmayan arsa ile ilgili sözleşmeler geçersizdir. Ayrıca yasal düzenleme gereği yapı ruhsatının alınması arsa sahibine ait bir yükümlülüktür⁷⁹.

Arsa sahibinin henüz inşaata başlamadan arsanın tamamını veya bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarını yükleniciye tapuda devrettiğinde yapı ruhsatı yüklenici tarafından veya müştereken alınacaktır. Arsa sahibi taşınmazı tüm sorunlardan arındırılmış bir şekilde teslim etmelidir. Aksi halde temerrüde düşecektir. Arsa sahibi tarafından yükleniciye teslim edilen arsanın fiili, hukuki bir sorunu ortaya çıktığında bu durumu derhal arsa sahibine bildiren yüklenici TBK. m. 472 f. 3'e göre sorumluluktan kurtulur. Sözleşmede işin tamamlanması için bir süre verilmişse bu süre yapı ruhsatının alındığı tarihte işlemeye başlar. Arsanın imar parseli haline getirilmesi için, geçen sürenin sözleşme süresine eklenmesi gerekir⁸⁰.

İnşaatin ruhsat alınmadan yapımına başlanmış, izin olmadığı için inşaat belediye tarafından mühürlendiğinde arsa sahibi, sözleşmenin feshini isteyemeyeceği gibi tazminat ve cezai şart işleminde de bulunamaz. Bunun nedeni inşaat ruhsatını alma yükümlülüğünün arsa sahibine ait olmasıdır. Sözleşmede, yüklenici yetkili kılınarak inşaatın ruhsatının alınmasından sonra belli bir sürede bitirilmesinin öngörüldüğü hallerde ruhsatın alınacağı tarih kesin olarak belirtilmediği için, yüklenicinin temerrüde düşmesi için TBK. m. 124'e göre ihtar çekilmesi gerekir⁸¹.

2- Arsa Paylarını Devir Borcu

Arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, yüklenicinin işi tamamlayıp, arsa sahibine teslim etmesi ile muacceliyet kazanır (TBK. m. 479 f. 1

⁷⁸ Kartal, İnşaat, s. 105.

⁷⁹ Karaman, s. 26; İşbora, s. 112.

⁸⁰ Kartal, İnşaat, s. 106, 107.

⁸¹ Kartal, İnşaat, s. 107.

ve m. 97). Yargıtay tarafından verilen bir karara göre “Yüklenicinin sözleşme uyarınca kendisine isabet eden bağımsız bölümlerin adına tescilini isteyebilmesi için, imar mevzuatına ve sözleşmeye uygun bir şekilde binayı tamamlaması gerekir.”^{82,}

Uygulamada yüklenicinin borcunu tamamıyla ifa etmeden önce arsa sahibinin borcunu yerine getirdiği görülmektedir. Bu borç sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan yükleniciye düşecek bağımsız bölümlere özgülenmiş arsa paylarının devrinden ibarettir⁸³.

VI. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ VE BUNUN SONUÇLARI

A) YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

Yüklenici, sözleşme konusu olan inşaatı belirlenen sürede ve kapsamda ifa edememesi durumunda temerrüde düşer. Şayet böyle bir süre tayin edilmemişse arsa sahibinin ihtarı ile yüklenici temerrüde düşer. Bunun için de edimin ifa gününün gelmiş olması gerekir. Buna karşın yüklenici borcunu ifa etmiyorsa, arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi için yükleniciye ek bir süre vermesi gerekir⁸⁴.

Verilen veya tayin edilen süre yetersiz olsa bile verildiği andan itibaren işlemeye başlar. Ek süre tayini herhangi bir şekle tabi değildir. Bu sürenin tayini mahkeme aracılığı ile de yapılabilir. Bu takdirde yetkili hâkimden karar alınmalıdır⁸⁵.

Ek süre tayini, hukuki işlem benzeri olduğu için arsa sahibi, yükleniciye edimini ifa etmesinin sonuçlarını bildirmek zorunda değildir⁸⁶. TBK. m. 125 ek süre sonunda borcu ifa etmemenin sonuçlarını belirtmiştir.

Arsa sahibi süre tayinine gerek varken bu süreyi vermez veya verilen süre dolunca sözleşmeyi feshettiğini geç bildirirse TBK. m. 125’te

⁸² 15.HD. 20.04.2000, E. 1999/501,2 K. 2000/1923 (YKD, 2000, C. 26, S. 10, s. 1563).

⁸³ Kartal, İnşaat, s. 109.

⁸⁴ Kostakoğlu, İnşaat, s. 327. Geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 130 vd; Zevkililer/Gökyayla, s. 484 vd; İşbora, s. 43 vd; Sütçü, s. 112 vd; Yıldırım, s. 82 vd.

⁸⁵ Eren, s. 1111.

⁸⁶ Eren, s. 1112.

belirtilen haklardan vazgeçtiği sonucuna varılmalıdır. Bu durumda arsa sahibi TBK. m. 475 gereği yüklenicinin tüm zararını karşılayarak sözleşmeyi feshedebilir. Yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra ek sürenin geçmesine, ek süre verilmesine gerek bulunmayan hallerde, arsa sahibi seçimlik haklarını makul bir süre içerisinde kullanmazsa yüklenicinin sorumluluğu ağırlaşmaktadır. Arsa sahibinin kusurlu hareketinden dolayı zarar arttığı için zararın tamamına veya cezai şarta hükmedilmeyecektir. Bu takdirde tazminatın hesabı yapılırken, ek sürenin bitiminden itibaren normal bir bekleme süresi eksik işlerin yapılması gereken süre de eklenecek gecikmemiş ifa tarihi saptanarak, temerrüt tarihi bu süre arasındaki gecikmeden dolayı meydana gelen zarar miktar olarak kabul edilmelidir. Süre tayinini yüklenici tespit edebilir. Bu durum TBK. m. 123'teki aynen ifa için geçerlidir⁸⁷.

İçtihadı Birleştirme Kararına göre kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuru ile teslim gününde yapıyı bitiremeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeyi feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak TBK. m. 123 – 125 hükümleri uyarınca çözümlenmesi gerektiği; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK. m. 2 hükmü gösterilerek sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğuracaktır⁸⁸. Yargıtay'ın bu kararına göre inşaat sözleşmeleri “geçici-sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır. BK. m. 106 – 108 (Yeni TBK. m. 123 – 125) ise ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Bu karar bazı açılardan eleştirmiştir. Yüklenicinin edimi açısından eser sözleşmesi hükümlerine tabi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin teslim günü geçmesine rağmen, eseri bitiremeyerek borçlu temerrüdüne düşmesi nedeniyle sözleşmenin arsa sahibi tarafından sona erdirilmesi halinde, eser sözleşmesini düzenleyen maddeler arasında olaya doğrudan uygulanacak bir hüküm bulunmadığından, uyuşmazlığın kural olarak TBK. m. 123 – 125 maddeleri uyarınca çözümlenmesi gerekir. Buna karşılık arsa payı karşılığı in-

⁸⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 485 vd; Kartal, İnşaat, s. 89.

⁸⁸ İBK. 25.01.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 (www.kazanci.com).

şaat sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran karma sözleşmelerdir. Bu nedenle, yüklenicinin teslim günü geçmesine rağmen, eseri bitiremeyerek borçlu temerrüdüne düşmesi nedeniyle sözleşmeye son verilmesi halinde, kural olarak sözleşme ileriye etkili olarak sona erer. Bu sonuç TMK. m. 2'deki dürüstlük kuralının bir gereği olup, TBK. m. 475 f. 3 hükmü ile sağlanır. Ancak eserin kaldırılması yüklenici için ağır bir zararı gerektirmeyen hallerde sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar⁸⁹.

Ek süre tayinine gerek olmayan durumlarda edimin ifası belirlenen süre içersindi yerine getirilmezse artık edimin aynen ifası istenemez. Bu takdirde müsbet veya menfi zarar talep edilebilecektir. Bu konudaki bir düşünceye göre arsa sahibinin ifadan vazgeçtiğini bildirmesinin pratik önemi bulunmamaktadır ve yüklenicinin ifayı reddetmesi durumunda bu durumun bir anlamı kalmayacağından bildirim gerek yoktur. Aksi takdirde arsa sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmediğinden diğer seçimlik haklarını da kaybedecektir⁹⁰. TBK. m. 124'e göre ek süreye gerek olmayan haller şunlardır:

İlk olarak TBK. m. 124 f. 1 b. 1'e göre "Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa" ifadesiyle ek süre tayinine gerek olmayacağı belirtilmiştir. Örneğin yüklenicinin sözleşmeyi hükümsüz saydığını bildirmesi durumunda ek süre tayinine gerek yoktur.

İkinci olarak edimin arsa sahibi açısından faydasız hale gelmesi halinde ek süre tayinine gerek yoktur. Bu durum TBK. m. 124 f. 1 b. 2'ye göre "Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa" hükmüyle belirtilmiştir. Bu faydasız kalma derecesi dürüstlük kuralına gör belirlenir.

Aynen ifanın arsa sahibi açısından önemli açıdan yararsız hale gelmesi yüklenicinin kusuru dışında bir sebebe dayanıyorsa arsa sahibinin

⁸⁹ Erman, H., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü, İstanbul Barosu Dergisi, 1984, C. 50, S. 4 – 6, s. 216.

⁹⁰ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 140.

süre tayin etmesi gerekir, fakat bu durumda arsa sahibi gecikme nedeniyle meydana gelen zararları isteyebilecektir.

Üçüncü olarak edimin ifası için kesin bir tarihin belirlenmiş olması durumunda ek süre tayinine gerek yoktur. TBK. m. 124 f. 1 b. 3 “Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa” hükmü bu durumu düzenlemiştir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflar, ifanın mutlaka belirli bir tarihte yapılmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda sözleşmenin kesin vadeli olduğu kabul edilir. Kesin vadenin kabul edilebilmesi için sadece ifa gününün belirlenmiş olması yetmez. Ayrıca tarafların kararlaştırılan tarihe sıkı sıkıya uyacakları ve sözleşmede gerçekleşmeyen ifanın kabul edilmeyeceğinin de anlaşılması gerekir⁹¹. Bu tür işlemlere “Fixgeschäft” mutlaka belirli bir günde yapılması gereken işlemler denir⁹².

B) YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

1- Aynen İfa ile Birlikte Gecikme Tazminatı

Arsa sahibi temerrüde düşen yükleniciden aynen ifa ve ifanın gecikmesinden dolayı meydana gelen zararı isteyebilir, fakat bunun için arsa sahibi tercihini derhal bildirmelidir. Aksi takdirde aynen ifa + gecikme tazminatını tercih ettiği karine olarak kabul edilmektedir. Aynen ifanın istenebilmesi için yüklenicinin kusuruna gerek yoktur, fakat gecikme tazminatı için kusur aranmaktadır. Aynen ifa + gecikme tazminatının istenebilmesi için arsa sahibinin kendi edimini yerine getirmesi veya getirmeye hazır olduğunu bildirmesi gerekir⁹³.

TBK. m. 119 – 125’e göre arsa sahibi aynen ifa + gecikme tazminatı da isteme hakkına sahiptir. Alacaklı aynen ifadan vazgeçip gecikme tazminatı isteyemez. Gecikme tazminatında yüklenicinin kusursuz oldu-

⁹¹ Kartal, İnşaat, s. 93, 94.

⁹² Von Tuhr, A., Borçlar Hukuku, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983, s. 623.

⁹³ Kartal, İnşaat, s. 100; Eren, s. 1115; Reisoğlu, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul 2011, s. 380 – 381; Oğuzman/Öz, s. 408; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 706; Karaman, s. 39; İşbora, s. 52 vd; Sütçü, s. 114 vd; Yıldırım, s. 93 vd; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 133; Zevkliler/Gökyayla, s. 485.

ğunu kanıtlaması gerekir. Kural; gecikmenin yüklenicinin kusuru ile meydana geldiğidir⁹⁴.

Gecikme tazminatının, ihtarın borçluya tebliğ edildiği tarih esas alınarak tespit edilmesi gerekir. İhtara gerek olmayan hallerde de bu tarih muacceliyet günüdür. Gecikme tazminatının hukuki niteliği müsbet zardır. Bu nedenle tazminatın kapsamı, fiilen uğranılan zararlar yoksun kalınan kârdan ibarettir. Arsa sahibi inşaatın geç tesliminden dolayı yoksun kaldığı borç bedelini, depo giderlerini vb. isteyebilir, fakat manevi tazminat isteyemez⁹⁵.

İnşaatın zamanında bitmemesi ve teslim edilmemesi halinde arsa sahibi ve yüklenici cezai şartın ödenmemesi üzerinde anlaşılabilir (TBK. m. 179). Bu ifaya eklenen cezai şart niteliğindedir. Burada yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda aksi kararlaştırılmadıkça yüklenicinin kusuru tespit edilse bile hem cezai şart hem de yoksun kalınan kira tazminatı bir arada istenemez. TBK. m. 180 f. 2'ye göre arsa sahibi, şart olunan ceza miktarını aşan zararını ancak yüklenicinin kusurunu kanıtlamasıyla isteyebilir⁹⁶.

Yargıtay'ın verdiği bir karar göre "Ek süre sonunda inşaatın ikmal edilmemesi halinde yaptığı tüm işlemlerden dolayı yüklenicinin herhangi bir hak talep edemeyeceği şeklinde kararlaştırılan ceza, yüklenicinin mahvına neden olacak şiddette olup BK. m. 20'de (Yeni TBK. m. 27) belirtilen genel ahlaka aykırı ve batıldır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi arsa payının devrini içerdiğinden tek taraflı feshedilemez, feshe hâkim karar verir. İnşaat seviyesi davadan sonra % 90 seviyesine ulaşmışsa geriye etkili fesih kararı verilemez."⁹⁷

⁹⁴ Kartal, İnşaat, s. 100.

⁹⁵ Tandoğan, Borçlar, Cilt II, s. 134; Kartal, İnşaat, s. 101.

⁹⁶ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 135; Kartal, İnşaat, s. 102; Kostakoğlu, İnşaat, s. 474 vd.

⁹⁷ 15. HD. 10.06.1999, E. 1658, K. 2437 (YKD, 2000, C. 26, S. 3, s. 404). HGK. 02.04.2014, E. 2013/15-743, K. 2014/443 "Görüşmeler sırasında; davalı/karşı davacıların arsa maliki olarak dava açmadıkları, arsa malikleri ile gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapan ve bu şirkete devredilen hisseleri kendi üzerlerine intikal ettirecek eldeki davayı açtıkları; kaldı ki bu hisselerin sözleşme gereği davacı koopes-

2- İfadan Vazgeçip Müsbet Zararın Tazmini

Arsa sahibi aynen ifadan vazgeçip müsbet zararın tazminini isteyebilir. Bu durumda arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşme ilişkisi devam etmektedir, fakat sözleşmenin konusu değişmektedir. Arsa sahibi müsbet zararını istediğinde karşılıklı edimini yerine getirmekten de kurtulmuş olacaktır. Tazminat miktarında, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçtiği tarih, bu beyana gerek olmayan hallerde temerrüdün gerçekleştiği gündür. Müsbet zarar sözleşme ifa edilseydi uğranılmayacak olan zarardır. Bu zarar kar mahrumiyetini de içine alır⁹⁸.

3- Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini

Sözleşmeden dönme, edimin ifası alacaklı için faydasız bir durum almış veya tazminat istemesi halinde bunu yerine getirip getirmeyeceği şüpheli hale gelmiş bir borçluya karşı alacaklıyı koruma amacı taşır. Sözleşmeden dönmenin amacı, sözleşme yapılmamış olsaydı alacaklı hangi ekonomik durumda bulunacaksa o durumu sağlamaktır⁹⁹.

ratife devrinin gerektiği ve iş bu hisselerin devri için kooperatif tarafından açılan davanın kabulü ile söz konusu hisselerin kooperatif adına tesciline karar verilmesi karşısında, davalı/karşı davacıların gecikme tazminatı talep edemeyeceklerinden bahisle aynı hususa işaret eden yerel mahkeme kararının onanması gerektiği ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca kabul görmemiştir.” (UYAP) HGK. 15.01.2014, E. 2013/15-483, K. 2014/11. “Somut olayda, taraflar arasındaki eser sözleşmenin bitimi ve işin teslimi belirli süreye bağlandığına göre; bu sürenin dolmasıyla, davalı yüklenicinin, borcunu yerine getirmede direndiği ve bu olgusunun hukuksal sonuçlar doğurduğu kabul edilmelidir. Davacı arsa sahibi sözleşme konusu edimin kararlaştırılan tarihte ifa edilmemesi nedeniyle akdi feshetmek zorunda olmadığı gibi akdin ifasını da talep edebilir. Diğer taraftan Mahkemenin 2009/261 esas sayılı dosyasında açılan dava sonucunda verilen kararda akdin yürürlükte bulunduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle davacı arsa sahibinin 818 sayılı BK'nun 106/II maddesine göre bir yıldan sonraki gecikmeye dayalı zararını isteme hakkı bulunmaktadır.” (UYAP)

⁹⁸ Eren, s. 1116 vd; Reisoğlu, s. 381 – 382; Oğuzman/Öz, s. 408 vd; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 707; Karaman, s. 40; İşbora, s. 63; Sütçü, s. 144 vd; Yıldırım, s. 95 vd; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 138 – 139; Zevkliler/Gökyayla, s. 485.

⁹⁹ Eren, s. 1119 vd; Reisoğlu, s. 382 vd; Oğuzman/Öz, s. 411 vd; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 707 vd; Sütçü, s. 152 vd; Yıldırım, s. 100 vd; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 141 vd; Zevkliler/Gökyayla, s. 486.

TBK. m. 125 f. 3'e göre "Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir."

VII. ARSA KARŞILIĞI KAT YAPIMI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A) İFA

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi kendisinden doğan bütün borçların ifa edilmesiyle sona erer. İfa ile sona eren, taraflar arasındaki borç ilişkisi olmayıp, sözleşmenin konusu olan edimdir. Bu sözleşmede ifanın gerçekleşebilmesi için sözleşmede belirtilen koşulların yerine getirilmesi gerekir¹⁰⁰.

B) İNŞAATIN YOK OLMASI

TBK. m. 483'ün "Eserin yok olması" şeklindeki düzenlemesinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulanması gerektiği düşünülmektedir. İnşaat teslimden önce beklenmedik bir olay sonucu yok olursa, arsa sahibi teslim almada temerrüde düşmezse, yüklenici çalışması ve masrafları için ücret isteyemeyeceğinden hasara kendisi katlanacaktır. Malzemenin hasarına ise kim malzemeleri temin etmişse o katlanacaktır¹⁰¹.

İnşaat, arsa sahibi tarafından verilen malzemenin veya arsanın ayıbından ya da arsa sahibinin verdiği talimat nedeniyle yok olmuşsa yüklenici bu durumu bildirdiği takdirde çalışmanın karşılığını ve diğer giderlerin tazminini, ayrıca arsa sahibinin kusuru varsa tazminat talep edebilir¹⁰².

Arsa payları önceden yükleniciye devredilmişse konusu kalmadığından, sebepsiz kalan paylar tapu iptali ve tescili yoluyla arsa sahibine

¹⁰⁰ Yıldırım, s. 200.

¹⁰¹ Yavuz, s. 495; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 316 – 317; Zevkliler/Gökyayla, s. 572.

¹⁰² Yavuz, s. 496; Kartal, İnşaat, s. 128 vd; Yıldırım, s. 210 vd.

devredilecektir. Şayet yüklenici adına herhangi bir devir yapılmamışsa, yüklenici yaptığı iş için herhangi bir talepte bulunamaz¹⁰³.

C) ARSA SAHİBİNİN TAM TAZMİNAT KARŞILIĞI SÖZLEŞMEYİ FESHETMESİ

TBK. m. 484'ün eser sözleşmesinde tam tazminat karşılığı istenildiği zaman sözleşmeyi feshetme yetkisini arsa sahibine veren düzenlemesi, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde sadece arsa sahibinin belirli bir inşaata ilişkin hak sahibi olmasını değil, yüklenicinin belirli arsa paylarına da hak sahibi olması amaçlandığından, bu sözleşmelere uygulanabilmesi tereddütlere neden olmaktadır. Bir görüşe göre arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde de taraflar arasında güven ilişkisinin mevcut olması arsa sahibinin TBK. m. 484'ten yararlanmasını sağlamaya yeterli olmalıdır¹⁰⁴.

Bu çözüm yolunda arsa sahibi, bağımsız bölümler tamamlanmadığı sürece yüklenicinin o zamana kadar yaptığı çalışmalarının karşılığını ve masraflarını ödemekle yükümlü olacaktır¹⁰⁵. TBK. m. 484'ü uygulamanın koşulları bağımsız bölümlerin tamamlanmamış olması ve fesih beyanıdır.

İnşaat bittikten sonra bu imkândan yararlanılamaz. İnşaatın bitimine yakın bir zamanda arsa sahibinin feshi talep etmesi TMK. m. 2'ye göre değerlendirilmelidir ve bu durumda arsa sahibinin temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Burada yüklenici sadece ücretin verilmesini talep edebilecektir. Sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirildiğinde de bu hüküm uygulanamaz. TBK. m. 484 hükmü henüz inşaata başlanılmadan da uygulanabilir¹⁰⁶.

Arsa sahibinin TBK. m. 484'e göre sözleşmeden dönebilmesi için bunu yükleniciye bildirmelidir. Fesih beyanı niteliği gereği şarta bağlanamaz ve karşı tarafa vardıktan sonra geri alınamaz. Fesih sözleşme hü-

¹⁰³ Kartal, İnşaat, s. 131.

¹⁰⁴ Yavuz, s. 496; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 343; Zevkliler/Gökyayla, s. 566; Yıldırım, s. 217 vd.

¹⁰⁵ Yavuz, s. 496; Kartal, İnşaat, s. 122.

¹⁰⁶ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 344; Kartal, İnşaat, s. 123.

kümelerini ileriye etkili olarak sona erdirir. Arsa sahibi fesih beyanının vardığı ana kadar yapılan kısmi ifayı kabul etmek ve bedelini ödemek zorundadır. Bu bölümde ayıplı bir ifa varsa yapılan kısmın değerinden ayıplı değer indirilmelidir. Arsa sahibi sözleşmeyi feshedince yüklenici de borcundan kurtulur ve kalan kısım için ücret isteme hakkı sona erer. Önceden bu kısmın ücretini almışsa iade etmelidir¹⁰⁷.

Tazminat miktarının hesaplanması ise iki yönetime göre olabilir. Kesinti yöntemine göre TBK. m. 408'e göre inşaatın bedelinden yüklenicinin işi tamamlamasından dolayı harcamadığı giderlerin toplamı ve işten alıkonulması nedeniyle boş kalması yüzünden başka iş bularak elde ettiği giderler ve böyle bir iş yapmaktan kasten kaçınarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar toplamı çıkarılarak arsa sahibinin ödeyeceği tazminat bulunur. Toplama yöntemine göre, yüklenicinin fesih anına kadar yaptığı gerçek giderler ile inşaat bitirilmiş olsa idi o işten elde edeceği safi olmayan kar toplanarak tazminat miktarı bulunur. Uygulamada her iki yönetime de rastlanılmaktadır¹⁰⁸.

D) ARSA SAHİBİ TARAFINDA ORTAYA ÇIKAN İMKÂNSIZLIK

TBK. m. 485'e göre yüklenici arsa sahibi tarafında ortaya çıkan beklenmedik bir olay nedeniyle inşaatı tamamlama imkânsızlığına düşerse, yapılan inşaatın karşılığını ve buraya girmeyen giderleri isteyebilecektir. Arsa sahibi kusurlu ise yüklenici bundan başka tazminat da talep edebilecektir. Bu maddenin uygulama alanı çoğunluğun görüşüne göre arsa sahibinin şahsi veya çevresinde meydana gelen olaylar nedeniyle onun kusuru olmadan objektif olarak işin ifası mümkün olmayan hallerde söz konusudur. İmkânsızlık inşaatı başlamadan önce veya sonra olabilir. Burada kanun metninde açıkça belirtilmese bile imkânsız hale gelen bir sözleşmenin devamı beklenemeyeceğinden fesih ihbarına gerek yoktur¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 345; Kartal, İnşaat, s. 124.

¹⁰⁸ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 348; Kartal, İnşaat, s. 127.

¹⁰⁹ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 326 vd; Kartal, İnşaat, s. 122; Zevkliler/Gökyayla, s. 572; Karaman, s. 72.

TBK. m. 485'e göre arsa sahibinin kusuru olmadan ifanın imkânsızlaşması halinde yüklenici o ana kadar yapılan işin değeri ile diğer giderleri isteyebilecektir.

E) SÖZLEŞMENİN KONUSU OLAN İNŞAATA İLİŞKİN İMKÂNSIZLIK

İnşaata ilişkin imkânsızlık ya taşınmazdan kaynaklanır ya da hukuki bir nedenden kaynaklanır. Taşınmazla ilgili imkânsızlığın ortaya çıkması için arsanın fiilen mevcut olması ve sözleşme konusu inşaatın gerçekleştirilmesine uygun bulunması gerekir. Örneğin deprem nedeniyle arsa yok olmuşsa, sözleşme ortadan kalkmaktadır. Bu durumda TBK. m. 485 gereğince sözleşmenin feshi yoluna gidilir.

Hukuki imkânsızlıkta ise arsa fiilen mevcut olmakla beraber üzerinde inşaat yapılmasına imar mevzuatı uygun olmayabilir. Arsanın mülkiyet sorunu da olabilir. Başlangıçta arsa imar mevzuatına uygunken sonradan imar değişikliği yapılarak imara uygun olmayabilir. Bu durumda imkânsızlık nedeniyle sözleşme sona erecektir.

F) YÜKLENİCİNİN ÖLÜMÜ VEYA ACZI

Yüklenicinin kişisel becerileri nazara alınarak sözleşme yapılmışsa, ölümüyle arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi sona erer. Bu sonuç TBK. m. 486'daki eser sözleşmesinden çıkmaktadır. Arsa sahibinin, yüklenicinin kişisel niteliğini göz önünde tuttuğunu açıklamasına gerek yoktur. Arsa sahibinin istediğinin anlaşılması yeterlidir. TBK. m. 486 emredici olduğu için aksine sözleşme yapılmaz. Kişisel nitelik aranmamış ve işin özelliği de gerektirmiyorsa bu durumda arsa sahibinin fesih beyanına ihtiyaç vardır¹¹⁰.

TBK. m. 486'da yüklenicinin kusuru olmadan aciz durumuna düşmesinde, sözleşmenin kişisel nitelikler göz önünde tutularak yapılmasında sona ereceği ifade edilmiştir. Bu aciz nedeniyle imkânsızlık işin bizzat

¹¹⁰ Kartal, İnşaat, s. 115; Kostakoğlu, İnşaat, s. 523; Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 333; Zevkliler/Gökyayla, s. 572; Karaman, s. 70; Sütçü, s. 223; Yıldırım, s. 214; Özyörük, S., İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1988, s. 36.

yapılmasına veya yönetim altında yaptırılmasına ilişkin olabilir¹¹¹. Yüklenicinin kusuru varsa sözleşme yine sona erer, fakat bu durumda yüklenici TBK. m. 112'ye göre tazminat ödemekle yükümlü olur. Yüklenicinin bu aciz duruma düşmesi devamlı nitelikte olmalıdır.

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi ortadan kalkınca yan yükümlülüklerde sona ermektedir. Ayrıca arsa sahibinin eserin tamamlanan kısmını kabul etme ve bedelini ödeme borcu bulunmaktadır. Yüklenicinin kusursuz olmasına karşın sözleşmenin ifası imkânsız ise eserin tamamına göre hangi orandaki kısım yapılmışsa ücret de o oranda ödenmelidir. Ücretin aynen ödenmesi hukuk ve adalet kurallarına uygun düşmektedir¹¹².

G) FESHİ İHBAR YOLUYLA SONA ERME

1- Öngörülemeyen Haller Dolayısıyla Fesih

TBK. m. 480'e göre "Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez (f. 1). Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir (f. 2). Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür (f. 3)."¹¹³ TBK. m. 480 f. 2'ye göre öngörülemeyen haller dolayısıyla feshin şartları şunlardır:

İlk olarak beklenilemeyen ve öngörülemeyen bir halin bulunması gerekmektedir. Bağımsız bölümün ifası halinde yüklenicinin zarara uğramasına neden olan olayın meydana geleceği önceden tahmin edilmemeli-

¹¹¹ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 334; Zevkliler/Gökyayla, s. 572; Sütçü, s. 224; Yıldırım, s. 216; Özyörük, s. 37.

¹¹² Kartal, İnşaat, s. 118.

¹¹³ Geniş bilgi için bkz. Yıldırım, s. 221 vd.

dir. Olayın olacağı önceden mümkün görülüyorsa ve buna rağmen sözleşme yapılmışsa bu durumda yüklenici borcunu ifa etmek durumunda¹¹⁴. Yer sarsıntısı, su basması beklenilmeyen hallerde örnek gösterilebilir.

İnşaatın ifası için olağanüstü bir durumun ortaya çıkması yeterli değildir. Ayrıca bu olayın taraflarca öngörülmemiş veya öngörülemez nitelikte olması gerekir. Önceden öngörülemeyen fakat mücbir sebep olmayan olaylar da TBK. m. 480 f. 2'ye girebilir. Tarafların öngördükleri, ancak gerçekleşmesi tahmin edilmeyen olayın meydana gelmesinde de TBK. m. 480 f. 2 uygulanır.

Öngörülemeyen haller nedeniyle fesihte ikinci aranan şart beklenilemeyen ve öngörülemeyen olayın inşaatın yapılmasını güçleştirmesidir. Hâkim her olayın niteliğine göre işin güçleşmesi sonucu artan masrafların rizikosunun yükleniciye ait olup olmayacağını iyiniyet kurallarına göre takdir eder¹¹⁵. Bu rizikonun aşırı olması gerekmektedir. Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde götürü ücret arsa sahibinin yükleniciye devre-deceği arsa paylarıdır.

Bu fesihte aranan üçüncü şart ise arsa sahibi ve yüklenicinin kusurunun olmamasıdır. İfa güçlüğü, taraflardan birinin ihmali ve tedbirsizliği sonucu meydana gelmemiş olmalıdır. Yüklenici olağanüstü halin ortaya çıkması üzerine, durumu gecikmeksizin arsa sahibine bildirmek zorundadır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmese TBK. m. 480 f. 2'ye dayanamaz¹¹⁶.

TBK. m. 480 f. 2'de belirtilen ücretin artırılmasına veya sözleşmenin feshine hâkim karar vermelidir. Yüklenicinin tek taraflı irade beyanının hukuki sonuç doğurması için hâkim kararı zorunludur. Koşullar feshi gerektirmiyorsa bu durumda hâkim ücretin artırılması yoluyla soruna çözüm bulacaktır. Hâkimin bu kararı açıklayıcı niteliktedir. Feshe işin başında iken karar verilmelidir, fakat inşaatın yapımı çok ilerlemiş ise ve

¹¹⁴ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 239; Yıldırım, s. 222 vd.

¹¹⁵ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 244; Kartal, İnşaat, s. 135; Yıldırım, s. 224.

¹¹⁶ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 246; Kartal, İnşaat, s. 135; Yıldırım, s. 225.

sadece ücrette anlaşlamıyorsa bu durumda ücretin artırılması yoluna gidilmelidir. TBK. m. 480 f. 2'ye göre yüklenici buradaki haklarından önceden vazgeçebilir. Bu vazgeçme hakkı yüklenicinin yararı için düzenlenmiştir¹¹⁷.

2- Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Fesih

Yüklenici, sözleşmede belirtilen zamanda işe başlamaz veya işi geciktirir veya işin belirlenen zamanda bitirilmesinin olanaksız olduğu görüldüğü takdirde arsa sahibi, sözleşmedeki zamanı beklemezsizin TBK. m. 473 f. 1'e göre sözleşmeyi feshedebilir¹¹⁸.

İşe başlama zamanı sözleşmede belirlenmemiş veya işin niteliğinden anlaşlamıyorsa sözleşmenin kurulmasıyla derhal işe başlanması gerekir. Yüklenici işe başlamayı veya işe devamı reddederse TBK. m. 473 f. 2'deki şartlar gerçekleşmeden arsa sahibi uygun bir süre tanıyarak sözleşmeyi fesheder. Eğer ihtara uyulmazsa arsa sahibi TBK. m. 123 ve m. 125'teki seçimlik haklarını kullanır¹¹⁹.

Gecikmeden dolayı arsa sahibini sorumlu tutmak için ise gecikmenin onun riziko alanı içinde doğması ve yüklenicinin zamanında durumu arsa sahibine ihtar etmesi gerekir. Arsa sahibi inşaatın sözleşmeye uygun surette yapılması için yükleniciye uygun bir süre tanımalıdır. Aksi takdirde TBK. m. 113 ve m. 473 f. 2'ye göre işi üçüncü bir kişiye yaptıracağını bildirmelidir. Yüklenicinin kişisel niteliklerinin önem taşıdığı hallerde ve zamanında tamamlanmasının olanaksız olduğu durumlarda inşaatın üçüncü kişiye yaptırılması yoluna gidilemez¹²⁰.

Arsa sahibi temerrüde düşen yükleniciye karşı aynen ifa için süre tanımalı veya aynen ifadan vazgeçip tazminat talep etmeli veya sözleşmeyi feshetmelidir. Tazminat talebi veya sözleşmeyi feshetmeyi yükleniciye derhal bildirmelidir.

¹¹⁷ Kartal, İnşaat, s. 139.

¹¹⁸ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 112 – 113; Kartal, İnşaat, s. 141; Karaman, s. 77.

¹¹⁹ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 114.

¹²⁰ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 116; Kartal, İnşaat, s. 143.

Yargıtay'ın verdiği bir karar göre “Taraflar arasındaki eser sözleşmesinin niteliği ve özelliğinden dolayı davalı yüklenicinin temerrüde düşmesi, davacı arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi için yeterli görülmez. Taraflar arasındaki sözleşme, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesidir..... Davacı sözleşmeyi feshettiği tarihte, yüklenici inşaatın bütünü itibariyle % 75’ini ve davacıya kalan daireler yönünden % 85’ini tamamlamıştır. Böyle bir durumda sözleşmenin, BK. m. 106 – 108 (Yeni TBK. m. 123 – 125) maddeleri çerçevesinde geçmişi kapsar şekilde feshi yerine BK. m. 360 f. 2 ve f. 3’ü (Yeni TBK. m. 475 f. 1 b. 2, b. 3 ve f. 3) kıyas yoluyla uygulamak ve noksan kalan işin de geri nispetinde eser karşılığı olan arsa payını indirmek, hem yasal hem de daha hakkaniyetli olur.¹²¹” Bir görüşe göre TBK. m. 475’in olaya örnekseme yoluyla uygulanabilmesi için, her şeyden önce o olayla ilgili yasal bir düzenlemenin mevcut olması gerekir. Borçlar Kanunu teslim borcunun belirlenen zamanda yerine getirilmemesi için özel bir hüküm düzenlememiş, çözümü genel hükümlere bırakmıştır. Bu durumda borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK. m. 123, m. 125 hükmü uygulanmalıdır¹²².

3- İnşaatın Ayıplı Olması Nedeniyle Fesih

Yüklenicinin, inşaatın ayıplı olmasından dolayı sorumlu olmasının en önemli koşulu eserin teslim edilmesidir. Eser teslim edilmedikçe, ayıpları muayene ve ihbar külfeti doğmaz¹²³.

Arsa sahibi inşaatı teslim aldıktan sonra gözden geçirme görevini, imkân bulur bulmaz yapmalı ve bozuklukları yükleniciye bildirmelidir. Aksi takdirde yüklenici sorumluluklarından kurtulur (TBK. m. 477/II) fakat gizli bozukluklar veya yüklenicinin kasten sakladığı bozukluklar için

¹²¹ HGK. 6.10.1982, E. 15–356, K. 817 (www.kazanci.com).

¹²² Tandoğan, H., Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Brakan ve Temerrüde Düşen Müteahhide Karşı Geriye Etkili Fesih Hakkının Kullanılabileceği Hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Yeni İçtihadı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1982, C. 11, S. 3, s. 114 vd.

¹²³ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 169 vd; Yavuz, s. 459 vd.

bu kural uygulanmaz¹²⁴. TBK. m. 474 hükmü tamamlayıcı nitelikte olduğu için aksi kararlaştırılabilir.

H) FESİH

Fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini ileriye yönelik olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Feshin geçerli bir hukuki sonuç doğurması için karşı tarafın kabulü aranmamaktadır. Fesih aynı zamanda bir tasarruf işlemidir.

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde fesih hakkının kullanılabilmesi için şu iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: İlk olarak yüklenici temerrüde düşmüş olacaktır. İkinci olarak ise arsa sahibinin, yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine makul bir süre içinde ifa istemediğini, sözleşmeyi feshettiğini yükleniciye bildirmesi gerekir. Fesih halinde yerine getirilmiş edimler istenemez, fakat yerine getirilmemiş edimler de sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiği için artık istenemeyecektir¹²⁵.

Bir görüşe göre geleneksel dönme kuramı gereği fesih beyanı sözleşmeyi ve ondan doğan ilişkiyi geriye etkili olarak ortadan kaldırır. Fesih anına kadar ifa edilen edimlerin geri istenmesi talebi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenir. Yüklenicinin sözleşmeye aykırı ve kusurlu olarak işi geciktirmesi veya kesin olarak yarıda bırakması yüzünden eser sözleşmesinin arsa sahibi tarafından TBK. m. 473 f. 1'e göre feshi, geriye etkili bir dönme niteliği taşır. Eser sözleşmesi arsa payı karşılığı inşaat yapılmasına ilişkin olsa bile, yine TBK. m. 473 f. 1'deki geriye etkili dönme hakkı kullanılabilir. Bu takdirde, yüklenici yaptığı edimlerini ancak arsa sahibinin sebepsiz zenginleşmesi veya yeni dönme kuramına göre bu edimlerin objektif değeri oranında geri alabilir. Yüklenici işin tamamlanması halinde elde edeceği kardan inşaatın yapılan kısmıyla orantılı bir bölümün kendisine verilmesini isteyememelidir. Yüklenici ediminin ve giderlerinin karşılığını da aynen değil nakden alabilmelidir¹²⁶.

¹²⁴ Kartal, İnşaat, s. 146; Karaman, s. 78.

¹²⁵ Tandoğan, Borçlar Cilt II, s. 138 vd; Cura, A., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklar, Bursa Barosu Dergisi, 1989/35, s. 40; Kostakoğlu, İnşaat, s. 528.

¹²⁶ Daha geniş bilgi için bkz. Tandoğan, H., Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde arsa sahibi yükleniciye bedel olarak arsa payını devretmeyi vaadeder. Fesih halinde fesih iradesinin açıklandığı gün eserin tamamlanma oranına isabet eden arsa payını arsa sahibi yükleniciye devretmekle yükümlü olacaktır. Sözleşmenin şerhi halinde, yükleniciye verilmesi gereken arsa payına isabet eden bağımsız bölümün üçüncü bir şahsa arsa sahibince devri halinde, bağımsız bölümün üçüncü şahıstan alınarak yükleniciye verilmesi gerekir. Ancak arsa sahibinin yükleniciye verebileceği aynı arsa üzerinde başka paylar varsa, sözleşmenin şerhine rağmen üçüncü şahıstan bağımsız bölümü almak yerine, arsa sahibinden payın devredilmesinin tercih edilmesi isabetli yol olacaktır¹²⁷.

Yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşmenin geçersiz olması ya da daha sonra feshedilmesi durumunda yüklenici ya da arsa sahibi haksız yapı kurallarına dayanabilir¹²⁸.

Üzerinde Görüşler, Banka ve Ticaret Enstitüsü Dergisi, 1981, C. 2, S. 1, s. 1 vd. Ayrıca dönmenin yükleniciden ev alan üçüncü kişiler üzerindeki etkisi için bkz. Darende, s. 1 vd; Yaşar, s. 299.

¹²⁷ Geniş bilgi için Sarı, S., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2006, C. 64, S. 2, s. 273 vd.

¹²⁸ Yücel, Ö., Yargıtay Kararları Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 62, s. 545 – 546.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen, ani edimli çifte tipli bir karma sözleşmedir. Bu sözleşme uygulamada arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi ve yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt etmesi, arsanın tamamen yükleniciye devri, belli arsa paylarının yükleniciye devri ve arsa paylarının inşattaki aşamaya göre devri şekillerinde karşımıza çıkar. En sık karşılaşılan yöntem ise arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi ve yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt etmesidir. Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmediği için Kanun'un eser sözleşmesine yönelik hükümleri kıyas yoluyla uygulanacaktır.

Sözleşmenin konusu taşımaz olduğu için, payların devri taahhüdünü içeren sözleşmenin TMK. m. 706, TBK. m. 237, Tapu K. m. 26 ve Noterlik K. m. 60 ve m. 89'a göre düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Bu şekil şartına uyulmadığında sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Fakat taraflar edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmişlerse, bunun iadesini istemek hem iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eder hem de hakkın kötüye kullanılması sayılır. Yine şekil eksikliğine, karşı tarafı aldatarak, neden olan kimse şekil eksikliğini ileri süremez. Burada da hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- ACAR, Faruk: Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, 2013, s. 134, s. 1 – 24, www.e-akademi.org.
- ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.
- ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2010.
- AYAZLI, Pervin: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1987, C. 2, S. 1, s. 43 – 51.
- BAYGIN, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 1999.
- CURA, Aykut: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklar, Bursa Barosu Dergisi, 1989/35, s. 37 – 44.
- DARENDE, İhsan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerindeki Etkisi, s. 1 – 11, www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/10.pdf.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2012.
- ERMAN, Hasan: Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1984, C. 50, S. 1 – 4, s. 505 – 517(Erman, Karar İncelemesi).
- ERMAN, Hasan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhedin Temerrüdü, İstanbul Barosu Dergisi, 1984, C. 50, S. 4 – 6, s. 209 – 219 (Erman, Temerrüt).
- FİLA, Hürrem/
ERASLAN, Eyüp: Bir Yargıtay Kararı ve Eleştirisi, İstanbul Barosu Dergisi, 1985, C. 59, s. 661 – 685.

- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul 2008 (Gümüş, Cilt 1).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 1. Baskı, İstanbul 2008 (Gümüş, Cilt 2).
- İŞBORA, Tuba: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ilt., Antalya 2009.
- KANBER, Kemal: Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, 1996, S. 7, s. 14 – 17 (Kanber, Şekil).
- KANBER, Kemal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, 1997, S. 3, s. 36 – 47 (Kanber, Sorumluluk).
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt IV, İstanbul 1992.
- KARAMAN, Şeyma: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ilt., Ankara 2009.
- KARTAL, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993 (Kartal, İnşaat).
- KARTAL, Bilal: Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (I – II – III), Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, S. 1 – 2, s. 96 – 113; S. 3, s. 329 – 338; S. 4, s. 551 – 568 (Kartal, Arsa Payı).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2011 (Kılıçoğlu, Borçlar).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1975, C. 32, S. 1 – 4, s. 185 – 199 (Kılıçoğlu, Eser).

- KOSTAKOĞLU, Cengiz:İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 2. Baskı, İstanbul 1995 (Kostakoğlu, İnşaat).
- KOSTAKOĞLU, Cengiz: Eser Sözleşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil, Yasa Hukuk Dergisi, 1984, C. 7, S. 7, s. 925 – 932 (Kostakoğlu, Eser).
- KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.
- OĞUZMAN, Kemal M./
- ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2010.
- OKTAY, Saibe: İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1996, C. 55, S. 1 – 2, s. 263 – 296.
- ÖZYÖRÜK, Sezer: İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1988.
- REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul 2011.
- SARI, Suat: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2006, C. 64, S. 2, s. 273 – 300.
- SELÇUK, Rıza Nurettin: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ödemezlik Defi, Kırıkkale Barosu Dergisi, 1994/1 – 2, S. 9, s. 15.
- SÜTÇÜ, Mustafa Nezih:Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, ylt., İstanbul 2010.
- ŞAHİN, Turan: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara 2012.
- TANDOĞAN, Haluk: Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler, Banka ve Ticaret Enstitüsü Dergisi,

- 1981, C. 2, S. 1, s. 1 – 49 (Tandoğan, Orantılı Ücret).
- TANDOĞAN, Haluk: Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan ve Temerrüde Düşen Müteahhide Karşı Geriye Etkili Fesih Hakkının Kullanılabileceği Hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Yeni İçtihadı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1982, C. 11, S. 3, s. 109 – 117 (Tandoğan, Fesih).
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 1988, 5. Tıpkı Basımdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul 2008 (Tandoğan, Borçlar, Cilt I/1).
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 1988, 4. Tıpkı Basımdan 5. Tıpkı Basım, İstanbul 2010 (Tandoğan, Borçlar, Cilt II).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/
AKMAN, Sermet/
BURCUOĞLU, Haluk/
ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TURANBOY, Asuman: Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1989 –1990, C. 41, S. 1 – 4, s. 151 – 189.
- VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukuku, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983.
- YAŞAR, Halis: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcının) Hak ve Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, S. 102, s. 289 – 322.
- YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.

YILDIRIM, Sümeyye Hilal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, ylt., Ankara 2011.

YÜCEL, Özge: Yargıtay Kararları Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 62, s. 539 – 563.

ZEVKLİLER, Aydın/

GÖGKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara 2013.

KISALTMALAR

bkz.	: bakınız
C	: Cilt
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
KMK.	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: madde
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
S	: Sayı
s.	: sayfa
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

RES IN COMMERCIO AND RES EXTRA COMMERCIIUM: REFLECTIONS OF ROMANS JURISTS AND CATEGORIES OF MODERN LAW

Antonino MILAZZO PhD *

Abstract

This research relates to the category of *res in commercio* and *res extra commercium*. It is a division accepted in the manual, but the subject of debate in the literature, which more recently tend to deny its very existence. The workings of the classical jurists instead confirms the presence, already in the age of the Principato, of a distinction within the *res*, in which emerges with a solid foundation the category of *res quarum commercium non est*: it is a stable category in the statements of *iuris periti*, but on which appears the incessant work of interpretation face, not to assert its existence, but to expand the goods on and expand analogy vests the legal effects of the new understanding in it.

Keywords: *res*, *commercium*, *patrimonium*, *res divini iuris*, *res publicae*.

RES IN COMMERCIO VE RES EXTRA COMMERCIIUM: ROMA HUKUKÇULARININ YANSIMALARI VE MODERN HUKUK KATEGORİLERİ

Özet

Bu çalışmanın konusunu *res in commercio* (alışverişe-ticari işlemlere elverişli mallar) ve *res extra commercium* (alışverişe –ticari işlemlere elverişli olmayan mallar) ayrımı oluşturmaktadır. Bu ayrım uygulamada kabul edilmiş, öğretilerde ise son dönemde ağırlıklı olarak

* Contract Professor of Roman Law, University of Bari 'LUM

varlığının reddedilmesi yönünde ilerleyen bir tartışmanın konusu olmuştur. Buna karşılık, klasik hukukçuların çalışmaları, *res* (mallar) bakımından yapılan bu ayrımın daha *Principatus* döneminde bulunduğunu doğrulamaktadır ki; *res quarum commercium non est* (ticari işlemlerin dışında kalan mallar) kategorisi buradan ortaya çıkar. Bu, *iuris periti*' nin (hukuk âlimlerinin) ifadelerinde yer bulan bir kategoridir; ancak sürekli yorumlarda varlığını belirlemek için değil, kapsamındaki malları genişletmek ve aralarındaki benzerliğin yetkilendirdiği yeni anlayışın hukuki etkilerini artırmak için belirir.

Anahtar Kelimeler: *res* (eşya), *commercium* (alışveriş-ticari işlemler), *patrimonium* (malvarlığı), *res divini iuris* (tanrısal-dinsel hukuka tabi mallar), *res publicae* (kamu malları).

1. *Introduction. Open issues and research setting.*

In a recent study Mario Genovese¹ deals with the question of the distinction between *res in commercio* and *res res extra commercium* taking its cue from the words of Giovanni Nicosia, which in its institutional manual² says that 'non ricorre nelle fonti la distinzione, che pure viene tradizionalmente ripetuta, tra c.d. *res in commercio* e c.d. *res extra commercium*. I giuristi romani in riferimento a particolari limitazioni stabilite per certe persone relativamente alla possibilità di acquistare o di alienare certe cose dissero che queste persone *commercium non habebant* di tali *res*, adoperando quindi l'espressione *commercium non habere* (*alicuius rei*) in un senso del tutto diverso, riferito alla particolare situazione soggettiva in cui venivano a trovarsi certe persone relativamente a taluni beni'. The illustrious romanista concludes by saying that 'i giustinianei talora (cfr. I. 2.20.4, nonché D. 18.1.6 pr., testo profondamene rimaneggiato) adoperarono l'espressione *res cuius non est*

¹ M. GENOVESE, *Res e relative qualifiche in rapporto al commercium*, in *Studi per Giovanni Nicosia* 4, (Milano 2007) 87 ss.

² G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di diritto romano* (Catania 1999) 113. See also ID., *Passi scelti dalla Istituzioni di Gaio e di Giustiniano. Con traduzione a fronte e commento* (Catania 1990) 91 s.

commercium, in senso non relativo, bensì assoluto (con palese travisamento della terminologia e dell'impostazione dei classici), in riferimento a *res divini iuris e publicae*'.

The position of Nicosia, then, betrays a clear distrust of the possibility of ascribing to the Roman jurists accomplished classification between *res commercium quarum est* and *res quarum commercium non est*, that distinction is usually synthesized in the binomial *res in commercio/res extra commercium*. The reason for this negative position you would track in the absence of such a breakdown in the *Institutiones* of Gaius, together with the absence of express explication of it in other sources³.

The distinction of which we are concerned is substantially followed in most of the institutional manuals⁴, as well as in the treatises on the

³ Adds G. NICOSIA, *Passi scelti cit.*, 91: 'Anche nelle altre fonti una tale distinzione non è mai esplicitamente posta; tutt'al più essa può forse considerarsi implicita in qualche testo in cui si fa riferimento alle *res quarum commercium non est*, restando in ogni caso escluso che essa abbia assunto, nel pensiero e nella sistematica dei giuristi romani, portata classificatoria'.

⁴ Cfr. CH. MAYNZ, *Cours de droit romain*, 1⁴ (Bruxelles 1876) 436; P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, publ. P. R. Monier (Paris 1927) 413 s.; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II (Berlin 1928) 61; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* 1 (Roma 1928, rist. Milano 2002) 591 ss.; E. BETTI, *Diritto romano*, 1 (Padova 1935) 692 s.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, 1 (Padova 1942) 356; G. LA PIRA, *Istituzioni di diritto romano* (Firenze 1939) 196 s.; G. LONGO, *Manuale elementare di diritto romano* (Torino 1939) 163; S. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1946) 200; ID., *Manuale elementare di diritto romano* (Torino 1954) 114; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1⁶ (Paris 1947, rist. Aalen 1970) 343; E. SEIDI, *Römisches Privatrecht* (Köln-Berlin-Bonn-München 1963) 55; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano* (Roma 1961) 273; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1² (München 1971) 377; A. CARCATERRA, *Lezioni istituzionali di diritto romano* (Bari 1972) 148 s.; P. FUENTESECA, *Derecho privado romano* (Madrid 1978) 100 s.; M. J. GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano*² (Madrid 1982) 55; P. JÖRS – W. KUNKEL – L. WENGER, *Römisches Recht*¹ (Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo 1987) 83; F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*² (Milano 1988) 261; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) 380; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³ (Torino 1991) 427; J. MIQUEL, *Derecho privado romano* (Madrid 1992) 84; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴ (Torino 1993) 169 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*² (Palermo 1994) 291; S. CASTAN PEREZ-GÓMEZ, *Regimen juridico de las concesiones administrativas en el derecho romano* (Madrid 1996) 27 s.; A.

subject of the *res*⁵ and doctrine which also dealt with the theme of *commercium*⁶.

As it is easy to note the passing literature that has dealt with our theme, the opposition *res in commercio/res extra commercium*, often placed in relation to the opposition, sometimes considered identifiable⁷,

EX D'ORS, *Derecho privado romano*⁹ (Pamplona 1997) 131 e nt. 3; H. HAUSMANINGER-W. SELB, *Römisches Privatrecht*⁸ (Wien-Köln-Weimar 1997) 180; P. APATHY-G. KLINGENBERG-H. STIEGLER, *Einführung in das römische Recht*² (Wien-Köln-Weimar 1998) 75; TH. MAYER MALY, *Römisches Recht*² (Wien-New York 1999) 53; G. FRANCIOSI, *Corso di istituzioni di diritto romano*³ (Torino 2001) 470 e nt. 51; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² (Napoli 2001) 323; C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰ (curr. A. CORBINO – A. METRO) (Soveria Mannelli 2002) 71; G. SCHERILLO-F. GNOLI, *Diritto romano. Lezioni istituzionali* (Milano 2003) 136 ss.; A. D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*³ (Torino 2003) 113; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁶ (Milano 2004) 111; D. DALLA – R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*³ (Torino 2006) 219 s.; A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti fondamentali discipline*² (Padova 2012) 377 s.; adde M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae* (Torino 1999) 19 e nt. 39.

⁵ See P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, 2.1. La proprietà* (Roma 1926) 3 ss.; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 1 (Roma 1933) 11 ss.; G. GROSSO, *Le cose* (corso di diritto romano) (Torino 1941) 3 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose. 1. Concetto di cosa – cose extra patrimonium* (Milano 1945) 1 ss.; G. ASTUTI, s.v. cosa (storia), in ED. 11 (Milano 1962) 3 ss.; Y. THOMAS, *Res, chose et patrimoine* (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain), in Arch. Phil. Droit 25 (1980) 413 ss.; M. BRETONI, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura* (Bari-Roma 1998) 43 ss.

⁶ See TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* 3 (Leipzig 1888) 628 ss.; R. LEONHARD, *Commercium*, in PWEW. 4.1 (Stuttgart 1900) 768 s.; G. HUMBERT, *Commercium*, in DS. 1.2 (Paris 1918) 1407 s.; P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain* (Paris 1929) 8 ss.; G. SAUTEL, *La notion romaine de "commercium" à l'époque ancienne*, in *Varia. Études de droit romain I* (Paris 1952) 4 ss.; M. KASER, *Von Begriff des "commercium"* in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 2 (Napoli 1953) 131 ss.; G. SCIACCA, *Commercium*, in NNDI. 3 (Torino 1959) 621 s.; E. POLAY, *Die Zeichen der Wechsehwirkungen zwischen dem römischen Reichsrecht und dem Peregrinenrecht im Urkundenmaterial der siebenbürgischen Wachstafeln*, in ZSS. 79 (1962) 59 ss.; A. GUARINO, "Commercium" e "ius commercii", in *Le origini Quiritarie. Raccolta di scritti romanistici* (Napoli 1980) 266 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, "Ius commercii", "conubium", "civitas sine suffragio". *Le origini del diritto internazionale privato e la romanizzazione delle comunità latino-campane*, in *Le strade del potere* (cur. A. CORBINO) (Catania 1994) 19 ss. e ntt. 34-36; P. CERAMI – A. DI PORTO – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano* (Torino 2004) 15 e nt. 20.

⁷ See in the sense of assimilation say, even just a trend, the two major classifications, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni cit.*, 169, where the scholar says: 'Ma a capo della

*res in nostro patrimonio/res extra nostrum patrimonium*⁸, is in substance considered attributable to the already classic jurisprudence, but often understood with reference to sources in the field, without which there has been a particular effort to track down the foundations for a reconstruction of the complex relationship between the *res* and *commercium*.

As already observed a century ago Bonfante⁹, with the distinction *res in commercio e res extra commercium* 'si indica il lato dinamico della suscettibilità o insuscettibilità di rapporti giuridici, con la seconda [*res in patrimonio e res extra patrimonium*] l'aspetto per così dire statico'. More strenuous advocacy, it is recognized¹⁰ as the *res in commercio* indicate things capable of being the subject of private legal relations, especially relations of exchange, where the *res extra commercium* (also called *res quarum commercium not est*) would be devoid of such suitability.

Generally, the distinction in question is deemed to have the value of real classification by the vast majority of the doctrine¹¹, which tends to be reserved to it autonomous space in the larger partitions on the subject of 'things', freeing it from nearby classification of *res in nostro patrimonio* and *res extra nostrum patrimonium* which, as noted, alludes to the current situation of the thing, i.e. whether or not the subject of a heritage of a

trattazione de rebus è collocata, nel manuale gaiano, un'altra distinzione: essa si esprime in vario modo, parlando ora di *res in patrimonio ed extra patrimonium*, ora di *res in commercio ed extra commercium*'. See also G. SCHERILLO, *Le cose cit.*, 29 ss.: 'Normalmente la distinzione [tra *res in patrimonio ed extra patrimonium*] si interpreta nel senso che il criterio posto a base sia la concreta attitudine delle cose a far parte di un patrimonio, e per solito la si ritiene equivalente ad altra distinzione che, quantunque mai espressamente formulata, affiora qua e là nelle fonti, quella cioè fra *res in commercio e res extra commercium*'. But see G. G. ARCHI, *La "summa divisio rerum" in Gaio e in Giustiniano*, in *SDHI*. 3 (1937) 10: he denies the possibility of identifying the two classifications, stating that in the sources do not ever would track a systematic equivalence between the two distinctions, saying 'l'una non ha nulla che fare con l'altra'.

⁸ See M. GENOVESE, *Res in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium*. Valenza giuridico-istituzionale della partizione, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, 4 (Napoli 2007) 2133 ss.

⁹ *Corso di diritto romano cit.*, 10.

¹⁰ From M. TALAMANCA, *Istituzioni cit.*, 380.

¹¹ See nt. 4.

subject¹², anodyne understood in the context of it the problem of marketability or less of the same good¹³.

Thus, as noted, today is likely the doctrine¹⁴ to understand in two divisions as so many classifications, one having separate and autonomous space than the other: the existence, therefore, of the classification between *res in commercio* and *res extra commercium*, is considered well-founded, as established is considered the meaning of fitness to be the subject of private legal relations, distinct from the present and actual property right which envelops the *res in (nostro) patrimonio*. With the effect that to be excluded from the notion of *res in commercio* and to be among the *res quarum commercium not est* lays the *res divini iuris* and, between the *res humani iuris, res publicae*¹⁵.

¹² Recently we looked at the difference in argument from a different valuation point by A. CORBINO (Diritto privato romano² cit., 377): Corbino has in fact seen as the *res quarum commercium not est* indicate ‘le res delle quali i Romani dicevano che non vi è possibilità di trattarle come “merx”, come cosa oggetto di relazioni economiche’. From such a definition inevitably disengages the other classification, one that looks to *res in nostro patrimonio* as ‘cose che formano oggetto attuale di ricchezza privata’, to which specularly oppose those that, although not in the act of any (*res nullius in bonis*) ‘e sulle quali non è perciò vantabile alcuna pretesa privata, ma che siano suscettibili di essere ricondotte ad un patrimonio privato con un valido atto di apprensione’ (ibid.).

¹³ In this sense, G. SCHERILLO (Le cose cit., 30) called for a reflection on the fact that the adjective *nostrum*, reported in Gai. 2.1, would indicate that the distinction would not look to the attitude or not of the thing to be part of a private property, but simply the concrete belonging to the heritage of that good of someone. This would seem to be confirmed in Gai. 2.9: *Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est: id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est; potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.*

¹⁴ See M. TALAMANCA, Istituzioni cit., 380: ‘...la dottrina procede ad una duplice classificazione: la prima fra *res in patrimonio* ed *extra patrimonium*, la seconda fra *res in commercio* ed *extra commercium*, sottolineando come, nonostante coincidenze più o meno ampie, l’ambito di queste due classificazioni non sia identico’.

¹⁵ In doctrine there is also those who say that it is preferable to consider the distinction between *res in commercio* and *res res quarum commercium not est*, compared to the first distinction adopted by Gaius in the second commentary. See V. ARANGIO-RUIZ, Istituzioni cit., 169: ‘E pertanto questa seconda terminologia è assai più precisa, potendo benissimo essere attualmente senza padrone cose suscettibili. Gaio, che usa la prima terminologia, la contempera un po’ a stento (come si vede dal confronto tra i § 1 e 2 del libro II) con un diverso ordine d’idee cui si atteneva il vecchio manuale ch’egli elaborava’; also A. GUARINO, Diritto privato romano¹² cit., 323 nt. 19.9: ‘A nostro

The framework described so far, as we have often observed that tends to maintain the character of classification of the distinction in question¹⁶, while the dating doctrine doubts about the existence of the distinction in question, or its scope classificatory¹⁷, although more recently seen resurface doubts about the possibility exists to believe such a distinction, or about the character of classification adopted by classical jurists, on the assumption of his alleged character interpolatory.

In particular, Carlo Busacca has made broad examination concerning the classifications of things in the *Institutiones* of Gaius, coming to the conclusion that the distinction in question would not have character classification¹⁸, not being able to single out the sources regarding a clear scope of a general nature: corollary would be that according to which the classification in question would arise in middle age¹⁹.

avviso non vi furono mai criteri generali di classificazione. La distinzione più usuale fu quella tra res in commercio ed extra commercium, ma Gaio le preferì quella fra res in patrimonio e res extra patrimonium⁷.

¹⁶ But there are doubts even in the doctrine inclined to admit the distinction between res in commercio and res res extra commercium: see M. TALAMANCA, *Istituzioni cit.*, 380. Talamanca observes that the Roman sources, in spite of the classifications presented in the literature, they offer a less accurate, adding that in the sources lack the classification in question, in fact limiting the sources, in different contexts, to say that for certain things missing commercium; while Gaius presents only one classification between res in patrimonio and extra patrimonium, however, the only jurist to offer me, without which clearly describes the scope.

¹⁷ See P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (Paris 1929) 260 ss.; V. SCIALOJA, *Teoria cit.*, 123 ss.; S. DI MARZO *Istituzioni cit.*, 172; P. BUCKLAND, *A text book of Roman law from Augustus to Justinian* (Cambridge 1950) 182 ss.; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴ (Milano 1953) 200 ss.

¹⁸ C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione cit.*, 26: ‘L’esame di questi testi ci porta alla conclusione che la distinzione tra res in commercio ed extra commercium pur se può considerarsi implicita nelle fonti (nelle quali si fa talora riferimento ad uno dei due termini di essa, generalmente alle res quarum commercium non est) non assume portata classificatoria né per il diritto classico né per quello giustiniano; nelle fonti infatti il riferimento alle res quarum commercium non est serve solo in ipotesi particolari per motivare concrete soluzioni, quali la nullità di una vendita o di un legato avente ad oggetto tali cose’.

¹⁹ See C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione cit.*, 27 nt. 73. Busacca notes that the distinction had great importance in the school of Basel of the sixteenth century, as it

More recently Mario Genovese, in the footsteps of the thought of Nicosia, was received to exclude the existence of our classification in classical times, believing Genovese that it is the result of a rearrangement of matter, formed in the post-classical era²⁰.

Starting point, in the thesis of the Genovese, is that according to which, in the sources of our knowledge, is completely lacking documentation of a conflict between the *res in commercio* and *res extra commercium*: it, in fact, even Gaius makes no mention. Similarly, we find no express testimony of the expression '*res extra commercium*' or only '*extra commercium*' nor that '*res in commercio*': the only, as we shall see, that can find some confirmation in the sources is that of '*res quarum commercium non est*'. Doubts, however, says Genovese, it would have on the genuineness of little evidence of that category²¹.

In those circumstances, I think it's appropriate to do a review of the sources on the subject, in order to groped to understand what the thinking of the classical jurists, that if, in spite of the lack of expressed formulations about, they were using the category of *res in commercio*, so also implicitly creating a classification as delimiting and exclude things excluded from the traffic law²².

would take the index of the works of Alciato Basel edition of 1582. In fact, reporting the opinion of Alciato in relation to D. 45.1.83.5, the author of the index summarizes the thought of Alciato with the phrase '*rerum extra commercium nulla stipulatio*', therefore using expression (*res extra commercium*) not used by Alciato. Just puts account to observe that there is no reason that this expression was already present in the works of classical jurists, to us, however, not received.

²⁰ M. GENOVESE, *Res e relative qualifiche cit.*, 87 ss.

²¹ M. GENOVESE, *Res e relative qualifiche cit.*, 108 ss.

²² Note, however, that the category of on-traded goods, than merely descriptive of *res extra patrimonium*, had followed in most legislation: in fact, the Italian Civil Code, in addition to providing in Articles. 822 ss. a discipline of state property, heritage and heritage available unavailable bearing undercurrent classifications shooting even from the opposition *res in commercio/res extra commercium*, expressly speaks of '*possesso di cose fuori commercio*' (art. 1145 cc) defining them as assets of which is not allowed to buy the property; as well, art. 2810, states that are the subject of mortgage '*i beni immobili che sono in commercio*'. There are those who noted that the *res quarum commercium non est*, just as excluded from the possibility of setting up rights on them,

2. *The hypothesis of sale and non-marketability of the asset in legal relationship.*

The sources of our knowledge, in which we find mention of *commercium* in semantic relationship with the noun *res*, not a particularly broad catalog: they all belong to the Digest and can be divided roughly into two groups, within which distinguish a first set of fragments which evoke a not merchantability relativity of good, which is determined or personal conditions of the subject, or by limitations on specific *negotia*, so that the good in itself is not merchantability ever, drawing strength exclusion good trade limited and contingent factors²³.

These fragments that there adversely aid in the survey that we want to lead²⁴, taking into account that in them the not merchantability is not linked to the nature of the good, but to factors external to it²⁵.

would not constitute assets in the legal sense: see. M. MARRONE, (Istituzioni² cit., 291 nt. 6) which says ‘in sostanza, le res extra commercium non erano res dal punto di vista del diritto privato’.

²³ V. D. 30.40 (Ulp. 2 fideicomm.): Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei cui ius possidendi non est per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi; 31.49.2-3 (Paul. 5 ad leg. Iul. Pap.): Labeo refert agrum, cuius commercium non habes, legari tibi posse trebatium respondisse, quod merito priscus fulcinus falsum esse aiebat. Sed Proculus ait, si quis heredem suum eum fundum, cuius commercium is heres non habeat, dare iusserat ei, qui eius commercium habeat, putat heredem obligatum esse, quod verius est, vel in ipsam rem, si haec in bonis testatoris fuerit, vel si non est, in eius aestimationem; 41.1.62 (Paul. 5 manual.): Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cuius aliquis commercium non habet: nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus eius efficitur; 45.1.34 (Ulp. 48 ad Sab.): Multum interest, utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum, an quis promittat: si stipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet: si quis promittat, cuius non commercium habet, ipsi nocere, non mihi; I. 3.19.2: Idem iuris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo eita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel rem cuius commercium non habuit, vel rem suam, dari quis stipuletur. nec in pendenti erit stipulatio ob id quod publica res in privatum deduci et ex libero servus fieri potest et commercium adipisci stipulator potest et res stipulatoris esse desinere potest: sed protinus inutilis est.

²⁴ Mention of commercium see in C. BUSACCA, Studi sulla classificazione cit., 17 nt. 37.

²⁵ See G. HUMBERT, *Commercium* cit., 1407 s.; P. BONFANTE, *Corso*, 2.1 cit., 11; SCIALOJA, *Teoria* cit., 124 s.; E. BETTI, *Diritto Romano*, 1 cit., 692 ss.; S. DI MARZO, *Istituzioni* cit., 201; *Manuale* cit., 114; M. KASER, *Von Begriff des commercium* cit., 164

It should, instead, focus on those sources - which we saw all extraneous both to the *Institutiones* of Gaius²⁶, both the *Institutiones* of Justinian, which do not relate this distinction - in which shows an absolute meaning²⁷ of not merchantability of the *res*, such from whatever the specificity of the store or by the personal conditions of the subject²⁸, so that the not merchantability assumes an objective value and absolute.

s.; ID., Das röm. Privatrecht 1² cit, 337 e nt. 12; B. BIONDI, Istituzioni di diritto romano⁴ (Milano 1965) 154; C. BUSACCA, Studi sulla classificazione cit., 18 nt. 44; A. BURDESE, Manuale di diritto privato cit., 170; M. MARRONE, Istituzioni cit., 291 nt. 6.

²⁶ Gaius not mention never noun commercium: see P. P. ZANZUCCHI, Il vocabolario delle Istituzioni di Gaio (rist. Torino 1961) 18.

²⁷ M. BRETONE (I fondamenti cit., 142), after having pointed out that 'non c'è una perfetta corrispondenza fra le res in nostro patrimonio e quelle extra nostrum patrimonium, da un lato, le res in commercio e quelle extra commercium dall'altro', observes: 'Una cosa in commercio è normalmente in nostro patrimonio, ma non sempre; e una cosa extra commercium è anche in nostro patrimonio, ma non sempre; e una cosa extra commercium è anche extra nostrum patrimonium; ma non lo è, se la "incommerciabilità" a cui si pensa è relativa a certi atti o persone'. Then Bretone highlights how the not marketability can present with a character not absolute, but relative, thus determining the result according to which if something extra commercium normally will never be in someone's heritage, it is true that where the not marketability present as relative, that is relative only to certain object or certain acts, there is no reason that this thing can be subject to certain private legal relations and therefore not present as extra patrimonium, well able, in spite of his (relative) not marketability, back in the richness of a subject.

²⁸ V. 18.1.6 pr. (Pomp. 9 ad Sab.): Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est campus Martius; 18.1.34.1 (Paul. 33 ad ed.): Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est; 20.3.1.2 (Marcianus l. S. ad form. hypoth.): Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium eius non est, iure pignoris accipere non potest, ut divus Pius Claudio Saturnino rescripsit. Quid ergo, si praedium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summoendus sit? et octavenus putabat etiam in pignoribus locum habere exceptionem: quod ait Scaevola libro tertio variarum quaestionum procedere, ut in rebus mobilibus exceptio locum habeat; 30.39.10 (Ulp. 21 ad Sab.): Sed et ea praedia Caesaris, quae in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt, si legentur, nec aestimatio eorum debet praestari, quoniam commercium eorum nisi iussu principis non sit, cum distrahi non soleant; I. 2.20.4: Non solum autem testatoris vel heredis res, sed et aliena legari potest: ita ut heres cogatur redimere eam et praestare vel, si non potest redimere, aestimationem eius dare. Sed si talis res sit, cuius non est commercium, nec

The lack of literary sources about it²⁹ necessarily leads to focus on those references, not many, in which it seems to emerge, in a non-expressed classification of goods concerning the qualification of things as excluded from *commercium* for some intrinsic conditions of them.

The speech can be started by

18.1.6 pr. (Pomp. 9 ad Sab.): *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est campus Martius.*

In the fragment of Pomponius jurist shows the opinion of Celsus about not merchantability of free man, as well as anything of which you are aware inalienability³⁰: then the response about the impossibility of the sale of a free man is enlarged to inalienability of the *res divini iuris*, specifically of *res religiosae* and *res sacrae* as of *res publicae*, specifying however the jurist as should stand³¹ between *res in pecunia populi*, not

aestimatio eius debetur, sicuti si campum Martium vel basilicam vel templa vel quae publico usui destinata sunt, legaverit: nam nullius momenti legatum est.

²⁹ Except Cic. Verr. 2.3.93: Diocles est Panhormitanus, Phimes cognomine, homo inlustris ac nobilis. Arabat is agrum conductum in Segestano; nam commercium in eo agro nemini est; conductum habebat HS sex milibus. See M. KASER, Von Begriff cit., 361 nt. 93; A. WATSON, The Law of Property in the later Roman Republic (Oxford 1968) 13 s.; M. GENOVESE, Condizioni delle civitates della Sicilia ed assetti amministrativo-contributivi della altre province nella prospettazione ciceroniana delle Verrine, in Iura 44 (1993) 1 ss.; ID., Res e relative qualifiche cit., 142 ss.

³⁰ See also D. 18.1.4 (Ulp. 28 ad Sab.): Et si liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur, si ab ignorante emitur.

³¹ About distinction between *res in pecunia populi* and *res in publico usu* see P. BONFANTE, Corso di diritto romano, cit., 63 ss., 70 ss.; G. GROSSO, Le cose cit., 118 ss.; ID., Problemi sistematici del diritto romano. Cose – contratti (Torino 1970) 33 ss.; G. SCHERILLO, Le cose cit., 97 ss.; G. ASTUTI, s.v. cosa cit., 5; G. PUGLIESE, Res publicae in usu populi e in patrimonio populi nel Corso di Gaetano Scherillo sulle cose, in Gaetano Scherillo. Atti del Convegno (Milano 1994) 153 ss.; E. Lo CASCIO, Patrimonium, ratio privata, res privata, in ID., Il princeps e il suo impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria romana (Bari 2000) 108 ss.

affected by the ban, and *res in usu publico*, for which instead applies the inability to sell, linked to their not merchantability³².

The fragment is generally considered interpolated³³, both in point of form, both in point of substance: in particular, however, to be questioned is the engraved central *nec cuiuscumque rei si scias alienationem*, observing³⁴ as it exhibits a rehash it would be done by compilers in order to standardize the regulation of the sale of the free man with the one

³² See G. SCHERILLO (Le cose cit., 96): ‘Le cose incluse nel primo gruppo, perché da esse il *populus* trae direttamente una utilità, hanno il carattere di beni del *populus*, ne costituiscono il patrimonio e sono perciò suscettibili di rapporti giuridici patrimoniali, ancorché secondo già si è avvertito, non sempre di rapporti patrimoniali privati. Le cose incluse nel secondo gruppo sono invece, normalmente e in linea di principio, insuscettibili di rapporti giuridici patrimoniali’.

³³ See E. ALBERTARIO, In tema di responsabilità in *contrahendo*, già in AG. 96 (1926), ora in Studi di diritto romano. 3. Obbligazioni (Milano 1936) 370; ID., Corso di diritto romano. Le obbligazioni (Milano 1945) 131 s.; G. LONGO, Le *res extra commercium* e l’azione di danni nei contratti di vendita nulli, in Studi in onore di P. Bonfante 3 (Milano 1930) 367 ss.; B. BIONDI, La vendita di cose fuori di commercio, in Studi in onore di S. Riccobono 4 (Milano 1936) 11 ss.; P. VOCI, L’errore nel diritto romano (Milano 1937) 148 ss.; ID., Le obbligazioni romane (corso di Pandette). Il contenuto dell’obligatio 1 (Milano 1969) 151 s.; G. LOMBARDI, Ricerche cit., 148 nt. 2; M. KASER, Von Begriff des *commercium* cit., 162; V. ARANGIO-RUIZ, La compravendita in diritto romano² (Napoli 1954) 131 ss.; A. VALENTE, Note sulla culpa in *contrahendo*, in Ann. Macerata 22 (1958) 317 s.; G. GROSSO, Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche³ (Torino 1966) 55 s.; R. ORESTANO, Il problema delle persone giuridiche in diritto romano 1 (Torino 1968) 330 s.; F. PETERS, Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven, Unmöglichkeit beim Kauf, in Festschrift für M. Kaser (München 1976) 292; R. EVANS JONES – G. MACCORMACK, The Sale of *res extra commercium* in Roman Law, in ZSS. 112 (1995) 330 ss.; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Regimen jurídico de las concesiones administrativas cit., 64; E. LO CASCIO, *Patrimonium* cit., 108 nt. 31; R. ASTOLFI, I libri tres iuris civilis di Sabino (Padova 2001) 12 ss.; E. STOLFI, Studi sui libri ad edictum di Pomponio 2 (Milano 2001) 180 e nt. 184; A. RODEGHIERO, Sul sinallagma genetico nell’*emptio venditio* classica (Padova 2004) 134; A. TRISCIUOGGIO, Sinallagma genetico e vendita delle *res extra commercium*, in La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano 1 (cur. L. Garofalo) (Padova 2007) 288; S. A. CRISTALDI, Il contenuto dell’obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell’età imperiale (Milano 2007) soprattutto 45 ss.; M. GENOVESE, *Res* e relative qualifiche cit., 110 ss.

³⁴ See C. BUSACCA, Studi sulla classificazione cit., 20 s.

concerning the *res divini iuris*³⁵: in fact, the classical jurists would separate the sale of the free man, effective *insciente emptore*, with those of the *loca sacra et religiosa*, ineffective in any case³⁶, whereas the compilers would intervene to standardize the legal framework of such sales, stating the effectiveness however, in the event that the buyer was unaware and then without *dolus*.

However, it can be seen as the interpolated character of the fragment in question not unanimous in doctrine: in fact, more recently, there is who³⁷ said that the character *insiticio* not concern the reference to the *res divini iuris*, but only the one concerning *res publicae*, despite the distinction between *res in patrimonio populi* and *res in publico*. And there is also authoritative doctrine³⁸ which more recently has *usu* excluded the character *compilatorio* of fragment, ascribing its classicism already reached the equalization of the sale of the *res quarum commercium non est* in the workings of the jurists of the classical period.

³⁵ I. 3.23.5: *Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis, deceptus a venditore, emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat ut consequatur quod sua interest deceptum eum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

³⁶ See Index Interpolationum ad h. l.; adde C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR.* 13 (1901) 179, ora in *Opere*, 2 (Milano 1929) 392; G. LONGO, *Le res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli*, in *Studi in onore di P. Bonfante cit.*, 372 ss. *Id.*, *Casi d'impossibilità della prestazione nel diritto giustiniano*, in *Ann. Macerata* 10 (1934) 21; B. BIONDI, *La vendita di cose fuori di commercio cit.*, 6 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*² *cit.*, 131 ss.; L. REGGI, *Liber homo bona fide serviens* (Milano 1958) 248 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni cit.* 57; R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche cit.*, 301; J. A. C. THOMAS, *The Sale of Res Extra commercium*, in *Current Legal Problems* 29 (1976) 139 s.; C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione cit.*, 21; Y. BEN DROR, *The Perennial Ambiguity of Culpa in Contrahendo*, in *American Journal of Legal History* 27 (1983) 161 s.; M. GENOVESE, *Res e relative qualifiche cit.*, 112 s.

³⁷ P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law* (Edinburg – London 1958) 75 ss.; F. CUENA BOY, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica* (Valladolid 1992) 60 ss.; *Id.*, *La prestación y sus requisitos*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Pr. J. L. Murga Gener* (Madrid 1994) 106 s.

³⁸ M. TALAMANCA, *s.v. Vendita (diritto romano)* in *ED.* 46 (Milano 1993) 336.

I believe, therefore, that there is no strong evidence to affirm the presence of interpolations in the fragment in question, in this supported by doctrine in this sense that detects the lack of evidence of fines in the formal step, which also invite to exclude has been substantial alteration of the content of the fragment pomponianus.

According to other doctrine³⁹, however, while considering himself immune to the substance of the piece in question, there is still the figure according to which, however *insiticia* is precisely the term which refers to *res quarum commercium non est* and more specifically '*loca quorum commercium not sit*': just the nature of this interpolated paraphrase might suggest exclude character classification of such distinction, alien environments classics as witnessed by the silence of Gaius, was coined in the post-classical environments.

In particular, some says⁴⁰ that the fragment betray just a contradiction: in fact, the fragment make a distribution in which the *res divini iuris* are opposed, or if we want juxtaposed, to the *res quarum commercium not est*, the list of which includes instead, and exclusively, the *res publicae*, among which is mentioned on the Campus Martius, distinguishing properly the fragment between *res in publico usu* and *res populi in patrimonio* or *pecunia populi*, the latter not subject to the regime of exclusion from legal traffic. By doing so, highlights yet this doctrine, is manifested not only the non-classification of that distinction, but especially if it calls into question the content, given that remain outside the category of *res extra commercium* precisely those that constitute the modern doctrine considers it main part, i.e. the *res divini iuris*⁴¹.

Now, apart from the doubts that authoritative doctrine⁴² moves to the supposed interpolation of the fragment in which content would be the

³⁹ C. BUSACCA, Studi sulla classificazione cit., 21; see also M. GENOVESE, Res e relative qualifiche cit., 112 s.

⁴⁰ C. BUSACCA, Studi sulla classificazione cit., 21

⁴¹ M. GENOVESE, Res e relative qualifiche cit., 113.

⁴² See B. BIONDI, La vendita di cose fuori di commercio cit., 51 ss.; R. ORESTANO, Il problema delle persone giuridiche cit., 301.

reference to *res quarum commercium non est*, doubts that tend to highlight the genuineness of the express reference to *res extra commercium*, with significant use of terminology that, far from creating a contrast explicit, aims to shape a category of goods objectively excluded from the sale and then the traffic law (*res quarum commercium not est*), i said that it's possible can move other considerations, considering how these doubts seem to highlight the probable authenticity of the reference contained in the fragment.

In fact, if we start from the aforementioned given the substantial character of genuine reference to assets excluded from the market, one can hypothesize that Pomponius, compared with coeval gaiano silence on the market and the category of *res extra commercium*, in a context of *ius controversum* has expressly adopted the terminology of *res quarum commercium non est*, referring to a theory that appears foreign to the diarchy of assets placed in *incipit* of the second commentary by Gaius, who looked again, as evidenced by the subsequent clear distinction, the current destination of the goods and not to its legal regime of circulation.

The use pomponianus, which in a sense 'breaking its banks' adopting this regime, in itself denotes the presence of a strong jurisprudential workings⁴³, also witnessed by the omission of Gaius; workings inside of which is not yet definitively settled the perimeter of the category of *res extra commercium*, much to distinguish even the *res sacrae* and *religiosae* respect to the class of things excluded from *commercium*, integrated only by *res publicae in publico usu*.

But in itself, the exclusion of the *res divini iuris* from the category of *res extra commercium* can find no other explanation, as we shall see below, especially in light of the testimony offered to us by I. 2.20.4; neither appears *in re ipsa* testimony of an intervention interpolatory,

⁴³ M. TALAMANCA, Istituzioni cit., 380: 'Le res divini iuris, inidonee ad essere oggetto di rapporti giuridici privati, rientrerebbero tutte nelle res extra commercium: alle volte, i giuristi romani, però, le contrappongono a quelle extra commercium (quorum commercium non est, come dice Pomponio in D. 18.1.6 pr.)'.

having indeed keep in mind that if the compilers had intervened on the fragment in order to create a unitary category of *res extra commercium*, in order to established classification of newly minted, they would not certainly forgot to harmonize the thought of Pomponio, suitably manipulating the content by retracting also *loca sacra et religiosa* among those not liable to the sale and then marked by the *stigma* of not marketability, as appears to induce the fragment in highlighting the inability to *emptio-venditio*, which alone actually refers Pomponio, while generically then add the exclusion of certain goods from *commercium*⁴⁴.

A substantial common thread seems to tie the fragment just seen another of Paul:

D. 18.1.34.1 (Paul. 33 ad ed.): *Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.*

The fragment, given particular depth by the doctrine⁴⁵, also focuses on the case of a purchase, even having the aim to establish a general

⁴⁴ Moreover, Ulpian in defining the *commercium* refers to sell and buy. See Ulp. Reg. 19.5: *Commercium est emendi vendendique invicem ius.*

⁴⁵ Glossa ad h.l.; U. DONELLO, *Opera omnia*, 1 (Lucca 1762) 681; G. CUIACIO, *Opera omnia*, 7 (Napoli 1758) 692; B. BIONDI, *La vendita di cose fuori commercio*, in *Studi in onore di S. Riccobono* 4 (Palermo 1936) 20, 52; C. A. MASCHI, *La concezione naturalista del diritto negli istituti giuridici romani* (Milano 1937) 163 ss.; M. KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in *ZSS.* 59 (1939) 92 ss.; ID., *Von Begriff des "commercium"* cit., 163 ss.; G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, in *Ann. Trieste* 12 (1941) 230; G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium* (Milano 1946) 52 ss.; ID., *Sul concetto di ius gentium* (Roma 1947) 229; R. REGGI, *Liber homo bona fide serviens cit.*, 258 s.; TH. MAYER MALY, *Necessitas constituit ius*, in *Studi in onore di G. Grosso* 1 (Torino 1968) 184; P. VOCI, *Le obbligazioni romane* (Milano 1969) 151 ss.; J. L. MURGA, *Una actio in factum de Ulpiano para la venta de sepulcros*, in *RIDA.* 21 (1974) 301; U. ROBBE, *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum* 1 (Milano 1965) 171 s.; S. CASTAN PEREZ-GÓMEZ, *Regimen juridico de las concesiones administrativas cit.*, 59, 63; C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione cit.*, 21 ss.; C. A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano* 2.1 (Torino 2003) 217; C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche* (Napoli 2003) 353 nt. 9; A. RODEGHIERO, *D. 18.1.34.3: vendita di "res furtiva" e principio di buona fede*, in (cur. L. GAROFALO) *Il ruolo della buona fede*

principle concerning precisely to trade: Paolo says, making a clear dichotomy, that while it is valid and effective (*recte fit*) the sale of things that anyone can '*habere vel possidere vel persequi*', vice versa is invalid that sell of things that '*natura vel gentium vel mores*' excluded from *commercium*.

The fragment is suspected of manipulative intervention, especially in so far as relates a tripartite division of the causes exclusionary *commercium* and therefore the validity of the sale: in particular, it is assumed that the non-classicism⁴⁶ of reference that appears unusual about the origin of the inability to sell, in which once again takes the form of exclusion from *commercium*; singular, at least at the classics, it also appears the use of the verb *exuere* while dubious appears finally to identify the things identified on the basis of that tripartite division.

However, to the contrary it was stated⁴⁷ that there are no strong reasons in support of the interpolation, it is not conclusive of the fact, however, surpassed by some to be seen, which would be difficult to identify the goods excluded on the basis of the tripartite remembered, not being this sure sign of corruption of the text; in other respects, in itself a reference to the 'classi' of causes of exclusion may well be seen in key classificatory, which seeks to identify the origins of the prohibition of marketability of a good.

In such a perspective can be taken to the conclusions of those who⁴⁸, while considering the inclusion of spurious reference to the *ius*

oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova 2003) 239; ID., Sul sinallagma genetico cit., 56; P. VOCI, Istituzioni cit., 442 nt. 4; L. D'AMATI, La compravendita delle 'res in potestate hostium', in La compravendita e l'interdipendenza cit., 381; S. A. CRISTALDI, Il contenuto dell'obbligazione del venditore cit., 136 s.; M. GENOVESE, Res e relative qualifiche cit., 109 s.

⁴⁶ M. KASER, Mores maiorum cit., 92 ss.; ID., Von Begriff des "commercium" cit., 163 ss.; 229; R. REGGI, Liber homo cit., 259.

⁴⁷ From G. LOMBARDI, Ricerche cit. 53 and C. BUSACCA, Studi sulla classificazione cit., 22 s.

⁴⁸ G. LOMBARDI, Ricerche cit. 53; then C. BUSACCA, Studi sulla classificazione cit., 23.

gentium, argues about the classicism of the *natura* and *mores*, emerging as the first refers to an exclusion of the goods by their nature, then to their inherent characteristics, where the *mores* would address a intervene with regulations aimed at excluding that good from traffic legal.

More recently, indeed, the doubts on the fragment have been recalled and emphasized⁴⁹, excluding classical character stating 'severe censure sul fronte interpolazionistico', so that the value of the fragment would be undone by his own hand be attributed to Justinian, intervention testified that it would be the inconsistency between the hypothesis of validity of the sale and that of its nullity; and the fact that the exclusion from *commercium*, according to the wording of the text, it would be limited exclusively to the sale and not to the other *negotia*⁵⁰.

However, one can argue that the central part of the fragment refers precisely to the causes that may exclude a good from *commercium* and then make the sale anything, where it is in breach of the ban; conversely, the beginning of the piece does not pose a conflict, but rather establishes what is the physiology of the sale negotiation where, as a rule, the good itself is marketable. Ultimately the fragment shows the rule, with respect to which the closed highlights the exception determined by not marketability of the object of the sale.

⁴⁹ See M. GENOVESE, Res e relative qualifiche cit., 109 s.

⁵⁰ M. GENOVESE, Res e relative qualifiche cit., 110: 'In presenza dei già gravi dubbi sulla classicità della definizione escludente il sorgere delle obbligazioni da compravendita qualora essa verta su res che natura, ius o mores civitatis abbiano posto fuori dal commercium, ci sentiamo di aggiungere, da un lato, che ad accentuarli concorre la disomogeneità tra detta perifrasi e quella che, per contrapposto, individua le res per le quali una vendita recte fit (in quanto le si possa habere, possidere e giudizialmente persequi); dall'altro, che la frase "quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt", quasi sicuramente giustiniana, mostra come per gli stessi bizantini considerare una res per ragioni varie estromessa dal commercium importasse un oggettivo impedimento della stessa ad essere comprata e venduta ma, stando al tenore del testo, senza implicare ulteriori, necessitate, preclusioni di portata generalizzante in campo negoziale'.

The piece, therefore, refers exclusively to the sale⁵¹, called specifically by the use of the noun *venditio* in two places: the use of the three verbs recalls the possibility of subjective legal situations exerted on it by the seller⁵², but in itself not affect the validity of the sale, which is explicitly excluded from not marketability of good.

If therefore no contradiction can be inferred from the alleged inconsistency between the two parts of the fragment, also can not to be possible understand as the limitation to the hypothesis of the sale, enunciated in piece, can denote an intervention interpolatory⁵³. While it is true that at the not marketability is limited by the hypothesis of the *emptio-venditio* Paolo, we need to understand whether this is a sign that facilitates the perimeter of *res extra commercium*, or whether that choice is dictated by other reasons.

It may be pointed that this limitation has emerged already in the fragment of Pomponius previously analyzed: should however also considered that in both fragments jurists were concerned *ex professo* to trade, so the limitation to it, far from giving guidance on the classification of *res*, could only be justified by reasons of the conference with a speech conducted, so that no argument could be drawn with regard to the subject of our research, since the failure indications of general prohibitions in the field of negotiations would indeed motivated by logic discursive.

3. The concept of *res extra commercium* and expansion of its scope.

Undoubtedly, until now the flow emerged about the content of the category of *res extra commercium* appears limited to things excluded from trade: it is necessary however to test this conclusion in part by examining other fragments.

⁵¹ See S. A. CRISTALDI, Il contenuto dell'obbligazione del venditore cit., 136 s.

⁵² See P. VOCI, Le obbligazioni romane cit., 151 e nt. 38: 'con habere Paolo si riferisce al diritto di proprietà; con possidere al possesso (per es., di fondi provinciali; o di cosa di cui il venditore non sia proprietario); con persequi ai crediti'.

⁵³ M. GENOVESE, Res e relative qualifiche cit., 110 nt. 44.

Seems to provide an initial response to our question a fragment of Marcianus:

20.3.1.2 (Marcianus l. s. ad form. hypoth.): *Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium eius non est, iure pignoris accipere non potest, ut divus Pius Claudio Saturnino rescripsit. Quid ergo, si praedium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summovendus sit? et Octavenus putabat etiam in pignoribus locum habere exceptionem: quod ait Scaevola libro tertio variarum quaestionum procedere, ut in rebus mobilibus exceptio locum habeat.*

The text⁵⁴ contains a reference to a rescript of Antoninus Pius directed to that Claudio Saturnino, which stated that the good not marketable (*commercium eius non est*) - and for that reason is not amenable to sale - can not be for the same reason given in pledge. This general principle stated in the first part of the fragment.

In what follows, Marcianus inserts a reflection that apparently seems unhooked from rescript initial: fact states that in the event of a pledge of *praedia litigiosa* was granted by the magistrate the *exceptio litigiosi*⁵⁵ the holder agreed in claims by those who, aware of the dispute

⁵⁴ See G. SCHERILLO, *Le cose cit.*, 30; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik des römischen Rechtsquellen*, in *ZSS.* 66 (1948) 350; M. KASER, *Vom Begriff des "commercium" cit.*, 165; G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti* (Milano 1960) 152 nt. 24; F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della "res litigiosa" nel diritto romano* (Milano 1967) 227 ss., 267 ss.; H. WAGNER, *Vorassetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung* (Marburg 1968) 115; C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione cit.*, 23 ss.; M. GENOVESE, *Res e relative qualifiche cit.*, 130 ss.

⁵⁵ Gai. 4.117a: *In his quoque actionibus, quae non in personam sunt, exceptiones locum habent. Velut si metu me coegeris aut dolo induxeris, ut tibi rem aliquam mancipio dem, tua est; sin eam rem a me petas, datur mihi exceptio, per quam, si metus causa te fecisse Vel dolo malo arguero, repelleris. Item si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omni modo summooveris; D. 44.6.1.1 (Ulp. 76 ad ed.): Si inter primum et secundum sit lis contestata et ego a tertio emero, qui nullam controversiam patiebatur, videamus, an exceptioni locus sit. Et putem subveniendum mihi, quia is, qui mihi vendidit, nullam litem habuit et quod fieri potest, ut duo in necem eius litem inter se iungant, qui cum ipso litigare non*

pending on real estate, he bought that good. In this sense, is called the opinion of Octavenus, which admitted the fact experienceability of *exceptio* by holders agreed, where were likely experienced the *actio Serviana*: this principle was later extended by Scaevola to the case of movable property⁵⁶.

The pass itself appears to have a trend a bit strange: after treating the hypothesis of *res extra commercium*, Marcianus would then be passed to investigate and deepen an aspect of a procedural nature, inherent enforceability of *exceptio*, in the presence of pledge concerning a *res litigiosa*.

But proceed with order: the part that most interested us here is the first, where it is stated a principle that appears to possess a general nature, intended to say that the thing whose marketability is prohibited, i.e. *res quarum commercium non est*, is therefore excluded from the possibility to trade: the question, however, is subjected to the imperial chancery, on the extension of this not marketability, itself limited to the sale, also to the different legal relationship of pledge⁵⁷.

The finding that the matter be referred, as we are told by Marcianus, to the attention of the emperor, leads to the assumption that

poterant. si tamen cum procuratore tutore curatoreve alicuius iudicium acceptum sit, consequens erit dicere, quasi cum ipso litigetur, ita eum ad exceptionem pertinere.

⁵⁶ Believe genuine mention of *res mobiles* F. DE MARINI AVONZO, I limiti alla disponibilità cit., 272 nt. 18; see also H. KIEFNER, Ut lite pendente nil innovetur. Zum Verbot der Verfügung über *res* und *actiones litigiosae* in römisches Recht und im gemeinen Techt des 19. Jarhundertes, in *Gedächtnisschrift für W. Kunkel* (Frankfurt a. Main 1984) 127 nt. 31. In the past it had been originally supported the thesis that the fragment was referring to the *res nec mancipi* instead to *res mobiles*: così H. SIBER, Die Passivlegitimation bei der Reivindicatio (Leipzig 1970) 102 s.; E. BETTI, D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano (Macerata 1922) 329 nt. 1; F. MESSINA-VITRANO, La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi. 2. La compra dall'attore dell'obbietto litigioso fatta scientemente (Messina 1924) 6; S. DI MARZO, Istituzioni cit., 373 nt. 2.

⁵⁷ F. DE MARINI AVONZO, I limiti alla disponibilità cit., 268 s.: 'Il fondamento della regola è evidente: poiché il creditore insoddisfatto può acquistare o almeno trasmettere, la proprietà della cosa pignorata, l'oppignoramento si presenta come una potenziale causa di acquisto e in certi casi può essere opportuno assoggettare alla stessa regolamentazione restrittiva stabilita per gli acquisti in senso stretto'.

there was indeed a doubt about the possibility of extending by analogy, in relation to one thing *extra commercium*, the prohibition negotiating tied itself to trade, to cover the case of the constitution of the pledge. So, Marcianus refers the opinion imperial positive to the extension, while not referring the case submitted to Antoninus Pius and solved through *rescriptum*⁵⁸.

Now, place the doubt is resolved in a positive way, but, as I said, impossible for us to reconstruct the case⁵⁹: but the notation is fundamental - that is not understood whether to belong to the imperial rescript or to Marcianus, although the character of notational theory seems to allude to a language case law - that is introduced by the causal *quia*, which aimed at introducing a causal proposition of objective type, seems to allude to a kind of correspondence between the *res extra commercium* and the ban of *emere*⁶⁰.

In other words, the causal indication proves invaluable: the lawyer makes, with an effort to systematize general, an explicit link between *res quarum commercium not est* and not marketability, i.e. a prohibition of alienation, which already surfaced, but in a still implied deduction, in the fragments of Pomponius and Paulus previously analyzed.

The interpretation of fragment is not, however, unique in the literature: in fact, there are those who have speculated that the piece in

⁵⁸ On rescripta see M. TALAMANCA, 'Rescripta', 'epistulae', 'decreta', in AA.VV., Lineamenti di storia del diritto romano² (Milano 1989) 417 ss.; nonché N. PALAZZOLO, Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II sec. d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi (Milano 1974) 1 ss.; ID., Le costituzioni casistiche: epistulae e rescripta, in AA.VV., Le fonti di produzione del diritto romano (Catania 2002) 110 ss. Maggiori ragguagli in D. NORR, Zur Reskriptenpraxis in der boben Prinzipatszeit, in ZSS, 89 (1981) 1 ss.; J. P. CORIAT, Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat (Roma 1997) 608 ss.; F. ARCARIA, Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica (Milano 2000) 3 ss.; M. U. SPERANDIO, 'Codex Gregorianus'. Origini e vicende (Napoli 2005) 72 ss.

⁵⁹ See F. DE MARINI AVONZO, I limiti alla disponibilità cit., 269 nt. 6.

⁶⁰ On value of grammar of quia see A. TRAINA – T. BERTOTTI, Sintassi normativa della lingua latina³ (Bologna 2003) 424 ss.; A. TRAINA – G. BERNARDI PERINI, Propedeutica al latino universitario⁶ (Bologna 1998) 222 ss.

question falls between those that do not foresee a general case of not marketability, but relate to a 'cosa che, pur essendo in astratto suscettibile di negozi giuridici patrimoniali, non lo è in concreto, o per l'esistenza di un divieto di alienazione, o per la mancanza della capacità o facoltà di disporre'⁶¹.

This approach, however, also followed more recently⁶², has been subject to review by Mario Genovese⁶³, who renewed the exegesis of the passage is concluded that the fragment should be amended in the following wording: '*quia commercium <ei> [eius] non est*' or '*quia commercium <ei> eius non est*'. This is because, if indeed it is assumed that the passage refers to a limitation of the relative character, for any people or property or personal categories, suspicion would be the use of a formulation of a general nature as that used by Marcianus, where we talk about something that does not have *commercium*, instead of using the module '*aliquis alicui rei commercium not habere*', just the restrictions on marketability of its character.

I think the point of the question is right here: the wording does not believe that authorizes a reference to a specific asset (*ea res*) and to a certain person (*quam quis emere non potest*): in fact, regardless of the expression '*ea res*', that need to specify the object covered by the question imperial and being necessary that the not marketability be on a particular asset, that in itself as a category of legal goods, actually using '*quis*' does not need to specify a certain subject, but just to indicate the indeterminacy of the subject under consideration, so that the not marketability embraces that category of goods regardless of the person involved in the legal

⁶¹ G. SCHERILLO, *Le cose cit.*, 30.

⁶² M. KASER, *Vom Begriff des "commercium" cit.*, 164 e nt. 107: 'Von den Stellen die nur einer bestimmten Person das commercium an sachen, die als solche im Rechtsverkehr stehen, absprechen, beruft sich nur eine ausdrücklich auf den Kauf: sie sagt, weil diese Person sie nicht kaufen könne sie sie auch nicht als Pfand erhalten'.

⁶³ M. GENOVESE, *Res e relative qualifiche cit.*, 132 ss.

relationship: specifically, *quis* indicates just one person or thing whose existence is hypothetical (with formula one, someone, if any)⁶⁴.

So, the first part of the fragment, from the observations above reported, it does not seem to consider a relative form of not marketability, but a form which we have already experienced in prior fragments and which denotes a form of not marketability in absolute form, as paid to potential buyers, just not predetermined since each is prevented from buying that good (*quis emere non potest*), so get to say, not that *commercium not habere*, symptomatic of relativity, but *commercium non esse*, peculiar of character absolute⁶⁵.

At this point it imposes a question: what function covers the following example of the case highlighted by Marcianus and what connection has with the general principle stated by the jurist in the first part on the basis of the imperial rescript?

We must start from some considerations to better understand the case of *praedia litigiosa*: in fact, a measure⁶⁶ of Augustus⁶⁷ forbade any act of purchase of the fund object of litigation by the litigant not *possessor*, with the sanction of nullity of the purchase and monetary penalty charged to the subject purchaser⁶⁸. The case of the purchase of the

⁶⁴ See A. TRAINA – T. BERTOTTI, *Sintassi normativa cit.*, 185.

⁶⁵ But M. GENOVESE, *Res e relative qualifiche cit.*, 138: ‘Se è quantomeno verosimile, come da noi supposto, che Marciano partisse da un principio normativo affermato dall’imperatore in dipendenza di un caso concreto rispetto a cui si potesse rilevare che a taluno non spettasse *commercium* di un certa cosa’.

⁶⁶ See F. GALLO, “*Princeps*” e “*ius praetorium*”, in *Rivista di diritto romano* 1 (2001) <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano>, 6 ss.

⁶⁷ *Fragm. de iure fisci* 8: *Qui contra edictum divi Augusti rem litigiosam a non possidente comparavit, praeterquam quod emptio nullius momenti est, poenam quinquaginta sestertiorum fisco repraesentare compellitur. Res autem litigiosa videtur de qua lis apud suum iudicem delata est. Sed hoc in provincialibus fundis prava usurpatione optinuit.*

⁶⁸ See F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità cit.*, 173 ss. e passim; adde H. P. BENÖIR, *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschuß Schuldrechtlicher Geschäfte*, in *ZSS.* 87 (1970) 163; G. PROVERA, *La vindicatio caducorum: contributo allo studio del processo fiscale romano* (Torino 1964) 149 s.; R. QUADRATO, *Sulle tracce dell’annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana* (Napoli 1983) 92 ss.; T.

res litigiosa is undergoing an expansion, however, in post-classical age, as to be extended from the bottom quarrelsome, originally planned, to any property in dispute, if it is the same to sanction the purchase of the litigious matter by the fact that the purchase is made by the plaintiff or defendant⁶⁹.

The hypothesis considered in the second part of the fragment would seem detached from the general principle expressed in the beginning⁷⁰, since it would be aimed at highlighting a ban on selling or buying⁷¹ having relative character because it refers to certain goods and/or certain persons, who as that would not allow you to indent the *praedia litigiosa* between *res quarum commercium not est*.

I think it's possible, however, another way of interpretation: in fact, developing a note of Bonfante, who ascribing the fragment in question to the the assumptions of *res extra commercium* in an absolute sense, noted that 'la designazione (di *res quarum commercium non est* contenuta nella prima parte) abbraccia anche i divieti di alienazione'⁷², then it's possible assume that Marcianus, after explaining the general principle regarding *res extra commercium*, is passed to an exemplification citing the case of the funds subject of dispute, for which, similarly to all other *res extra commercium*, the impossibility of sale was extended to cover the case of a pledge. And the exclusion of the pledge of the goods in issue can be explained as the first jurisprudential perspective implicitly fall between

SPAGNUOLO VIGORITA, *Exsecranda pernicies. Delatori e fisco nell'età di Costantino* (Napoli 1984) 177; H. KIEFNER, *Ut lite pendente nil innovetur* cit., 119 ss.

⁶⁹ CTh 4.5.1 e C. 8.36(37).2.

⁷⁰ C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione* cit., 24: 'Poiché non si può ritenere, come risulta dal seguito del testo, che il caso concreto sottoposto all'imperatore fosse quello del fondo litigioso, l'espressione *res cuius commercium non est*, di cui parla il rescritto, va interpretata nel senso di cosa non suscettibile di rapporti giuridici privati'.

⁷¹ See F. MESSINA VITRANO, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi* cit., 8 ss.; G. PROVERA, *La vindictio caducorum* cit., 148 nt. 61; F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità* cit., 230 nt. 170, 250 ss.; M. KASER, *Von Begriff des "commercium"* cit., 164; *Das röm. Privatrecht*, 1² cit., 377 nt. 12, 406; R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità* cit., 92 s.; M. TALAMANCA, *s.v. Vendita* cit., 342.

⁷² P. BONFANTE, *Corso* 2.1 cit., 11.

res excluded from *commercium*, and therefore the prohibition of sales leads, according to the rescript of Antoninus Pius, the not marketability also related to the pledge.

The fragment, therefore, offers a glimpse of *res quarum commercium non est* which category very 'fluid', the result of interpretation of the lawyers, who work on a concept still with uncertain boundaries. However, the proposed interpretation may serve to bring coherence to the discourse of Marcianus, creating an element of connection between the two parts of the fragment, in a key explanatory of *res extra commercium* intended to encompass not only the *res publicae* or *res divini iuris*, but other hypotheses of not marketability of categories of goods than the general indeterminate subjects.

4. The legacy concerning the *res quarum commercium non est*.

The classification returns in

D. 30.39.10 (Ulp. 21 ad Sab.): *Sed et ea praedia Caesaris, quae in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt, si legentur, nec aestimatio eorum debet praestari, quoniam commercium eorum nisi iussu principis non sit, cum distrahi non soleant.*

The passage relates to the particular discipline of imperial funds, forming part of the assets of the emperor and placed under the administration of a *procurator*⁷³: in it Ulpian says that in the assumption

⁷³ On *fiscus* see U. COLI, *Fisco: diritto romano*, in NNDI. 7 (Torino 1961) 380 ss.; then O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 1 (Leipzig 1885) 505; T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³ 3 cit., 998 ss.; O. HIRSCHFELD, *Die kaiserliche Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*² (Berlin 1905, rist. 1975) 1 ss.; B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain* (Paris 1942) 33 ss.; H. NESSELHAUF, *Patrimonium und res privata des römischen Kaisers*, in *Historia Augusta Colloquium*, Bonn 1963 (Bonn 1964) 84 ss.; R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche cit.*, 241 s.; A. MASI, *Ricerche sulla res privata del princeps* (Milano 1971) 3 ss.; P. CERAMI, 'Contrahere cum fisco', in *AUPA*. 34 (Napoli 1975) 897 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Bona caduca e giurisdizione procuratoria agli inizi del terzo secolo d.C.*, in *Labeo* 24 (1978) 131 ss.; G. BOULVERT, *L'autonomie du droit fiscal: le cas des ventes*, in *ANRW*. 2.14 (Berlin-New York 1982) 817 ss.; P. A. BRUNT, *The Fiscus and its Development*, in *Roman Imperial Themes* (Oxford 1990, rist. 1998) 134 s.; F. PERGAMI, *Rilievi sulla appartenenza dei fundi rei*

that they are the subject of legacy *praedia Caesaris quae in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt* on the heir does not rest even a duty to pay the *aestimatio* since, Ulpian says, these assets are subtracted from *commercium*, unless there is *iussum* imperial, because of such property is normally excluded *distractio*.

The fragment was not particularly object of suspicion of interpolation⁷⁴, indeed manifesting in doctrine positive assessment about its authenticity⁷⁵, while feeding on strong doubts on *nisi iussu principis*, while there are doubts about the genuineness of the reference of Ulpian expression '*quoniam eorum commercium not sit*'.

The fragment, indeed, invests the problem of legacy concerning the *praedia Caesaris quae in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt* and in particular the relationship that would create between such property and *res extra commercium*: in fact, if Scherillo resorted again once the concept of *res extra commercium* in a relative sense⁷⁶, the Bonfante ascribed no doubt, as noted in the fragment analyzed previously, to things excluded from trade in an absolute sense, that at present are part of the heritage of anybody⁷⁷.

publicae alla res privata principis nella legislazione tardo imperiale, in Gaetano Scherillo. Atti Convegno Milano cit., 129 ss.; M. ALPERS, Das nachrepublikanische Finanzsystem. Fiscus und Fisci in der frühen Kaiserzeit (Berlin-New York 1995) 1 ss.; E. LO CASCIO, Patrimonium cit., 97 ss., spec. 109 s.

⁷⁴ See G. BESELER, Einzelne Stellen, in ZSS. 47 (1927) 372; F. KNIEP, Societas publicorum 1 (Jena 1896) 188; O. GRADENWITZ, Ulpian l. 39 § 7-10 D. 30, in ZSS. 26 (1905) 480; P. BONFANTE, Corso 2.1 cit., 68; M. KASER, Vom Begriff des "commercium" cit., 162 nt. 100; C. A. CANNATA, "Possessio" "possessor" "possidere" nelle fonti giuridiche del basso impero romano (Milano 1962) 149 nt. 10; C. BUSACCA, Studi sulla classificazione cit., 25.

⁷⁵ See F. G. SAVAGNONE, Le terre del fisco nello impero romano (Palermo 1900) 40 s.; F. VASSALLI, Concetto e natura del fisco, in Studi Senesi 25 (1908) 92 nt. 1; U. COLI, s.v. Fisco cit., 384 nt. 5; P. DE FRANCISCI, Nuovi appunti intorno al principato, in BIDR. 69 (1966) 78 s.; A. MASI, Ricerche sulla 'res privata' del princeps (Milano 1971) 33 ss.; P. CERAMI, 'Contrahere cum fisco', cit., 361 ss.; F. De MARTINO, Storia della costituzione romana 4.2 (Napoli 1975) 361 ss.; G. BOULVERT, L'autonomie du droit fiscal cit., 836 ss.; E. LO CASCIO, Patrimonium cit., 110 s.

⁷⁶ G. SCHERILLO, Le cose cit., 30.

⁷⁷ P. BONFANTE, Corso 2.1 cit., 11.

In view, however, of an orientation inclined to exclude the assets subject of the fragment by *res quarum commercium non est*⁷⁸, other doctrinal positions manifest together with genuineness of the passage, the belief that the funds imperial object of fragment are unmarketable goods⁷⁹.

I believe, however, that if you accept the thesis of the original traceability to Ulpian expression '*quoniam eorum commercium not sit*', necessarily has to find an explanation for the connection that the jurist has among *praedia Caesaris* and not marketability: under this angle of view, i think that Ulpian, in a context of *ius controversum* who works on the category 'magmatica' of *res extra commercium*, has completed an evaluation regarding legacy on a good imperial, referring to the conceptual category of the good out of the trade, however operating assimilation than other goods, as different in legal status, but potentially related to the category *in fieri* of *res extra commercium*.

So it would seem to address what Ulpian says just before § 10:

D. 30.39.8 (Ulp. 21 ad Sab.): *Si vero Sallustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundum Albanum, qui principalibus usibus deservit, legaverit quis, furiosi est talia legata testamento adscribere. 9. Item campum Martium aut forum romanum vel aedem sacram legari non posse constat.*

If, as we highlighted just before, in § 10 Ulpian explores *patrimonium Caesaris*, excluding marketability⁸⁰, in hindsight the speech of the jurist is started before: in fact Ulpian, after noting that it's possible a legacy of good of others⁸¹, having the heir procure the asset to the

⁷⁸ See C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi* (Modena 1889, rist. 1976) 232 nt. 2; B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni* (Milano 1943) 422 s.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*² (Torino 1962) 242 nt. 6; F. De MARTINO, *Storia della costituzione romana* 4.2 cit., 916 nt. 86; E. LO CASCIO, *Patrimonium* cit., 110.

⁷⁹ P. BONFANTE, *Corso* 2.1 cit., 11; M. KASER, *Vom Begriff des "commercium"* cit., 162; P. CERAMI, '*Contrahere cum fisco*' cit., 362.

⁸⁰ M. KASER, *Vom Begriff des "commercium"* cit., 162: '*Wohl aber stellt D. 30.39.10 das patrimonium Caesaris unter die Sachen ausser commercium*'.

⁸¹ D. 30.39.7 (Ulp. 21 ad sab.): *Constat etiam res alienas legari posse, utique si parari possint, etiamsi difficilis earum paratio sit.*

legatee, although this seems complicated, having to pay the otherwise *aestimatio*⁸², the general rule is to follow the exceptional cases where it's not possible a legacy because of its features.

And therein lies the core of the whole reasoning Ulpian: i do not think it's random use of the verb *parare* alluding precisely the time of purchase, because with it the jurist wants to highlight that the legacy of what someone else has validity only when allowing heir, in *legato per damnationem*, to *redimere* the good, except in case of impossibility that allows to the heir pay the *aestimatio* in favor of the legatee. But the case becomes legally divergent profiles, because to be the object of the legacy is not just a good of others, but a good that is subtracted from the *commercium*.

The hypothesis, therefore, that marks Ulpian in §§ 8-10 represent cases of legacy that have as object in the broadest sense a thing of others, which, however, has some peculiarities under which is subtracted from the merchantability, with the result that legally '*legari non posse constat*': so we have the impossibility of legacy of the *horta Sallustiana*, the *fundus Albanus*, but also the Campus Martius, the Roman Forum and the *aedes sacrae*. All examples of *res in usu publico*, such as the Campus Martius or Roman forum, or *res sacrae*, which are combined assets, such as the gardens of Sallust and the *fondo Albano*, for the person of the *princeps*, and as such also subtracted to *commercium* and therefore not liable to be the subject of legacy⁸³.

At this point, Ulpian, after noting hypothesis of goods undoubtedly out of the *commercium*, then *res quarum commercium not est*, finally examines hypothesis-limit, such as those of the assets of *patrimonium fisci*, for which concludes that, since they do not are normally separated or divided ('*cum distrahi not soleant*'), they constitute goods out of *commercium* and therefore can not be the subject of legacy, unless special

⁸² Gai. 2.202: Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres rem redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat.

⁸³ See P. CERAMI, 'Contrahere cum fisco' cit., 362.

*iussus principis*⁸⁴: whether the exclusion from the legal circuit is certain and established in the cases of § 8 -9, resulting legal impossibility of its related, more nuanced appears Ulpian's statement in relation to the hypothesis contained in § 10, where the same legal consequence, namely the inability to be the subject of legacy, with the corollary of exclusion *redemptio* and *aestimatio*, is surrounded of particular measures, probably because hypothesis that still gave rise to jurisprudential debate and on which rested not certainties.

What has previously been detected would appear to be confirmed in

I. 2.20.4: *Non solum autem testatoris vel heredis res, sed et aliena legari potest: ita ut heres cogatur redimere eam et praestare vel, si non potest redimere, aestimationem eius dare. Sed si talis res sit, cuius non est commercium, nec aestimatio eius debetur, sicuti si campum Martium vel basilicam vel templa vel quae publico usui destinata sunt, legaverit: nam nullius momenti legatum est.*

The text⁸⁵ deals of good out of *commercium*: the exemplification and the legal consequences seem to trace almost verbatim what was stated by Ulpian. In fact, the issue is once again that of the legacy good of others⁸⁶, which we already know from other sources⁸⁷ discipline: as

⁸⁴ See F. De MARTINO, Storia della costituzione romana 4.2 cit., 916 nt. 86; S. CASTAN PEREZ-GÓMEZ, Regimen jurídico de las concesiones administrativas cit., 64; E. LO CASCIO, Patrimonium cit., 109 ss.

⁸⁵ See C. FERRINI, Sulle fonti delle "istituzioni" di Giustiniano cit., 160 ss.; A. EHRHARDT, Litis aestimatio im römischen Formularprozess (München 1934) 25 ss.; M. KASER, Quanti ea res est. Studien zu Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht (München 1935) 88 nt. 15; ID., Vom Begriff des "commercium" cit., 162; E. LEVY, Beweislast im klassischen Recht, in Iura, 3 (1952) 161; B. BIONDI, Successione testamentaria e donazioni (Milano 1955) 423; U. ZILLETTI, La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano (Milano 1961) 156 ss.; G. GROSSO, I legati cit., 251 ss.; S. CASTAN PEREZ-GÓMEZ, Regimen jurídico de las concesiones administrativas cit., 68; C. BUSACCA, Studi sulla classificazione cit., 25 ss.; M. GENOVESE, Res e relative qualifiche cit., 114 ss.

⁸⁶ See P. VOCI, s.v. Legato (diritto romano), in ED. 22 (Milano 1973) 715 e nt. 80; then, C. FERRINI, Teoria generale dei legati e dei fedecommessi cit., 288 ss.; B. BIONDI, Successione testamentaria cit., 243 ss.; G. GROSSO, I legati cit., 244; P. VOCI, Diritto

already reported by Gai. 2.202, which takes over the wording, the legacy that has as its object a good not of the testator or of the heir obliges it to redeem the good, that is to buy it for *praestare* to the legatee: where the *redemptio* was impossible, was the heir *aestimatio* held to the legatee.

If this is the general principle, the institutional passage deepens the discussion with reference to that good '*cuius non est commercium*': in this case, exemplified with reference to the cases of the Campus Martius, basilicas and temples, and of those things '*quae publico usui destinata sunt*', the *Institutiones* contend that the legacy is void ('*nullius momenti*'), not being the heir to *redemptio* neither obliged nor the *aestimatio*.

The feeling that emerges from institutional passage is to ascribe a desire to reach classificatory category of *res quarum commercium non est*: category already widely present in case law and that by means of the hypothesis of legacy of good of others by compilers risen to classification general, which incorporates various classes of goods, some, like the *res divini iuris*, still kept out by Pomponio in D. 18.1.6 pr.

5. Conclusions: the res extra commercium as open category includes acts excluded from the sale.

The fragment analysis conducted up to now has shown that the classical jurists widely say of res excluded from *commercium*, frequently using the expressions of *res quarum* or *eorum commercium non est*⁸⁸ or *res cuius commercium non est*⁸⁹ or *commercium eius non est*⁹⁰, all expressions, we detected, whose authenticity is difficult to doubt, why is a conservative approach adopted in this regard.

The expressions mentioned, often in different contexts thematically, however, are all used by lawyers in negative, indicating significantly those assets excluded from *commercium*. From a content point of view, the

ereditario romano². 2. Successione ab intestato. Successione testamentaria (Milano 1963) 252.

⁸⁷ Gai. 2.202 e 262; D. 30.71.3; 32.14.2; 32.30.6; 35.2.61.

⁸⁸ D. 18.1.6 pr.; 30.39.10

⁸⁹ I. 2.20.4.

⁹⁰ D. 20.3.1.2.

category outlined in a negative, is configured not as *numerus clausus*, but as a container of goods in time, in the game of *ius controversum*, are gradually subsumed in it.

So, if in Pomponius still *res sacrae* appear excluded from *res extra commercium*, Ulpian later seems inclined to encompass them, mentioning the *aedes sacrae*, listing in the *Institutiones* of Justinian expand to contain the basilicas and temples. No doubt, however, the inclusion of the *res in publico usu*, even if the speech of Ulpian in D. 30.39.10 seems to reveal the uncertainty about the fate of the goods components *patrimonium principis*, distinguished itself from *ratio privata*.

Uncertainty about the boundaries of *res quarum commercium non est*, it juxtaposes a heterogeneity of reflections jurisprudential also functionally category: the common thread, however, is the exclusion from the buy and sale, as suggested already Ulp. Reg. 19.5⁹¹ in reference to meaning of *commercium*⁹², and as is shown by the fact that two important examples, such as those offered to us by D. 18.1.6 pr. and D. 18.1.34.1 consequence of selling, the not marketability of the object of which entailed the nullity of the same.

In this regard, the very discussion in D. 20.3.1.2 extent also to the pledge, as well as to the sale, as a consequence of not marketability, on the basis of the rescript of Antoninus Pius, endorse the idea that from a legal category of *res quarum commercium not est* had settled, functionally, which ousted set of goods, on pain of nullity, by the use of those formal acts, in principle probably the *gesta aes et libram*, presenting a buy and a sell, that would supplement the most important acts of exchange, in line with the meaning of *commercium*⁹³.

⁹¹ *Commercium est emendi vendendique invicem ius.*

⁹² See A. CORBINO, *Diritto privato romano*² cit., 287: 'Il ius commercii comportava la facoltà di compiere attività di scambio delle "merci" (delle cose aventi cioè rilievo economico) con le stesse forme e gli stessi effetti giuridici (trasferimento e acquisto della loro "proprietà") che si avevano quando quelle attività intervenivano tra Romani'.

⁹³ See G. HUMBERT, *Commercium* cit., 1406: 'Le commercium ou jus commercii peut être envisagé en droit romain par rapport aux personnes ou aux choses. Sous le premier point

The exclusion from the traffic law of *res quarum commercium non est* have consequences: the discourse conducted by Ulpian in D. 30.39.7-10 highlights how jurists suddenly sense the potential expansive category, with effects that went far beyond the simple ban of sell. If, in fact, the pledge, could also indirectly lead to the purchase of the property or the proceeds of the asset seized by the pledgee, is to be included among the effects of not marketability, same analogical reasoning leads to exclude the possibility of applying the discipline of legacy of good of others to *res extra commercium*, on the basis of the reasoning by which the legacy of good of others the heir is obliged to '*parare*', i.e. to purchase the property, activities we have detected be prohibited for *res extra commercium*: with the result exceptional as to be excluded also the duty to pay the *aestimatio*, probably ruling out that such property by their nature are subject to evaluation.

The workings of the classical jurists, ranging from Pomponius to Paulus in Ulpian in Marcianus, confirms the presence, already in the age of the Principato, of distinction within the *res*, in which stands firm foundation with the category of *res quarum commercium not est*: it is, for the reasons set out above, a category stable in the statements of *iuris periti*, but on which appears the incessant work of interpretation face, not to assert its existence, but to expand the goods on and expand the analogy mesh of the legal effects of the new understanding in it.

Likely, this is *interpretatio* to stand in close relationship with the concept of *commercium*⁹⁴ that, taking origin from the exchange of *merx*⁹⁵, indicates, as has often been pointed out, the act of buying and selling⁹⁶:

de vue c'est le droit de participer à un contrat ou à une manière d'acquérir la propriété admise par le droit civil romaine'.

⁹⁴ Isid. or. 5.25.35: *Commercium dictum a mercibus, quo nomine res venales appellamus.*

⁹⁵ See E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis* 3 (Patavii 1805) s.v. *merx*: *res ipsa, quae emitur, venditurve.*

⁹⁶ Cic. Verr. 6.59: *Commercium alicuius rei habere dicitur is, qui eam vel alienare, vel acquirere potest*; C. 4.40.3 (Imperatores Arcadius, Honorius): *Quia nonnunquam in diversis litoribus distrahi publici canonis frumenta dicuntur, vendentes et ementes sciant capitali poenae se esse subdendos et in fraudem publicam commercia contracta damnari;*

the renewed consideration of the case law on meaning of *commercium* serves to create a circularity with respect to the scope of our figure, with the effect of influencing the same scope of it, where the legal act tent to realize a type of ownership.

In I. 2.20.4 it's possible see a now crystallized characterization of the figure of *res quarum commercium non est* emerges, regardless of legacy, with greater clarity: the step Justinian seems to tend to stabilize a figure, whose character classification of goods in categories has already emerged gradually in the thinking of the classical jurists, but whose 'mobili frontiere' have characterized the debate in the jurisprudence of the Principato, with the effect that its vagueness in terms of content might help to explain the absence in the *Institutiones* of Gaius.

C. 4.42.2.1 (Imperator Leo): Barbarae autem gentis eunuchos extra loca nostro imperio subiecta factos cunctis negotiatoribus vel quibuscumque aliis emendi in commerciis et vendendi ubi voluerint tribuimus facultatem; C. 4.63.3 (Imperatores Honorius, Theodosius): Nobiliores natalibus et honorum luce conspicuos et patrimonio ditiores perniciosum urbibus mercimonium exercere prohibemus, ut inter plebeium et negotiatorem facilius sit emendi vendendique commercium.

*Commediografi latini e relativi modelli greci:
qualche osservazione a margine*

Salvatore Antonio Cristaldi PhD*

Abstract:

Secondo l'autore, attraverso l'esame di alcuni brani di Gellio è possibile ricostruire l'atteggiamento tenuto da alcuni commediografi (Plauto e Terenzio, in particolare) rispetto ai modelli greci di riferimento.

Keywords: *Plautus* – roman comedy – *vortere* – *Terentius* – Greeks models

*Latin Oyunlari Ve İlgili Yunan Modelleri:
Sinirda Bazi İncelemeler*

Özet:

Yazara göre, *Gellius*'un bazı metinlerinin incelenmesiyle, Latin oyun yazarlarının (özellikle *Plautus* ve *Terentius*) Yunan modellerine yönelik tutumunun izini takip etmek mümkündür.

Anahtar Sözcükler: *Plautus* – Roma Komedyası – *vortere* – *Terentius* – Yunan modelleri

Sommario: – 1. Premessa; – 2. *Maccus vortit barbare*; –2.1. Plauto testimone del suo tempo; –3. L'attenzione del suo pubblico; –4. Terenzio vs. Luscio di Lanuvio: le ragioni di una polemica.

* Ricercatore confermato presso la Facoltà di Scienze economiche e giuridiche dell'Università degli Studi di Enna-Kore.

1. In un mio precedente articolo apparso in *Index*¹, occupandomi direttamente della questione della “romanità” e dell’attendibilità di Plauto ai fini della ricostruzione del contenuto dell’obbligazione del venditore nell’epoca repubblicana, non ho potuto fare a meno di allargare il campo d’indagine e di lambire il più ampio e discusso problema della «fedeltà»² del commediografo ai cosiddetti modelli greci ispiratori.

L’estrema suggestività del tema mi ha spinto a tornare sull’argomento e a meglio riconsiderare alcuni degli aspetti che più in generale, allora, mi avevano incuriosito, e che, indubbiamente, oggi costituiscono una preziosa premessa che rafforza quanto in quella sede è emerso circa l’attendibilità del commediografo ai fini della ricostruzione del contenuto della compravendita romana.

2. *Maccus vortit barbare.*

Plauto, come può spesso osservarsi, ambienta le sue commedie in Grecia, svolgendo il dipanarsi dell’intreccio in una città greca della quale

¹ S.A. CRISTALDI, *Diritto e pratica della compravendita nel tempo di Plauto*, in *Index*, 39(2011), p. 491 ss.

² Sulla controversa questione, più in generale, v.: F. LEO, *Lectiones Plautinae*, in *Hermes*, 18 (1883), p. 558 ss.; H. W. PRESCOTT, *The interpretation of roman comedy*, in *Class. Phil.*, 11 (1916), p. 125 ss.; P. J. ENK, *Quelques observations sur la manière dont Plaute s’est comporté envers se originaux*, in *Revue de Philologie*, 12 (1938), p. 289 ss.; A. ROSTAGNI, *La Letteratura di Roma repubblicana ed augustea*, Bologna, 1939, p. 83 ss.; G. VITELLI e G. MAZZONI, *Manuale della letteratura latina*, Firenze, 1942, p. 16 ss.; E. BIGNONE, *Storia della letteratura latina*, Firenze, 1945, p. 211 ss.; E. MARMORALE, *Storia della letteratura latina dalle origini al VI sec.* Napoli, 1945, p. 22 ss.; F. DELLA CORTE, *Da Sarsina a Roma*, Genova, 1952, p. 15 ss.; G.E. DUCKWORTH, *The nature of roman comedy. A study in popular entertainment*, Princeton, 1952, p. 384 ss.; R. PERNA, *L’originalità di Plauto*, Bari, 1955, p. 1 ss.; T. MOMMSEN, *Storia di Roma antica I*² (Piacenza 2001 rist. ed. 1960), p. 1096 ss.; U. E. PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, Milano, 1962, p. 1 ss.; F. TREVES FRANCHETTI, s.v. «Plauto», in *NNDI*. XIII, Torino, 1966, p. 129; E. PARATORE, *La letteratura latina dell’età repubblicana e augustea*⁹, Firenze-Milano, 1969, p. 39; Id., *Il teatro latino*, in *Introduzione allo studio della cultura classica*, Milano, 1972, p. 259 ss.; E. FRAENKEL, *Elementi Plautini in Plauto* [titolo originale dell’opera: *Plautinisches im Plautus* (Berlin 1922)] trad. di F. Munari rist. ed. 1960, Firenze, 1972; E. GABBA, *Arricchimento in Plauto e Terenzio*, in *Index*, 13 (1985), p. 5 ss. Più in generale, sul problema del rapporto teatro greco-latino, oltre agli autori già citati, confronta anche P. ARNOTT, *Drama*, in *Civilization of the Ancient Mediterranean, Greece and Rome III*, New York, 1988, 1477 ss.; e da ultimo: AA.VV., *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, cur. E. Cantarella e L. Gagliardi (Milano 2007).

quasi sempre indica il nome³. Spesso, inoltre, egli riferisce puntualmente quale sia l'autore (Menandro, Filemone, Difilo) e il titolo dell'opera dalla quale ha tratto l'*argumentum* della sua commedia. Sovente, il testo si arricchisce di termini⁴, riferimenti e usi greci⁵.

Appare perciò evidente che, nelle sue commedie, l'inscenata "grecità" è volutamente ostentata; e come lo stesso Plauto puntualizza nel prologo dei *Menaechmi*⁶ (che principia proprio con il noto *Adporto vobis Plautum*),

vv. 7-14: *Atque hoc poetae faciunt in comoedis :/ omnis res gestae esse Athenis autumant,/ quo illud Graecum videatur magis ...*

questo doveva essere un atteggiamento comune a molti poeti, che, nello scrivere le commedie, si curavano di rappresentare la scena ad Atene, perché così il loro lavoro *Graecum videatur magis*.

È questo un passaggio prezioso per la comprensione della regia scenica e della poetica del sarsinate, poiché in esso Plauto indica esplicitamente quali sono i presupposti e "le tendenze" alle quali aderiscono lui stesso e gli altri commediografi (*poetae faciunt*)⁷. C'è qui una testimonianza diretta di quella forte attrazione⁸ ed ammirazione⁹ che Roma¹⁰ ebbe per il mondo greco a partire dal III sec. a.C.¹¹ e che portò i

³ Delle ventuno commedie c.d. "varroniane", più della metà sono ambientate ad Atene, Tebe, Sicione, Epidauro, Efeso, tutte località greche.

⁴ Cfr., per es.: *Cas.*, vv. 729a ss.; *Capt.*, vv. 880 ss.; *Poen.*, v. 137; *Pseud.*, vv. 713 ss.

⁵ Per i quali vd. PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, cit., p.12 ss.

⁶ Forse la commedia più antica (anteriore al 212 a.C.), così ROSTAGNI, *La letteratura di Roma*, cit., p. 89.

⁷ Naturalmente una cosa è il clima culturale respirato da Plauto ed al quale egli in qualche modo s'informa, altra cosa è vedere quanto egli possa effettivamente considerarsi filoellenico. Sul punto G. MONACO, *Teatro di Plauto*, I. *Il Curculio*, Roma, 1963, p. 55 ss.

⁸ Gell., *N.A.*, 11,8,1, per esempio, riferisce del tentativo di Aulo Albino di scrivere una Storia di Roma in lingua greca, ed ancora, è celebre il passo di Orazio (*Epist.* 2,1,156) dove si attesta: *Graecia capta ferum victorem cepit et artes intulit agresti Latio*.

⁹ Sul punto, tra gli altri, vd.: ROSTAGNI, *La letteratura di Roma*, cit, p. 99 ss.; PERNA, *L'originalità di Plauto*, cit., p., 1 ss.; FRAENKEL, *Elementi Plautini in Plauto*², cit. p. 368 ss.; B. GENTILI, *Theatrical performances in the ancient world*, Amsterdam, 1979, p. 91 ss.

¹⁰ E' noto, per esempio, il filoellenismo del circolo degli Scipioni. Cfr. al riguardo, ROSTAGNI, *op. cit.*, p. 127 ss.; P. GRIMAL, *Le siècle des Scipions. Rome et*

poeti a sentire la “greccità” come canone imprescindibile e veicolo di poetica, come portale d’accesso di un mondo visto, sentito e vissuto come “modello”¹² (da imitare¹³ persino nei suoi diversi generi letterari¹⁴).

Quel che in questa sede vogliamo mettere in chiaro è proprio l’atteggiamento dei poeti latini, Plauto, in particolare, rispetto ai modelli greci cui si ispirano.

Quello che sappiamo è che Plauto, rispetto ai modelli cui dice d’ispirarsi, descrive la sua attività utilizzando il verbo *vertere*:

Asin., vv.10-11 : *huic nomen Graece 'Onagōj fabulae;/ Demopilus scripsit, Maccus v o r t i t barbare ;/ Asinariam volt esse, si per vos licet.*

Trin., vv.18-20 : *Huic Graece nomen est Thesauro fabulae :/ Philemo scripsit, Plautus v o r t i t barbare*¹⁵;/ *nomen Trinummo fecit*¹⁶.

l'Hellénisme au temps des guerres puniques, Paris, 1953, p. 13 ss.; E. PARATORE, *Indizi di natura sociale nel teatro latino*, in *Dioniso*, 43 (1969), p. 48; L. HOLFORD-STREVENSON, *Aulus Gellius*, London, 1988, p. 143; F. BERTINI, *Plauto e dintorni*, Roma-Bari, 1997, p. 109.

¹¹ Cfr. Orazio, *Epist.*, 2,1,161 : *Serus enim Graecis admovit acumina chartis et post Punica bella quietus quaerere coepit, quid Sophocles et Thespis et Aeschylus utile ferrent*. Cfr. ancora Aulo Gellio, *N.A.*, 17, 21, 42-43 : *Annis deinde postea paulo pluribus quam viginti pace cum Poenis facta consulibus <C.> Claudio Centhone, Appii Caeci filio et M. Sempronio Tuditano primus omnium L. Livius poeta fabulas docere Romae coepit post Sophoclis et Euripidis mortem annis plus fere centum et sexaginta, post Menandri annis circiter quinquaginta duobus.*

¹² Scrive Orazio rivolgendosi ai poeti, *Epist.*, 3, 51ss.: ... *dabiturque licentia sumpta pudenter, et nova fictaque nuper habebunt verba fidem, si Graeco fonte cadent parce detorta.*

¹³ Per una generale tendenza all’imitazione vd. altresì Sall., *De coniur.Catil.*, 51 : *quod ubique apud socios aut hostes, idoneum videbantur cum summo studio exsequebantur : imitari quam invidere bonis malebant.*

¹⁴ Orazio ci racconta del tentativo di traduzione della tragedia greca realizzato a Roma, *Epist.*, 2,1,164: *Temptavit quoque rem si digne v e r t e r e posset et placuit sibi, natura sublimis et acer.* Sulla “recezione” latina della tragedia greca vd.: P. GRIMAL, *Le théâtre antique*, Vendôme, 1978, p. 92 ss.; A. La PENNA, *Fra teatro, poesia e politica romana*, Torino, 1979, p. 56 ss. Cfr. anche Gell., *N.A.*, 11,4, 3: *Hoc versus Q. Ennius, cum eam tragoediam verteret, non sane incommode aemulatus est...* Più in generale, inoltre, A. TRAINA, *Pathos ed Ethos nelle traduzioni tragiche di Ennio*, in *Maia*, 1964, pp. 112 ss. (= in *ID.*, *Vortit barbare. Le traduzioni poetiche da Livio Andronico a Cicerone*, Roma, 1970, p. 113 ss., da cui si cita).

Ora, se *vertere* s'intende nel senso "proprio" di tradurre¹⁷, anche Plauto ha "tradotto" (come per altro ha sostenuto una parte considerevole della dottrina)¹⁸.

¹⁵ Sullo specifico significato del termine *barbarus* vd.: G. PETRONE, *Teatro antico e inganno: finzioni plautine*, Palermo, 1983, p. 33 ss.

¹⁶ Di *vertere* si parla anche nell'*Amph.* vv. 54 ss.: *Eandem hanc, si voltis, faciam ex tragoedia/ comoedia ut sit omnibus isdem vorsibus.*

¹⁷ Doveva certamente tradurre "bene" se come ci riferisce Gell., *N.A.*, 15, 24, Volcacio Sedigito nel suo libro *Sui Poeti*, collocava Plauto subito dopo Cecilio Stazio e prima di Terenzio (sul punto vd.: W. BEARE, *I Romani a teatro [The roman stage]*, trad. it. di M. De Nonno], Bari, 1993, p. 133 ss.).

¹⁸ Secondo un orientamento dottrinario, ancora in divenire tra la fine dell'ottocento e i primi decenni del novecento, ma divenuto assolutamente prevalente – sebbene secondo sfumature ed argomentazioni variamente articolate – nel corso della metà novecento (e oggi molto meno diffuso), Plauto sarebbe stato un mero traduttore di commediografi greci. Una delle sue espressioni più evidenti di questo modo d'intendere l'attività di Plauto può rinvenirsi proprio in M. SCHANZ - C. HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*¹, I, München, 1959, p. 76, dove leggiamo: «Plautus ist kein originaler Dichter; auch er hat nur griechische Vorlagen für die römische Bühne zurechtgemacht, Stücke der neuern Komödie, des Menander, Diphilos, Philemon, aber auch eines so obskuren Dichters, wie es Demophilos ist (...) Griechisch ist der Ort, fast stets Athen, und griechisch die Zeit, die der Diadochen; griechisch sind die Personen und griechisch das Recht, unter dem sie stehen, griechisch die Beamten und griechisch das Fest und die Kunst; man trinkt griechischen Wein und zahlt mit griechischer Münze (...)». Considerano Plauto un traduttore, sebbene con posizioni variamente sfumate ed articolate, tra gli altri: A.W.SCHLEGEL, *Vorlesungen über dramatische Kunst und Literatur*, I, Heidelberg, 1809, p. 326 ss.; F. LEO, *Plautinische Forschungen zur Kritik und Geschichte der Komödie*, Berlin, 1895, p. 95; Ph. E. LEGRAND, *Daos. Tableau de la comédie grecque* (Lyon-Paris 1910) 347-375 e 589-611; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, p. 570 nt. 3; Id. rec. di E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890, in *NRH.*, 17 (1893), p. 795 ss.; R. DARESTE, *Le droit romain et le droit grec dans Plaute*, in *Études d'histoire du droit*, 2 (1926), p. 148 ss.; O. FREDERHAUSEN, *De iure plautino et terentiano*, Gottinga, 1906; Id., *Studien über das Recht bei Plautus und Terenz*, in *Hermes* 47 (1912), p. 199 ss.; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*², München, 1912, p. 83 ss.; G. PASQUALI, *Stravaganze quarte e supreme*, Venezia, 1951, p. 64; G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 90; U.E. PAOLI, *Comici latini cit. passim* [analoghe considerazioni vengono svolte dallo studioso in *Droit attique et droit romain dans les rhéteurs latins, in Altri studi di diritto romano*, Milano, 1976, p. 79 ss.]; Id., *Diritto Attico e Diritto Greco*, in *Scritti di Diritto Romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1943, p. 573 ss.; Id., *Le développement de la polis athénienne et ses conséquences dans le droit attique*, in *RIDA.*, 1 (1948), p. 153 ss.; Id., *La in ius vocatio dans les comedies de Plaute*, in *Studi Senesi*, 63 (1952), p. 283 ss.; Id., *Nota giuridica su Plauto*, in *Ivra*, 4

Ma che cosa effettivamente i Romani intendevano quando utilizzavano il verbo *vertere* per descrivere il tipo di attività condotta sul modello di riferimento?

Purtroppo non possediamo per intero nessuna delle commedie che servirono a Plauto da modello di riferimento¹⁹: ciò ci impedisce di risolvere direttamente l'annoso e secolare problema di quanto egli sia stato fedele al modello greco.

Sappiamo però che Cecilio Stazio²⁰, ha “tradotto”²¹ da Menandro come risulta dalla testimonianza di Gellio che qui parla in prima persona:

(1953), p. 174 ss.; Id., *Lo Stichus di Plauto e l'aferesi paterna in diritto attico*, in *Sudi in onore di P. De Francisci*, I, Milano, 1954, p. 233 ss.; Id., *Le fonti di diritto attico*, in *Studi Senesi*, 70 (1958), p. 161 ss.; G. MONACO, *Qualche considerazione sullo sfondo politico e sociale del Teatro di Plauto*, in *Dioniso*, 43 (1969), p. 301 ss.; P. WITT, *Die Übersetzung von Rechtsbegriffen*, in *SDHI*, 37 (1971), p. 217 ss.; BEARE, *I Romani a teatro*, cit., p. 73 ss.; D. CLOUD, *The Lex Papiria de sacramentis*, in *Athenaeum* 80 (1992) 175 ss.; più cauti però: A. ROSTAGNI, *La letteratura di Roma*, cit., p. 92, che parla di rapporti di dipendenza o di imitazione; F. DELLA CORTE, *Da Sarsina a Roma*, cit., p. 106; E. FRAENKEL, *Elementi Plautini*, cit., p. 365 ss., che considera le commedie di Plauto come «adattamenti» di precedenti greci; ed ancora, H. SCHNIDER, *Aeltere Quellen zum römischen Staatsrecht*, Winterthur, 1955, p. 9 ss.; G. CHIARINI, *La rappresentazione teatrale*, in *Lo spazio letterario di Roma antica II*, Roma, 1989, p. 157 ss.

¹⁹ Frammenti dell'opera menandrea sono confrontati con gli “omologhi” plautini in E. W. HANDLEY, *Menander and Plautus: a study in comparison*, London, 1968, p. 3 ss. Cfr., più in generale, A. TRAINA, *Terenzio «traduttore»*, in *Belfagor*, 1968, p. 431 ss. (= in ID., *Vortit barbare. Le traduzioni poetiche da Livio Andronico a Cicerone*, cit., p. 167 ss., da cui si cita).

²⁰ Cecilio Stazio nacque tra il 230 e 220 a.C e morì intorno al 165 d.C (quindi della generazione che sta tra Plauto e Terenzio). Fu amico di Ennio, rivale di Plauto e protettore di Terenzio. Sulla vita e poetica di Cecilio vd., tra gli altri, F. ARNALDI, *Da Plauto a Terenzio*, II, Napoli, 1948, p. 62 ss.; DUCKWORTH, *The nature of roman comedy. A study in popular entertainment*, cit., p. 46 ss.; N. TERZAGHI, *Prolegomeni a Terenzio*, Roma, 1970, p. 15 ss.; J. WRIGHT, *Dancing in chains: the stylistic unity of the comoedia palliata*, Roma, 1974, p. 87 ss.; A. LA PENNA, *Fra teatro, poesia e politica romana*, cit., p. 35 ss.; G. ARICÒ, in *Storia della civiltà letteraria greca e latina* (diretta da I. Lana ed E. Maltese), II, cit., p. 349.

²¹ Al riguardo, in particolare, vd.: A. TRAINA, *Sul vertere di Cecilio Stazio*, in *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, CXVI, class. mor., 1958, pp. 385 ss. (= in ID., *Vortit barbare. Le traduzioni poetiche da Livio Andronico a Cicerone*, cit., p. 41 ss., da cui si cita).

Gell., *N.A.*, 2,23,1: *Comoedias licitamus nostrorum poetarum sumptas ac versas de Graecis Menandro aut Psidippo aut Apollodoro aut Alexide et quibusdam item aliis comicis... Caecili Plocium legebamus ; ... Libitum et Menandri quoque Plocium legere, a quo istam comoediam verterat,*

Leggo sovente, scrive l'erudito, commedie dei nostri poeti *sumptas ac versas* da autori greci: Menandro, Posidippo, Apollodoro, Alesside, o qualche altro autore comico... Leggevo il Plocione di Cecilio ... e mi venne voglia di leggere il Plocione di Menandro dal quale *verterat* questa commedia. Ma quale differenza qualitativa (*nihil dicam ego, quantum differat*) tra la copia latina e quella greca!

Lo stesso Gellio²², proprio al fine di dimostrare la differente qualità artistica²³ tra il Plocione di Menandro e la commedia omonima di Cecilio, riporta e confronta alcuni frammenti delle due opere, che qui è il caso di riprodurre proprio perché dal loro diretto raffronto emerge un primo dato sintomatico: tra i due testi riferiti non è assolutamente possibile parlare di traduzione letterale.

²² Che cita spesso Plauto. Sul contenuto delle diverse citazioni vd.: HOLFORD-STREVEN, *Aulus Gellius*, cit., p. 115 ss., pp. 142 e 157 ss.; M.L. ASTARITA, *La cultura nelle Noctes Atticae*, Catania, 1993, *passim* (cfr. anche Rec. di O. DILIBERTO, in *Labeo*, 42 (1996), p. 277 ss.).

²³ Scrive il TRAINA, *Sul vertere di Cecilio Stazio*, cit., p. 48: “ Il giudizio di Gellio bisogna intenderlo nei presupposti storici che condizionavano il suo gusto accademico e neoatticistico; e il confronto giova a rilevare la diversità dei due commediografi, e quindi a intenderne meglio la rispettiva fisionomia. Alla composta, levigata *lexis* menandrea, fatta di espressioni comuni, di ritmi uniformi e pacati, senza scabrosità e impennate, conforme all'ideale della *μίμησις τοῦ βίου*, Cecilio contrappone uno stile mosso e sensuoso, greve di allitterazioni..., di omeoteleuti..., di figure etimologiche ...: lo stile che gli veniva dalla tradizione dei *carmina*, confluita nella poesia latina da Andronico... Piena adesione, dunque, ai modelli tradizionali; originalità formale di fronte al modello greco, non ai predecessori latini”.

Gell. N.A., 2, 23,9-10:

Menander sic:

ἐπ' ἀμφοτέρα νῦν ἠπίκληρος ἢ
καλή / μέλλει καθευδήσειν.
κατείργσται μέγα / καὶ περιβό
ητον ἔργον· ἐκ τῆς οἰκίας /
ἐξέβαλε τὴν λυποῦσαν, ἣν
ἐβούλετο, / ἴν' ἀποβλέπωσιν
πάντες εἰς τὸ Κρωβύλης /
πρόσωπον ἢ τ' εὔγνωστος
οὔσ' ἐμὴ γυνή / δέσποινα. καὶ
τὴν ὄψιν, ἣν ἐκτήσατο / ὄνος
ἐν πιθήκοις τοῦτο δὴ
τὸ λεγόμενον / ἔστιν. σιωπᾶν
βούλομαι τὴν νύκτα τὴν /
πολλῶν κακῶν ἀρχηγόν.
οἴμοι Κρωβύλην / λαβεῖν ἔμ' εἰ
καὶ δέκα τάλαντα ... / τὴν ῥῖν'
ἔχουσιν πῆχεως· εἴτ' ἐστὶ τὸ
/ φρύαγμα πῶς ὑποστατόν;
<μὰ τὸν> Δία / τὸν Ὀλύμπιο
καὶ τὴν Ἀθηνᾶν, οὐδαμῶς.
παιδισκάριον θεραπευτικὸν
δὲ καὶ λόγου / τάχιον
ἀπαγέσθ' ὧδε. τίς ἄρ' ἂν
εἰσάγοι;

Caecilius autem sic:
is demum miser est, qui
aerumnam suam nescit
occultare/ ferre: ita me uxor
forma et factis facit, si taceam,
tamen indicium./ Quae nisi
dotem, omnia, quae nolis, habet:
qui sapiet, de me discet./ qui
quasi ad hostes captus liber
servio salva urbe atque arce./
Quae mihi, quidquid placet, eo
privatu vim me servatum./ Dum
<ego> eius mortem in hio,
egomet vivo mortuus inter
vivos./ Ea me clam se cum mea
ancilla ait consuetum, id me
arguit./
ita plorando, orando, instando
atque obiurgando me obtudit./
eam uti venderem; nunc credo
inter suas/ aequalis et cognatas
sermonem serit:/ "quis vestrarum
fuit integra aetatula,/ quae hoc
idem a viro/ impetrarit suo, quod
ego anus modo/ effeci, paelice ut
meum privarem virum?"/
haec erunt concilia hodie,
differor sermone miser

Così come non si può parlare di traduzione a proposito di questi altri versi, che Gellio riferisce subito dopo aver sottolineato la mancata riproduzione da parte di Cecilio di intere scene presenti invece nell'omonima commedia di Menandro (illud Menandri de vita hominum media sumptum, simplex et verum et delectabile, nescio quo pacto omisit):

N.A., 2, 23, 12:

A. ἔχω δ' ἐπικληρον Λάμια· οὐκ εἶρηκά σοι/ τοῦτ'; εἴτ' ἄρ' οὐΧί; κυρίαν τῆς οἰκίας/ καὶ τῶν ἀγρῶν καὶ πάντων ἀντ' ἐκείνης/ ἔχομεν.

B. ἄπολλον, ὡς χαλεπόν.

A. χαλεπώτατον./ ἅπανσι δ' ἀργαλέα ἴσθιν, οὐκ ἐμοὶ μόνω,/ υἱῷ πολὺ μᾶλλον, θυγατρί. B. Πρᾶγμα ἄμαχον λεγεις. A. εὖ οἶδα.

A. Sed tua morosane uxor, quaeso, est? B. Va! Rogas?/

A. Qui tandem? B. Taedet mentionis, quae mihi/, ubi domum adveni, adsedi, extemplo savium/ dat ieiuna anima. A. Nil peccat de savio: ut devomas, vult, quod foris potaveris.

Poi ancora :

ὦ τρὶς κακόδαιμον, ὅστις ὦν πένες γαμεῖ/ καὶ παῖδα ἰδοποιεῖ. ὡς ἀλόγιστος ἐστ' ἀνὴρ,/ ὃς μήτε φυλακὴν τῶν ἀναγκαίων ἔχει,/ μήτ' ἂν ἀτυχήσῃ εἰς τὰ κοινὰ τοῦ βίου,/ ἐπαμφιέσαι δύναται το τοῦτο χρήμασιν./ ἀλλ' ἐν ἀκαλύπτῳ καὶ τάλαιπώρῳ βίῳ/ χειμαζόμενος ζῆ τῶν μὲν ἀνιαρῶν ἔχων/ τὸ μέρος ἀπάντων, <τῶν δ' > ἀγατῶν οὐδὲν μέρος./ ὑπὲρ γὰρ ἐνόσ ἀλγῶν ἄπαντας νουθητεῶ²⁴.

is demum infortunatus est homo./ pauper qui educit in egestatem liberos/, cui fortuna et res ut est continuo patet./ Nam opulento famam facile occultat factio

²⁴ Per una lettura critica dei passi nei loro reciproci rapporti, inoltre, vd. HOLFORD-STREUVENS, *Aulus Gellius*, cit., p. 146 ss.

Eppure Gellio, con riferimento al Plocione di Cecilio, aveva detto che *Menandri quoque Plocium legere, a quo istam comoediam verterat*.

Ebbene, una preziosa indicazione circa il tipo di atteggiamento che, secondo Gellio, Cecilio avrebbe avuto rispetto alla omonima commedia di Menandro si trova in *N.A.* 3,16,4:

sed noster Caecilius, cum faceret eodem nomine et eiusdem argumenti comoediam ac pleraque a Manandro sumeret...

Il passo, in vero, sembra proprio scomporre e disarticolare quel tipo di attività che trovava nel *vertere* la sua espressione terminologica.

Prima, con *vertere* era stato indicato il tipo di atteggiamento tenuto da Cecilio rispetto all'opera menandrea (*N.A.*, 2,23,4-5); nel testo appena riferito, quell'atteggiamento comincia a delinearci più chiaramente, assumendo specifici contenuti: assunzione dello stesso titolo della commedia, dello stesso argomento, e utilizzo – meglio – impiego della “maggior parte” della commedia menandrea.

2.1. Plauto testimone del suo tempo.

Per Plauto, come già detto, non disponiamo di un tale materiale; quel che ci resta, però, consente di ricostruire abbastanza chiaramente il tipo e la natura del rapporto che egli ha avuto con gli originali greci.

Un primo indizio in questo senso deriva dall'esame dei criteri sulla base dei quali si è proceduto alla difficile cernita delle tante commedie (centotrenta tra originali e apocrife)²⁵ attribuite a Plauto²⁶.

Preziose indicazioni al riguardo ci sono offerte ancora una volta da Aulo Gellio che, nelle *Notti Attiche*, affronta espressamente la questione dell'autenticità delle commedie plautine, questione particolarmente controversa già all'indomani della morte di Plauto, come dimostra il fatto che furono redatti diversi “indici” di commedie “autentiche” realizzati ad opera di Elio, Volcacio Sedigito, Claudio, Aurelio, Accio, Manilio²⁷.

²⁵ Vd. Gell., *N.A.*, 3, 3,11-14.

²⁶ Sui vari manoscritti che ci hanno tramandato il testo delle commedie di Plauto vd.: TREVES FRANCHETTI, voce *Plauto*, cit., p. 130; PARATORE, *Storia della letteratura latina*, Milano, 1950, p. 37; ID., *Il teatro latino*, cit., p. 277; MONACO, *Teatro di Plauto, I. Il Curculio*, cit., p. 18 ss.; BEARE, *I Romani a teatro*, cit., p. 277 ss.

²⁷ Gell., *N.A.*, 3,3,1: *Verum esse comperior, quod quosdam bene litteratos homines dicere audivi, qui plerasque Plauti comoedias curiose atque contente lectitarunt, non indicibus Aelii nec Sedigiti nec Claudii nec Aurelii nec Accii nec Manilii super his fabulis...*

Secondo Gellio (che qui tuttavia sta riferendo *quod quosdam bene litteratos homines dicere audivi*) però, nell'affrontare la questione dell'autenticità della produzione plautina, non ci si può affidare solo agli indici menzionati, ma occorre riferirsi direttamente a Plauto ed in particolare alle caratteristiche del suo ingegno e del suo stile. Del resto, questo era stato anche il criterio utilizzato da Varrone. Questi, infatti, oltre alle ventuno commedie (le cosiddette "varroniane") sicuramente attribuite a Plauto sulla base del fatto che *dubiosae non erant, sed consensu omnium Plauti esse censebantur*, si era avvalso di questo criterio (*filo atque facetia sermonis Plauto congruentis*) per individuare e riconoscere la paternità plautina anche per altre commedie (come per esempio la *Beota*), in seguito attribuite ad altri poeti (*iam nominibus aliorum occupatas*)²⁸. Così facendo, però, il numero delle commedie originali veniva ad essere certamente superiore alle ventuno solitamente a lui attribuite. D'altronde, – prosegue Gellio – lo stesso L. Elio (*homo eruditissimus*, come egli lo definisce), a seguito della sua attività di cernita, aveva attribuito a Plauto ben venticinque commedie.

Il passo merita di essere ricordato:

Gell., N.A., 3,3,11-14: *Feruntur autem sub Plauti nomine comoediae circiter centum atque triginta; sed homo eruditissimus L. Aelius quinque et viginti eius esse solas existimavit. Neque tamen dubium est, quin istaec, quae scriptae a Plauto non videntur et nomini eius addicuntur, veterum poetarum fuerint et ab eo retractatae, expolitae sint ac propterea resipiant stilum Plautinum.*

Nella seconda parte del frammento, l'erudito spiega le ragioni per le quali le rimanenti commedie non vennero considerate autentiche: non vi è dubbio – osserva Gellio – che quelle commedie che non sono state considerate plautine, pur passando sotto il suo nome, siano state scritte da vecchi poeti (*veterum poetarum fuerint*) e da Plauto (*et ab eo retractatae*,

²⁸ Gell., N.A., 3,3,3: *Hac enim iudicii norma Varronem quoque usum videmus. Nam praeter illas unam et viginti, quae "Varronianae" vocantur, quas idcirco a cetris segregavit, quoniam dubiosae non erat, set consensu omnium Plauti esse censebantur, quasdam item alias probavit adductus filo atque facetia sermonis Plauto congruentis easque iam nominibus aliorum occupatas Plauto vindicavit, sicut istam, quam nuperrime legebamus, cui est nomen Beotica.*

expoliatae) riviste e rimaneggiate, e per questa ragione esse avrebbero conservato il “sapore” dello stile plautino.

Da queste ultime preziose osservazioni gelliane, chiare ma spesso ignorate dalla dottrina prevalente²⁹, risulta allora che il criterio discriminante sulla base del quale si procedette alla cernita delle commedie originali fu quello della totale stesura o riscrittura dell’opera da parte di Plauto³⁰, cosa questa, evidentemente, compatibile anche con l’esistenza d’un precedente modello greco³¹. Si distinguerebbero così commedie scritte *ex novo* da Plauto (*scriptae a Plauto*) e commedie rimaneggiate - o meglio “aggiustate” - dallo stesso commediografo (*ab eo retractatae, expolitae*).

Nella misura in cui Plauto riscrisse *ex novo* (nell’ambito quindi di quelle a lui attribuite), è facile supporre che abbia riadattato interamente la vicenda, ristrutturandola, riproponendola sotto spoglie, abiti, costumi, luoghi anche greci (e questo nel rispetto della moda del tempo)³², ma volgendola alla romanità³³.

²⁹ Diversamente però MONACO, *Teatro di Plauto*, I. *Il Curculio*, cit., p. 15 ss., e HOLFORD-STREVENSON, *Aulus Gellius*, cit., p. 142.

³⁰ Può in questo senso fornire un indizio il duplice tentativo di riportare al tempo della rappresentazione lo svolgimento della vicenda della commedia, nei *Menaechmi* (v. 45 : *propterea illius nomen memini facilius/ quia illum clamore vidi flagitarier*) e nel *Poenulus* (v. 62 : *propterea apud vos dico confidentius,/quia mihi pollinctor dixit qui eum pollixerant*).

³¹ La testimonianza di Gellio sembrerebbe in sostanza confermare almeno quell’orientamento secondo il quale Plauto, pur rifacendosi a precedenti modelli, pur ispirandosi al gusto e alla moda greca avrebbe ricomposto *ex novo* le sue commedie. Scrive in questo senso il COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, cit, p. 32: “Il rapporto vero che corre fra Plauto e le commedie di Difilo, di Filemone e di Menandro parmi che sia quello di chi, avendo letto o vista rappresentare una commedia, la rifà poi a modo suo, sicchè si vale di quella soltanto per il nodo primo del tema, o, meglio, pel motivo di questo” (lo stesso problema, alla fine, potrebbe porsi, con Moliere, anch’egli un traduttore del traduttore ?).

³² Così anche PERNA, *L’originalità di Plauto*, cit., p. 9: “Dove dunque le antiche testimonianze parlano di traduzioni, non ci è lecito, secondo il valore moderno di questo termine, pensare a semplici copie o a letterali riproduzioni dei modelli, ma soltanto ad analogie di contenuti e di canovacci, in cui potevano trovar posto motivi, sentimenti e toni del tutto estranei agli esemplari e dare origine ad autentici capolavori degni di per sé, della più alta considerazione”.

³³ Il FRAENKEL, *Elementi Plautini in Plauto*², cit., p. 384, descrive il rapporto di Plauto con gli originali come quello dell’artista con la materia prima da maneggiare e

Anche poi a voler scartare il primo termine dell'alternativa gelliana (che si articola, d'evidenza, in riscrittura/aggiustamento), il riferimento conserva comunque la sua rilevanza, in quanto testimonia il tipo di atteggiamento avuto da Plauto rispetto ai modelli di riferimento (*retractare, expoliare*)³⁴. Egli si servì di questi come materiale di costruzione dell'architettura comica³⁵, come scrigno dal quale trarre idee³⁶, come fonte inesauribile di vicende³⁷, abiti buffi, maschere e personaggi³⁸.

Inoltre, ad un'attenta considerazione, emergerà che Gellio non utilizza alcun qualificativo di provenienza per le opere *retractatae* da Plauto, segno questo evidente del fatto che probabilmente Plauto si servì anche di materiale non greco (ma siciliano, per esempio, come ci informa Orazio)³⁹, oppure di materiale greco ma già da altri rivisitato⁴⁰. Perché,

trasformare: "Contenuto e forma dei drammi attici sono dunque scomposti totalmente nelle commedie ... ciò malgrado queste rielaborazioni ci appaiono ... come piante fornite di salde radici e di poderosa forza vegetativa" (p. 386). Lo N.W. SLATER, *Plautus in performance. The Theatre of the Mind*, Princeton, 1985, p. 167, parla di "reconceptualization".

³⁴ Cfr Gell., *N.A.*, 3,3.

³⁵ Cfr. *Pseud.*, vv. 568 /570 : *nam qui in scaenam provenit, / novo modo novom aliqui id inventum adferre addeceat ; si id facere nequeat, det locum illi qui queat.*

³⁶ In questo senso vedi PERNA, *L'originalità*, cit., p. 475, secondo cui: "Plauto non creò *ex nihilo* i suoi fantasmi d'arte. Egli, come tutti i commediografi latini suoi contemporanei, ammirò l'arte perfetta della *νέα*, il suo sano verismo, la ricchezza degli intrecci... Saccheggiò anche lui quell'immenso materiale... s'appropriò di canovacci, tipi, di figure, di situazioni... noi siamo tenuti, una buona volta, ad ammettere che Plauto ha creato un'opera nuova". Sul punto cfr. anche FRAENKEL, *Elementi Plautini in Plauto*², cit., p. 384 ss.

³⁷ Scrive il Perna in proposito: "... dopo aver riconosciuto, nell'opera di Plauto, l'appartenenza al mondo greco della quasi totalità dei canovacci, delle figure e dei mezzi d'arte, sentiamo che, ad onta di tale grecità di contenuto e di tecnica, nessuna delle commedie plautine può scambiarsi, nella struttura, negl'intenti, e soprattutto nei toni con una commedia di Menandro ...".

³⁸ Non si dimentichi che anche Plauto come c'informa Terenzio (cfr. *Andr.* 16) fece ampio ricorso alla pratica della *contaminatio*. Sul punto cfr.: G. COPPOLA, *Plauto e la commedia greca*, in *Atene e Roma*, IV (1923), p. 165; JACHMANN, *Plautinisches und Attisches*, Roma, 1966, (ed. anast. dell'ed. Berlin 1931), p. 142 ss.; ROSTAGNI, *La letteratura di Roma*, cit., p. 92; PARATORE, *La letteratura latina*⁶, cit., p. 47.

³⁹ Epicarmo, in particolare. Cfr. Orazio, *Epist.*, II,1,58: *...Plautus ad exemplar Siculi properare Epicharmi.*

allora, non pensare a precedenti lavori di autori di palliate (o di *atellane*⁴¹) e quindi a modelli romani⁴²?

Alla luce di queste considerazioni si può quindi concludere nel senso che Plauto non ha tradotto ma ha, piuttosto, rielaborato e rivisitato; per le note esigenze poetico-stilistiche, ha volutamente e consapevolmente “mantenuto” inalterata l’ambientazione (diremo l’indoratura) greca dei modelli a cui spesso dice d’informarsi⁴³.

3. L’attenzione del suo pubblico.

Ma v’è ancora un altro fattore da considerare per comprendere esattamente l’atteggiamento del sarsinate rispetto ai suoi modelli di riferimento, quello che, come si è visto, trova nel *vortere* la sua sintesi estrema.

Plauto, nelle sue commedie, si rivolge ad un pubblico che è e resta indubbiamente romano⁴⁴,

Cist., vv. 199 ss.: *Servate vestros socios, veteres et novos, / augete auxilia vestris iustis legibus, / perditte perduellis, parite laudem et lauream, / ut vobis victi Poeni poenas sufferant,*

come qui evidentemente s’intuisce dal richiamo ai Puni, ma la cui qualità e “civiltà” è stata costantemente messa in discussione. Tradizionalmente

⁴⁰ Lungo questa direzione si confronti il prologo dello *Poenulus*: *Achillem Aristarchi mihi commentari lubet:/ inde mihi principium capiam ex ea tragoedia*. Aristarco fu coevo di Euripide, autore di una tragedia intitolata *Achille*. Essa era stata già rielaborata da Ennio con il titolo *Achilles Aristarchi*. I versi 3-4 riproducono un frammento di quella tragedia. Sul punto vd., tra gli altri, PARATORE, *Il teatro latino*, cit., p. 275 ss.

⁴¹ Per i rapporti Plauto/Atellana si rinvia a ROSTAGNI, *La letteratura di Roma*, cit., p. 91 ss.; LA PENNA, *Fra teatro, poesia e politica romana*, cit., p. 9 ss.; WRIGHT, *Dancing in chains*, cit., p. 183 ss.; SLATER, *Plautus in performance*, cit., pp. 8 e 147 ss.; BEARE, *I Romani a teatro*, cit., p. 155 ss.; E. LEFÈVRE, *Plautus und Philemon.*, Tübingen, 1995. Cfr. Rec. di N. ZAGAGI, in *Gnomon*, 73 (2001), Heft 1, p. 17.

⁴² Cfr., a proposito dei *Menaechmi*, *Captivi* e *Pseudolus*, MARMORALE, *Storia della letteratura latina dalle origini al VI sec.*, cit., p. 24; più in generale, DUCKWORTH, *The nature of roman comedy*, cit., p. 384 ss.

⁴³ Cfr., Orazio, *Epist.*, 2, 3, 49 ss.: *Si forte necesse est indicibus monstrare recentibus abdita rerum, et fingere cinctus non exaudita Cethegis continget dabiturque licentia sumpta pudenter, et nova fictaque nuper habebunt verba fidem, si Graeco fonte cadent parce detorta. Quid autem Caecilio Plautoque dabit Romanus, ademptum Vergilio Varioque ?*

⁴⁴ Così è la visione romana a condurre la scena. Cfr., ancora, *Cist.*, vv. 562: *non enim hic, ubi ex Tusco modo/ tute tibi indigne dotem quaeras corpore.*

il pubblico delle commedie di Plauto, certamente disomogeneo⁴⁵, viene considerato incolto⁴⁶, ingenuo, grossolano⁴⁷, rozzo⁴⁸, primitivo⁴⁹.

⁴⁵ E non del tutto digiuno di una qualche “pratica” conoscenza giuridica. Così G. FALCONE, *Testimonianze plautine in tema di ‘interdicta’*, in *AUPA.*, 40 (1988), 180.

⁴⁶ A questo pubblico incolto Plauto però si rivolgerebbe con una particolare attenzione alla musicalità del verso, all’efficacia ed “eleganza” della scrittura. Gell., *N.A.*, 6,17, ricorda: *Plautus quoque, homo linguae atque elegantiae in verbis Latinae princeps...*; *Ib.*, 1,7: *et Plautus verborum Latinorum elegantissimus in Aphitruone ...*; *Ib.* 1,22: *In Plauti autem Asinaria manifestus id ipsum scriptum est in his versibus, qui sunt eius comoediae primi...*; ed ancora *Ib.*: 3,14; 4,6; 6,9; 9,12; 11,7. Così pure Quintiliano, *Istitut. Orat.*, 10,1,99.

⁴⁷ SCHNIDER, *Aeltere Quellen*, cit. p. 10.

⁴⁸ MOMMSEN, *Storia di Roma antica*, I², cit., pp. 1089 e 1101 ss.

⁴⁹ Particolarmente severi sulla natura e qualità del pubblico romano si sono mostrati inoltre: BEARE, *Plautus and his publicus*, in *Class. Rev.*, 42 (1928) p. 106 ss., spec. p. 109 in fine [ma con toni meno severi vd. *I romani a teatro*, cit., p. 201 ss.]; FERRINI, *Sull’origine del contratto di vendita in Roma*, cit. p. 58 ss.; W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schulrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, cit., p. 6 nt. 10; PAOLI, *Vita romana*⁴, Firenze, 1945, p. 338 ss.; *ID.*, *Comici latini e diritto attico*, cit., p. 52; G. DE SANCTIS, *Storia dei romani*, IV, II, 1, Firenze, 1953, p. 16 ss.; MOMMSEN, *Storia di Roma antica*, I², cit., p. 1088 ss., e p. 1101 ss.; L. Labruna, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell’emptio consensuale*, in *Labeo* 14 (1968), p. 33 ss.; *ID.*, *Minima de servis I. Il servo <vicario>, lo schiavo <padrone>*, in *Sodalitas*, 7, Napoli, 1984, p. 3556 ss.; MONACO, *Qualche considerazione sullo sfondo politico*, cit., p. 305 ss.; K. GAISER, *Zur Eigenart der römischen Komödie: Plautus und Terenz gegenüber ihren griechischen Vorbildern*, in *ANRW*, II.1, Berlin-New York, 1972, p. 1035 ss.; H. ZEHNACKER, *Plaute et la philosophie grecque à propos du Mercator*, in *Mélanges de philosophie, de littérature et d’histoire ancienne offerts à P. Boyancé*, Rome, 1974, p. 785; PARATORE, *Il teatro latino*, cit., p. 274. Per l’opinione contraria però vd.: M.A. GUILLEMIN, *Le public et la vie littéraire a Rome au temps de la République*, in *REL*, 12 (1934), fasc. 1, p. 52 ss.; J. P. CÈBE, *Le niveau culturel du public plautien*, in *REL*, 38 (1960), p. 101 ss.; E. W. HANDLEY, *Plautus and his Public: some thoughts on new comedy in latin*, in *Dioniso*, 46 (1975) [che raccoglie gli *Atti del V Congresso Internazionale di studi sul dramma antico, Plauto e il Teatro, Roma-Siracusa 15-18 maggio, 1975*], p. 121 ss.; SLATER, *Plautus in performance*, cit., p. 7 ss.; G. CHIARINI, *La recita. Plauto, la farsa, la festa*², Bologna, 1979, p. 216 e nt. 237; FALCONE, *Testimonianze plautine*, cit., p. 183 ed *ivi* ulteriore letteratura.

Sulla controversa “questione” del pubblico plautino cfr. inoltre gl’interventi di M. MAZZA in *Dioniso*, 46 (1975), il primo sulla relazione di PARATORE, *Plauto imitatore di se stesso*, p. 81 (cfr. la replica dello stesso Paratore a p. 85 ss.), il secondo a proposito di *Orientamenti e prospettive della critica plautina* (tema della tavola rotonda conclusiva del convegno), p. 279, dove si legge: “il pubblico di Plauto era estremamente composito, sia sul piano sociale che, correlativamente, sul piano culturale; tale pubblico era sicuramente in grado di cogliere le allusioni a fatti greci, aveva un certo livello di

Forte di questa premessa, la dottrina dominante ha ragionato sostanzialmente secondo questo schema logico: dato un pubblico di tale livello e qualità, il “prodotto commedia” non può che “essersi tarato” su di esso. Così, muovendo sulla falsariga di questa proporzione, il Labruna, tra gli autori più citati al riguardo, rimprovera a Plauto il fatto che “la sua attenzione si dirige alla realizzazione di effetti scenici mirabili, non certo alla coerenza e alla veridicità delle situazioni ... rappresentate ad un uditorio costituito in gran parte... da uomini della strada, sfaccendati... che si interessavano alla vendita di una schiava o di una casa... per gli equivoci, i lazzi, gli imbrogli, le conseguenze pratiche o economiche che da tale operazione potevano derivare nell'intreccio...”⁵⁰.

Qualunque fosse tuttavia il livello culturale e sociale del suo pubblico, esso doveva comunque essere posto nelle condizioni di comprendere e seguire l'ordinario (e quindi romano) svolgimento (anche giuridico) della vicenda rappresentata, perché solo uno svolgimento distorto o fraudolento della stessa avrebbe destato il comico e l'ironico nella vicenda rappresentata.

Come ridere, di cosa ridere, come capire l'imbroglio se non alla luce d'una vicenda per tutti comprensibile⁵¹ anche nei suoi effetti consueti e ordinari⁵².

Il tutto acquista ancor più valore se si considera che, in una commedia, la velocità della battuta, il suo complesso intreccio, la necessaria brevità scenica di molti riferimenti, non possono non

cultura ed era in grado di reagire in maniera non passiva a tutto ciò che si svolgeva sulla scena” ; cfr. inoltre F. DELLA CORTE, *Maschere e personaggi in Plauto*, in *Dioniso*, 46 (1975), p. 178.

⁵⁰ *Contra* vd.: S. Di SALVO, *Lex Laetoria*, Napoli, 1979, p. 26 nt. 22; FALCONE, *Testimonianze plautine*, cit., p. 183 nt. 19.

⁵¹ In questo senso anche A. CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone e Otacilia Laterense*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, p. 258 nt. 39, il quale osserva: “non è importante la rigorosa correttezza formale della descrizione degli eventi ma la loro corrispondenza ad un astratto e deformato modello di riferimento noto agli spettatori...”. E poi “Affinchè l'effetto comico perseguito possa prodursi è necessaria infatti la singolarità delle situazioni descritte, la loro insomma abnormità rispetto ad un modello di riferimento”..

⁵² E perché no, anche giuridici?

presupporre una completa e chiara comprensione⁵³ da parte del pubblico almeno di tutta la vicenda portante, pena l'insuccesso⁵⁴.

Plauto, del resto, si mostra particolarmente attento a che il suo pubblico sia messo in condizione di comprendere⁵⁵ e di seguire lo svolgersi dell'intreccio, soprattutto quando quest'ultimo presenta una velocità d'esecuzione e una complessità di passaggi altrimenti difficilmente comprensibili⁵⁶.

Significativa espressione di questa preoccupazione ci pare sia, per esempio, quanto il sarsinate fa dire ai testimoni nel *Poenulus*, vv. 550 ss.:

⁵³ Circostanza questa che Plauto non poteva certo trascurare. Il CASCIONE, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli, 1999, p. 30 nt. 95, al riguardo puntualizza: "... forse, l'effetto nei confronti del pubblico non sarebbe stato di immediata comprensione, se Plauto non avesse tradotto i suoi modelli greci in figure istituzionali ben conosciute dai Romani ed i cui poteri fossero immediatamente riferibili alla realtà di ogni giorno". Scrive ancora il CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone*, cit., p. 260 nt. 43: "l'uso costante, attento e diffuso di allusioni al complesso delle istituzioni politiche, sociali e giuridiche presenti all'immaginario del suo pubblico non avrebbe avuto alcuna possibilità di sortire... gli effetti comici desiderati, e sapientemente preparati, se si fosse trattato non di fedeli e consapevoli allusioni alla realtà corrente propria del suo pubblico, ma solo di rappresentazioni di una diversa esperienza viva, imposta da canovacci seguiti". Sul punto, ancora, ID., *Legis actiones ed eccezioni difensive*, in *RHD.*, 80 (2002), p. 396.

⁵⁴ Come scrive il PEPPE, *Le forti donne di Plauto*, in *Plauto testimone della società del suo tempo*, cur. L. Agostiniani, P. Desideri (Napoli 2003), p. 74, "la forma teatrale ha le sue peculiari caratteristiche, tra le quali è fondamentale (come necessità e come risultato ottimale) che tra lo spettacolo ed il pubblico si instauri un processo circolare di simpatia e comprensione, il quale non può attivarsi se il pubblico o parte rilevante di esso sia emotivamente escluso da quel processo per i contenuti dello spettacolo da quel pubblico non condivisi".

⁵⁵ Così come ammette anche il LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone*, cit., p. 34. La questione è più approfonditamente affrontata in PEPPE, *op. ult. cit.*, p. 74 ss., che al riguardo nota: "... Plauto non è traduttore, più o meno passivo, ma è originale affabulatore del suo pubblico, romano e non greco: che le sue parole, come ogni volta che sia possibile, esprimano una scelta linguistica e un significato volutamente <romani> e per i Romani, è fatto indubbio" (p. 76).

⁵⁶ "Plauto considera il pubblico dalla sua stessa parte e si comporta come se d'intesa con il pubblico osservasse l'azione, ne seguisse le singole fasi, ascoltasse le battute..." (cfr. MONACO, *Qualche considerazione sullo sfondo politico*, cit., p. 305).

Omnia istaec scimus iam nos, si hi spectatores scient./ Horunc hic nunc causa haec agitur spectatorum fabula :/ hos te satius est docere ut, quando agas, quid agas scient...⁵⁷,

tutte queste cose noi le conosciamo già, l'importante è che lo sappiano gli spettatori. Del resto questa commedia si rappresenta nell'interesse del pubblico qui presente; l'importante per te è istruire i signori spettatori perché, quando ti dai da fare, sappiano che cosa stai facendo.

Il tema torna ancora nello *Pseudolus*, vv. 720 s.:

Horum caussa haec agitur spectatorum fabula ;/hi sciunt, qui hic adfuerunt

La commedia si rappresenta per gli spettatori. Eccoli: essi lo sanno, perché vi hanno assistito.

E quando la vicenda rappresentata nel suo svolgersi presenta elementi di estraneità rispetto al "quotidiano" vivere romano, ecco che il commediografo chiarisce:

Cas., vv. 67 ss.: "*Sunt hic, inter se quos nunc credo dicere :/<Quaeso hercle, quid istuc est ? Serviles nuptiae ?/ servin uxorem ducet aut poscent sibi ?/ novum attulerunt, quod fit nusquam gentium>./ At ego aio id fieri in Graecia, et Carthagini,/ et hic in nostra terra, in Apulia...*"

Qui dentro vi sono certamente alcuni, che ora credo stiano dicendo: "E allora che roba è questa? Degli schiavi si sposeranno e chiederanno di sposarsi? Ci presentano una cosa inaudita, che non si fa in nessun posto. E io invece vi dico che questo si fa in Grecia e a Cartagine e anche dalle nostre parti, in Puglia..."

Ed ancora nello *Stichus*, vv. 446 ss.:

Atque id ne vos miremini, homines servolos potare, amare atque ad cenam condicere ; licet haec Athenis nobis.

⁵⁷ Dal passo secondo la PETRONE, *Teatro antico e inganno*, cit., p. 26, "emergono utili indicazioni per una ricostruzione della poetica plautina": "...Essenziale alla recita è l'informazione fatta al pubblico degli elementi in gioco, perché si possa orientare nel seguire le fila dell'azione..."

E voi non sorprendetevi se dei poveri schiavi si mettono a bere, amoreggiano, e organizzano un cenetta; queste sono faccende che ad Atene sono permesse.

Catturare l'attenzione dello spettatore⁵⁸, coinvolgerlo nei lazzi, nei brogli, in definitiva in quel processo di riscatto del furbo sfortunato contro l'avarò prepotente, tutto questo non può non passare per una appropriazione della vicenda, che avverrà solo a seguito di una comprensione dei meccanismi che la animano⁵⁹. "L'opera letteraria – scrive il Lotito⁶⁰ – non può vivere (...) senza il presupposto di una integrazione percettiva da parte del suo pubblico (nessun testo è autosufficiente, ma richiede e mobilita una miriade di "competenze" da parte del percettore reale ; l'opera letteraria deborda continuamente verso un mondo reale, o meglio, lo sollecita continuamente)⁶¹.

Il pubblico condiziona Plauto due volte.

Una prima, perché lo costringe a adattarsi al gusto e alla moda del suo tempo⁶², imponendogli ambientazioni, maschere, e qualsivoglia "effetto" grecizzante. Una seconda, perché richiede che lo svolgimento della vicenda avvenga secondo regole conosciute e prevedibili⁶³, laddove

⁵⁸ Sul punto, in particolare, vd.: Ch. KNAPP, *References in Plautus and Terence to plays, players and playwrights*, in *Class. Phil.*, 14 (1919), p. 46 ss.; W.G. ARNOTT, *Plauto uomo di teatro*, in *Dioniso*, 46 (1975), p. 203 ss.

⁵⁹ Plauto, si legge in VITELLI e MAZZONI, *Manuale della letteratura latina*, cit., p. 18, è schiavo del suo pubblico.

⁶⁰ G. LOTITO, *Usi e funzioni del diritto. Qualche osservazione su Plauto e la Commedia Nuova*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993*, cur. D. Mantovani, Torino, 1993, p. 187.

⁶¹ "Allo stesso modo anche il "giuridico" presente in essa fa appello continuamente alla "conoscenza" giuridica del suo pubblico, quale che sia in generale, ad integrazione necessaria di quanto è esibito nel testo".

⁶² Tempi che richiedevano anche una certa prudenza nella selezione degli intrecci e dei personaggi da inscenare. Non si dimentichi l'esperienza della carcerazione di Nevio - conosciuta da Plauto se, come si crede, i versi 221 (ss.) del *Miles Gloriosus* fanno riferimento a lui- per le frecciate da questi rivolte ai Metelli. Sul punto: MOMMSEN, *Storia di Roma antica*, 1², cit., p. 1097 ss.; PARATORE, *Storia della letteratura latina*, cit., p. 43; ROSTAGNI, *La Letteratura di Roma repubblicana ed augustea*, cit., p. 72 ss.

⁶³ Cfr., A. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, Oxford, 1965, p. 46 ss.; FALCONE, *Testimonianze plautine*, cit., p. 180; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica*

l'inganno deve dipanarsi con la compiaciuta partecipazione del pubblico⁶⁴, accorto e prudente a differenza del malcapitato.

Plauto, quindi, si è servito certamente dell'immaginario attico, riproponendolo sempre lì dove possibile (magari previa premessa), non mancando però, di romanizzarlo, di attualizzarne il contesto, avendo sempre come punto di riferimento la realtà romana⁶⁵. Si è servito certamente della scena ad effetto, ma fino ad un certo punto, oltre il quale, squarciata la finzione scenica, riappare sempre il ritmo, la quotidianità⁶⁶, il comune sentire della vita romana⁶⁷ del suo pubblico⁶⁸:

Merc., vv. 834 ss.: *Di penates meum parentum, familiai Lar pater,/ vobis mando meum parentum rem bene ut tutemini./ Ego mihi alios deos penatis persequar, alium Larem,/ aliam urbem, aliam civitatem : ab Atticis abhorreo ;/ nam ubi mores deteriores increbrescunt in dies, ubique amici qui infideles sient...*

E' in questo quadro, pertanto, che s'inserisce l'uso plautino di espressioni che sembrerebbero indicare una realtà diversa (quella greca) e distinta da quella vissuta dai personaggi inscenati, come risulta, per

all'editto giuliano, Milano, 2002, 124 ss.; CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone*, cit., p. 257 ss.; Id., *Legis actiones ed eccezioni difensive*, cit., p. 396.

⁶⁴ Non possono qui accogliersi, le obiezioni di A.C. SCAFURO, *The forensic stage. Settling disputes in Graeco-Roman new comedy*, Cambridge, 1997, p. 19, secondo cui "roman audience could be expected to have knowledge of Greek practices since large Greek communities were present in Italy ; or one might argue that because the plays are set in non-Roman cities, the audience is prepared for inconcinnities with Roman practice...". A causa della loro genericità esse restano solo a livello di ipotesi.

⁶⁵ Si può ben dire scrive il CHIARINI, *La rappresentazione teatrale*, cit., p. 163, che "l'intera realtà di Roma trovasse nella commedia plautina un suo particolare, onnicomprensivo rispecchiamento".

⁶⁶ Secondo G. SALVIOLI, *Il capitalismo antico* (a cura di A. GIARDINA), Bari, 1985, p. 69, "Plauto non copiava scene greche, ma la realtà di Roma con la sua economia urbana, le botteghe, la manifattura, il traffico".

⁶⁷ Scrive al riguardo GRIMAL, *Le siècle des Scipions. Rome et l'Hellénisme au temps des guerres puniques*, cit., p. 94: "Le théâtre de Plaute n'est pas grec. Il fait une large place, en lui, non seulement au "romain", mais à l'italique. Des détails de moeurs, d'instutution, voire de topographie, montrent que la scène, malgré les noms grecs des personnages, est pensée dans une ambiance romaine".

⁶⁸ In questo senso vd. L. PERNARD, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, Lyon, 1900, p. 15.

esempio, in *Most.* v. 22: “*dies noctesque bibite, pergraecamini;/ amicas emite, liberate...*”; v. 64: “*Grumio... bibite pergraecamini... ; Bach.* v. 743 “*...congraecam pater...*”; v. 813: *ut pergraecetur*⁶⁹ ...

Ed è ancora in questo contesto che si collocano certi vivaci giudizi che sembrerebbero espressione di parametri valutativi estranei e confliggenti con il mondo rappresentato e vivente in scena:

Curc., vv. 288 ss.: *Tum isti Graeci palliati*⁷⁰ *capite operto qui ambulat,/ qui incedunt suffarcinati cum libris, cum sportulis,/constant, conferunt sermones inter se<se> drapetae, opstant, opsistunt, incedunt cum suis sententiis...*⁷¹

Non sorprende, poi, che il miglior vino sia quello del Massico :

Pseud., vv. 1305 ss. : *Credo equidem potis esse te, scelus,/ Massici montis uberrimos quattuor/ fructus ebibere in hora una;*

od ancora di ritrovare un riferimento alla storia patria romana: l’adunata dei romani atti alle armi a Sutri dopo la presa di Roma da parte dei Galli,

Cas., v. 524: *Cum cibo cum quiqui facito ut veniant, quasieant Sutrium,*

o di trovarsi improvvisamente per le vie di Roma⁷² :

Curc., vv. 470 ss.: *Qui peiurum convenire volt hominem, ito in comitium ;/ qui mendacem et gloriosum, apud Cloacinae sacrum./ In foro/ infumo boni homines atque dites ambulat ;/ ... in Tusco vico... In Velabro vel pistorem...*⁷³;

⁶⁹ Sulla specifica valenza di quest’espressione verbale vd.: E. WINSOR LEACH, *De exemplo meo ipse aedificato: an organizing idea in the Mostellaria*, in *Hermes* 97(1969), p. 321 ss.; R. M. DANESE, *La cultura alimentare in Plauto*, in *Plauto testimone della società del suo tempo*, cur. L. Agostiniani, P. Desideri (Napoli 2003), p. 41 ss.

⁷⁰ Sul significato dell’espressione vd.: PETRONE, *Teatro antico e inganno*, cit., p. 170 ss.

⁷¹ Al riguardo vd.: MONACO, *Teatro di Plauto*, I. *Il Curculio*, cit., p. 55 ss.; ID., *Qualche considerazione sullo sfondo politico*, cit., p. 303 ss.

⁷² E gli esempi potrebbero essere innumerevoli. Cfr. per es., anche *Trinummus*, i vv. 84-85: *Iovi coronam de capite ex Capitolio/ qui in columine astat summo...*

⁷³ Sul punto cfr., tra gli altri, PAOLI, *Comici latini*, cit., p. 16 ; vd. anche PARATORE, *Il teatro latino*, cit., p. 274 ss. che afferma : “E’ per questa aderenza continua ai gusti del pubblico romano che la commedia plautina introduce quelle scandalose diversioni dalla scena greca verso il mondo romano di cui le commedie sono piene a ogni piè sospinto”.

o, ancora, di scorgere riflessi d'orgoglio romano:

Cist., vv. 201 ss.: ... *ut vobis victi Poeni poenas sufferant*⁷⁴.

E non meraviglia neppure il fatto di trovare riferimenti di carattere giuridico, per esempio, alla formula del ripudio romano (*Amph.*, v. 928; *Trin.*, v. 266), alla condizione di *addictus* (*Men.*, vv. 96-97; *Poen.*, vv. 521, 833, 1341; *Rud.*, 334)⁷⁵, al divieto di prestare ad usura (*Curc.*, vv. 508 ss.) o alla *lex Laetoria*⁷⁶.

Alla luce di tutte queste considerazioni, dunque, è ben difficile pensare che Plauto abbia semplicemente “tradotto” non “somatizzando” la vicenda narrata.

4. Terenzio vs. Luscio di Lanuvio: le ragioni di una polemica.

L'atteggiamento plautino non resta isolato e, in misura diversa, dato il suo stile e la sua indole, si ritrova anche in Terenzio⁷⁷.

⁷⁴ Ulteriori riferimenti alla vita sociale e alle idee politiche del tempo di Plauto in PARATORE, *Indizi di natura sociale nel teatro latino*, in *Dioniso*, cit., p. 37 ss.

⁷⁵ Cfr., sul punto, L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale I. Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Milano, 1981, p. 196 ss.

⁷⁶ *Pseud.*, vv. 303 ss.: *Perii! Annorum lex me perdit quinavicenaria; metuunt credere omnes*. Il riferimento è alla *Lex Laetoria de circumscriptione adulescentium* sui minori di venticinque anni. Può dubitarsi qui della romanità del problema vissuto da Calidoro? Può qui parlarsi di travestimenti formali di precedenti greci? Un altro riferimento alla *lex Laetoria* si trova pure in *Rud.*, vv.1380-82, per il quale si rinvia a DI SALVO, *Lex Laetoria*, cit., p. 28 ss. Cfr. anche SCAFURO, *The forensic stage*, cit., p. 449; CORBINO, *Legis actiones ed eccezioni difensive*, cit., p. 394 ss.

⁷⁷ Scrive il TRAINA, *Terenzio «traduttore»*, cit., p. 167: “Sembra un paradosso: i due poeti superstiti della letteratura latina arcaica, Plauto e Terenzio, offrono all'indagine sul *vertere* un materiale molto più ridotto e insignificante dei poeti frammentari. La ragione è che, al contrario che per gli epici e i tragici, non possediamo nessun originale integro dei poeti comici...”. Con riferimento al “*vertere*” di Terenzio, “in generale, si può affermare che esso si svolge su due piani diversi, e anzi contrastanti. Sul piano dei contenuti, si ha un impoverimento del modello, spogliato di ogni particolare contingente, realistico, a vantaggio di ciò che è essenziale ed universalmente umano ... Ma questo interesse per l'uomo ha, sul piano della forma, un risultato opposto. Pur nei limiti del suo atticismo, Terenzio ha una tensione stilistica superiore a Menandro”. Cfr., inoltre, M.R. POSANI, *La romanità di Terenzio*, in *Dioniso*, 8 (1941), p. 254 ss.; e, in particolare, H. HAFFTER, *Terenz und seine künstlerische Eigenart, Museum Helveticum*, 10 (1953), p. 1 ss., p. 73 ss. Si esprime in senso contrario alla romanità di Terenzio, E. COSTA, *Il diritto privato nelle commedie di Terenzio*, (ed. anast.) 1970, p. 103 ss.; per una completa bibliografia su Terenzio si rinvia a AA.VV., *Lo spazio letterario di Roma antica*, Vol. V, Roma, 1991, p. 245 ss.).

Particolarmente preziosi, ai nostri fini, sono i prologhi di Terenzio, che egli utilizza, com'è noto, non per esporre l'antefatto ma per replicare spesso alle stoccate tirategli dagli avversari⁷⁸.

Fra questi, celebre è la polemica con un vecchio e malevolo poeta, mai menzionato dal commediografo⁷⁹ ma che grazie a Donato ormai la dottrina individua e riconosce con Luscio di Lanuvio⁸⁰.

Di lui non si conosce il suo valore artistico e letterario; troppo scarse sono infatti le notizie che lo riguardano direttamente come commediografo.

È con lui che Terenzio polemizza spesso nei suoi prologhi⁸¹ definendolo "malevolo" ed "iniquo":

Adelphoe vv.1-5: Postquam poeta sensit scripturam suam/ ab iniquis observari, et advorsarios/ rapere in peiorem partem quam acturi sumus,/ indicio de se ipse erit : vos eritis iudices/ laudin an vitio duci factum oporteat ;

v.15 : *Nam quod isti dicunt malevoli.*

Andria vv.1-7 : ...sed qui malevoli/ veteris poetae maledicitis respondeat.

Heaut. vv., 4-9: ex integra Graeca integram comoediam

⁷⁸ Al riguardo, A. RONCONI, *Interpretazioni letterarie nei classici*, Firenze, 1972, p. 17 ss.; *Commedie di Publio Terenzio Afro* (a c. di O. BIANCO), Torino, 1993, p. 10 ss.; G. CALBOLI, *I termini della critica letteraria in Terenzio: appunti per un prolegomeno*, in *Voces*, IV, 1993, p. 41 ss. (ed ivi ulteriore bibliografia).

⁷⁹ Terenzio non nomina mai Luscio, forse, "per non incorrere ... nei rigori della legge romana, giacché era il nominare che, come mostra il passo di *Rhet. Her.* 2.19, bastava a provocare un'azione giudiziaria". "Terenzio doveva ...reagire, senza incorrere nel crimine iniuriarum". Così CALBOLI, *I termini della critica letteraria in Terenzio*, cit., p. 45.

⁸⁰ Sul punto vd., tra gli altri, HAFFTER, *Terenz und seine künstlerische Eigenart*, cit., p. 7 ss., p. 86 ss.; TERZAGHI, *Prolegomeni a Terenzio*, cit., p. 45 ss.; Paratore, *Il teatro latino*, cit., p. 265 nt. 8 ; R. EHRMAN, *Terentian Prologues and the Parabases of old comedy*, in *Latomus*, XLIV (1985), p. 370 ss.; CALBOLI, *I termini della critica letteraria in Terenzio*, cit., p. 42; cfr., ancora, G. CHIARINI, *La rappresentazione teatrale*, cit., p. 172 ss.; CORBINO, *Legis actiones ed eccezioni difensive*, cit., p. 396 e nt. 33. Ulteriore bibliografia in U. BARTOCCI, *I comici latini e la dotis dictio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Milano, 2007, p. 431 e nt. 71.

⁸¹ Sul punto vd. ancora L. PERELLI, *Il teatro rivoluzionario di Terenzio*, Firenze, 1973, p. 181 ss.

*hodie sum acturus H[e]auton timorumenon,
duplex quae ex argumento facta est simplici.
novam esse ostendi et quae esset: nunc qui scripserit
et quonia Graeca sit, ni partem maxumam
existumarem scire vostrum, id dicerem.
nunc quam ob rem has partis didicerim paucis dabo.*

e, specificamente,

vv. 16-22 : *Nam quod rumores distulerunt malivoli/, multas
contaminasse Graecas, dum facit/ paucas Latinas... Tum quod malivulus
vetus poeta dicitat... ;*

v. 26 : *...ne plus iniquom possit quam aequom oratio.*

*Phormio vv.1-15: Postquam poeta vetu' poetam non potest
retrahere a studio et transdere hominem in otium,
maledictis deterrere ne scribat parat;*

*qui ita dicitat, quas ante hic fecit fabulas
tenui esse oratione et scriptura levi: 5*

*quia nusquam insanum scripsit adulescentulum
cervam videre fugere et sectari canes
et eam plorare, orare ut subveniat sibi.*

*quod si intellexeret, quom stetit olim nova,
actoris opera mage stetisse quam sua, 10
minu' multo audacter quam nunc laedit laederet
[et mage placerent quas fecisset fabulas]. 11a*

*nunc siquis est qui hoc dicat aut sic cogitet:
"vetu' si poeta non laccessisset prior,
nullum invenire prologum po[tui]sset novos
quem diceret, nisi haberet cui male diceret!" 15*

Nel quadro di questa accesa rivalità Terenzio contrattacca rilanciando pesanti accuse contro l'avversario.

La natura delle sue *replicationes* è però varia.

Innanzitutto, lo scarso senso del reale, così almeno sembrerebbe emergere nel *Phormio* laddove Luscio è accusato di aver introdotto in una sua commedia una cerva parlante:

Phormio vv. 5-7: *quia nusquam insanum scripsit adulescentulum/ cervam videre fugere et sectari canes/ et eam plorare, orare ut subveniat sibi.*

Ma, ad accuse di natura scenico-teatrale, Terenzio affianca ed indirizza accuse ben più gravi e aventi ad oggetto proprio l'attività poetica e compositiva di Luscio:

Heaut., vv. 30-34 : *Ne ille pro se dictum existimet,/ qui nuper fecit servo currenti in via/ decesse populum : quor insano serviat ?/ De illius peccatis plura dicet, quom dabit/ alias novas, nisi finem maledictis facit.*

Nell'*Heautontimorumenos*, Terenzio accusa Luscio di non aver adattato la commedia al gusto, alla sensibilità, al costume romano al quale l'intera scena del servo in corsa a cui la folla da strada risulta estranea, poco probabile e inusitata⁸².

Anche Plauto aveva utilizzato l'analoga immagine del servo in fuga ma sottolineandone la stranezza,

Amph. vv. 986-987: *Me. Nam mihi quidem hercle qui minus liceat deo minitarier/ populo, ni decedat mihi, quam servolo in comoediis ?*

e comunque riferendola ai Greci:

Curc. vv. 283 : *Go. ...Ita nunc subito propere et celere obiectumst mihi negotium ;/ nec (usquam)quisquamst tam opulentus, qui mi opsistat in via,/nec strategus nec.../ Tum isti Graeci alliiati capite...*

che vanno camminando intabarrati con la testa...

A Luscio si rimprovera perciò di non aver adeguato la scena presa dal modello greco alla realtà e al costume romano.

Certo, nessun canone impediva di rappresentare usanze diverse dalle romane, anzi, ma Luscio è colpevole in quanto non ha attribuito quella immagine alla realtà greca di riferimento (come nel *Curculio* aveva fatto Plauto), confondendo e mischiando, indistintamente, mondo greco e romano: egli non ha sensibilizzato il suo pubblico avvertendo in merito all'alienità della vicenda rappresentata.

⁸² RONCONI, *Interpretazioni letterarie nei classici*, cit., p. 45.

Così infatti aveva fatto, come testè abbiamo visto, Plauto in *Cas.* vv. 67-71⁸³ e nello *Stichus*, vv.446-48⁸⁴ e così, del resto, fa pure Terenzio nel *Phormio*,

Phormio vv. 24-29: *Nunc quid velim animum attendite :
adporto novam/ Epidicazomenon quam vocant comoediam/
Graeci, Latini Phormionem nominant,/quia primas partis qui
aget, is erit Phormio/ parasitus, per quem maxume,/ voluntas
vostra si ad poetam accesserit*⁸⁵

dove il cambiamento del nome della commedia (*Epidicazomenon* in greco, *Phormio* in latino), si deve al fatto che esso afferiva ad un istituto del diritto attico, l' *epicleros*⁸⁶, difficilmente comprensibile, per i romani. E Terenzio si preoccupa, per altro, di spiegare che *Epidicazomenon* secondo quanto si legge ai vv. 125-26 è colui che fa affidare dal tribunale una fanciulla orfana al parente più prossimo:

*lex est ut orbae, qui sint genere proximi, 125
is nubant, et illos ducere eadem haec lex iubet.
ego te cognatum dicam et tibi scribam dicam;*

Quest'ultima precisazione difficilmente può considerarsi traduzione di un precedente greco. Terenzio, non solo modifica il titolo, difficilmente comprensibile per il pubblico romano, ma, posto che la commedia riprende l'istituto greco, ne presenta e spiega il significato. Il pubblico comprende che l'istituto è greco.

L'assenza di un qualsiasi lavoro di adeguamento del modello alla diversa realtà romana è propria anche di un'altra e ben più grave accusa afferente, questa volta, alla sfera giuridica.

⁸³ *Cas.*, 67-71: "*Sunt hic, inter se quos nunc credo dicere :/ <Quaeso hercle, quid istuc est ? Serviles nuptiae ?/ servin uxorem ducet aut poscent sibi ?/ novum attulerunt, quod fit nusquam gentium>./ At ego aio id fieri in Graecia, et Carthagini,/ et hic in nostra terra, in Apulia....*

⁸⁴ *Stich.*, vv.446-48: *Atque id ne vos miremini, homines servolos potare, amare atque ad cenam condicere ; licet haec Athenis nobis..*

⁸⁵ Per i quali, vd., PERNARD, *Le droit romain et le droit grec dans le theatre de Plaute et de Terence*, cit., p. 127.

⁸⁶ Sull'epiclerato, tra gli altri, vd.: PAOLI, *L'epikleros attica nella palliata romana*, in *Altri studi di diritto greco e romano*, cit., p. 104 ss.; E. KARABELIAS, *L'epiklerat dans la comédie nouvelle et dans les sources latines*, in *Symposion*, 1971, p. 215 ss.; Id. *L'epiklerat attique*, Paris 1974.

Pensiamo sia qui utile riportare il testo dell'Eunuco:

Eunuchus vv., 7-19. : ... *qui bene vortendo et easdem scribendo male/ ex Graecis bonis Latinas fecit non bonas./ Idem Menandri Phasma nunc nuper dedit,/ atque in Thesauro scripsit causam dicere/ prius unde petitur, aurum qua re sit suom,/ quam illic qui petit, unde is sit thesaurus sibi/ aut unde in patrium monumentum pervenerit./ Dehinc ne frustretur ipse se aut sic cogitet:/ "Defunctus iam sum; nihil est quod dicat mihi"/. Is ne erret moneo et desinat lacessere/ : habeo alia multa quae nunc condonabitur, quae proferentur post, si perget laedere/ ita ut facere instituit.*

Del Thesauro di Luscio di Lanuvio, Donato ci ha conservato l'*argumentum*: un giovane ha venduto ad un *senex* avaro un terreno appartenuto al padre e nel quale questi aveva fatto costruire una tomba; quando si scopre che in questa tomba è contenuto un tesoro, l'avarò vecchio pretende che il tesoro gli appartenga e rifiuta di consegnarlo al giovane. Questi ricorre al giudice davanti al quale, però, è il vecchio ad esporre per primo le sue ragioni mentre il giovane, che è l'attore della causa, prende la parola solo dopo di lui, conformemente alle norme processuali greche. Ovviamente questa procedura risulta assolutamente incompatibile con la prassi giudiziaria romana⁸⁷.

Terenzio accusa Luscio di non aver adattato le norme processuali presenti nel probabile modello di riferimento alle diverse norme romane⁸⁸.

Qui il mancato adattamento afferisce proprio all'istituto giuridico, Luscio non ha modificato, non ha tenuto conto della diversa realtà giuridica di riferimento, perciò è colpevole: nell'economia della commedia, anche un dato non rilevante ai fini della comprensione e sviluppo della vicenda rappresentata, ma diverso e tale da urtare la sensibilità giuridica del pubblico, doveva essere adeguato. Questa informazione è preziosa, perché ci permette alcune parziali ma limitate conclusioni relative al *modus procedendi* di alcuni interpreti della commedia latina : non è vero che questi (almeno nei propositi) lasciavano

⁸⁷ Sul punto cfr., TERZAGHI, *Prolegomeni a Terenzio*, cit., p. 48; RONCONI, *Interpretazioni letterarie nei classici*, cit., p. 34.

⁸⁸ PERNARD, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, cit., p. 44 ss.

inalterato il dato giuridico presente nei modelli di riferimento limitandosi solo ad una traduzione dello stesso (come per esempio dice Costa a proposito di Terenzio), non è vero, pertanto, che questi si limitavano normalmente solo a travestire di romanità istituti greci, ma è vero al contrario che spesso dovevano anche riscrivere intere scene (come crediamo doveva accadere nel caso) per adattare alla realtà giuridica romana istituti ad essa assolutamente estranei (sembra avere in questo caso valore quanto detto da Gellio, e da noi già riferito, in N.A., III.33 : *veterem poetarum fierint et ab eo retractatae, expolitae sint ...*), questo almeno Lusicio avrebbe dovuto fare e non ha fatto, per non incappare nell'accusa.

Terenzio accusa pesantemente Lusicio (e minaccia *is ne erret moneo... habeo alia multa quae nunc condonabitur*) — ed, evidentemente, per il solo fatto di accusare l'opera di Lusicio questa doveva risultare in contrasto o in violazione di norme poste da una determinata comunità e da questa accettate — sulla base di un codice poetico condiviso dalla maggior parte della comunità letteraria: codice per cui, le singole commedie greche di riferimento, avrebbero dovuto essere riviste alla luce di canoni artistici, di costume e giuridici romani.

Va bene la inscenata grecità, ma questa avrebbe dovuto funzionare e svilupparsi solo secondo regole romane; diversamente il rischio per il commediografo avrebbe potuto essere proprio quello paventato da Terenzio nell'Eunuco ai versi:

vv. 6-7: qui bene vortendo, easdem scribendo male/ ex graecis bonis Latinas fecit non bonas.

„JUDIKATUR UND TEXTANALYSE“
Seda KÜÇÜKDEVECİ gegen Sewedex GmbH & Co.KG
EuGH Urteil vom 19. Januar 2010Rs. C-555/07¹

Öğ. Gör. Ferhat YILDIRIM²

ABSTRACT

In dieser Arbeit wird das umstrittene Urteil des EuGH in der Rechtssache “Küçükdeveci” untersucht. Obwohl in diesem Urteil die nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache “Mangold” noch offenen Fragen beantwortet werden sollten, ist fraglich, ob und inwiefern dies auch gelungen ist.

Schlüsselwörter : Europäische Gerichtshof (EuGH), Mangold, Küçükdeveci, Diskriminierung, Europarecht

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 19 Ocak 2010 Tarih C-555/07 no'lu
Seda Küçükdeveci – Swedex GmbH & Co.KG Karar Analizi

ÖZET

Bu çalışmada Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın “Küçükdeveci” adı ile anılan tartışmalı kararı ele alınmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı “Mangold” kararında açık bıraktığı, yanıtlamadığı sorulara bu kararda çözüm aranmış olsa da, bunun ne ölçüde başarılı ve yerinde olduğu tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler : Avrupa Birliği Adalet Divanı, Mangold, Küçükdeveci, ayrımcılık, Avrupa Birliği Hukuku

¹Bu çalışma 16.6.2011 tarihinde Prof.Dr.Friedl Wiess başkanlığında Viyana Üniversitesi Avrupa Birliği Hukuku dersinde sunulmuştur.

² Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi, İstanbul Barosu Avukatı, Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Enstitüsü Doktora Öğrencisi (Juridicum-Universität Wien-Dissertant) ; ferhat.yildirim@ozyegin.edu.tr

A. URTEILSKOPF³

“Mit Urteil vom 19. Jänner 2010 in der Rechtssachen C-555/07, *Küçükdeveci* erkannte der EuGH für Recht, dass das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die RL 2000/78/EG zur Feststellung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf dahin auszulegen ist, dass es einer Regelung entgegensteht, nach der vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden.”

B. SACHVERHALT

Die Klägerin, Frau *Küçükdeveci*⁴, wurde am 12. Februar 1978 geboren. Sie war seit dem 4. Juni 1996 bei *Swedex GmbH & Co. KG*⁵ (im Folgenden: *Swedex*) beschäftigt. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2006, im Alter von 28 Jahren wurde sie entlassen, *Swedex* unter Berücksichtigung der gesetzlichen Frist die Kündigung zum 31. Januar 2007. Der Arbeitgeber beachtete eine Kündigungsfrist von einem Monat (gem. § 622 Abs.2. Unterabs.2 BGB⁶) obwohl Frau *Küçükdeveci* zehn Jahren bei *Swedex* beschäftigt war. Am 9. Januar 2007 reichte Frau *Küçükdeveci* beim Arbeitsgericht Mönchengladbach Kündigungsschutzklage ein. Ihrer Meinung nach hätte die Kündigungsfrist vier Monate müssen. Denn diese Frist entspreche einer zehnjährigen Betriebszugehörigkeit. Frau *Küçükdeveci* stellt § 622 Abs. 2, Unterabs. 2 BGB soweit danach vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Betriebs-zugehörigkeitszeiten bei der Berechnung der Kündigungsfrist unberücksichtigt belieben, eine gegen das Unionsrecht verstoßende Diskriminierung wegen des Alters dar, so dass er unangewendet müsse. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf rief den

³<http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=40049> (27. März 2015).

⁴Frau *Küçükdeveci* ist die deutsche Bürgerin.

⁵*Swedex* ist eine Essen Geschäft in Deutschland.

⁶Für ganzen Text von § 622 Abs.2 Unterab. 2 BGB, vgl. “Relevante Rechtsordnungen”, 21.

EuGH zur Frage der Vereinbarkeit von § 622 Abs.2, Unterabs. 2 BGB mit europäische Recht [insb. Diskriminierungsverbot wegen des Alters gemäß 2000/78/EG⁷ Richtlinie und EU Grundrecht] an. In diesem Rechtsstreit gibt es zwei Parteien, Frau *Küçükdeveci* einerseits und *Swedex* andererseits.

“1- (a) Verstößt eine nationale Gesetzesregelung , nach der sich die vom Arbeitgeber einzuhaltenden Kündigungsfristen mit zunehmender Dauer der Beschäftigung stufenweise verlängern, jedoch hierbei vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitsnehmers unberücksichtigt bleiben, gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Alterdiskriminierung, namentlich gegen Primärrecht der Gemeinschaft oder gegen die Richtlinie 2000/78?

(b) Kann ein Rechtfertigungsgrund dafür, dass der Arbeitgeber bei der Kündigung von jüngeren Arbeitnehmern nur eine Grundkündigungsfrist einzuhalten hat , darin gesehen werden, dass der Arbeitgeber ein- durch längere Kündigungsfristen beeinträchtiges – betriebliches Interesse an personalwirtschaftlicher Flexibilität zugestanden wird und jüngeren Arbeitnehmern nicht der (durch längere Kündigungsfristen den älteren Arbeitnehmern vermittelte) Bestands- und Dispositionsschutz zugestanden wird , z.B. weil ihnen im Hinblick auf ihr Alter und/oder geringere soziale, familiäre und private Verpflichtungen eine höhere berufliche und persönliche Flexibilität und Mobilität zugemutet wird?

2- Wenn die Frage zu 1a bejaht und die Frage zu 1b verneint wird :

Hat das Gericht eines Mitgliedstaats in einem Rechtsstreit unter Privaten die dem Gemeinschaftsrecht explizit entgegenstehende Gesetzregelung unangewendet zu lassen, oder ist dem Vertrauen, das die Normunterworfenen in die Anwendung geltender innerstaatlicher Gesetze setzen , dahin gehend Rechnung zu tragen, dass die Unanwendbarkeitsfolge erst nach Vorliegen einer Entscheidung des

⁷Council Directive 2000/78 , 2000 O.J. , 16 (EC).

Gerichtshofs über die inkriminierte oder eine im Wesentlichen ähnliche Regelung eintritt? ”⁸

C. VORBRINGEN DER KLÄGERIN

Die Klägerin Frau *Küçükdeveci* hat bei der beklagten Firma 10 Jahre gearbeitet und nach 10 Jahren wurde sie vom ihrem Arbeitgeber entlassen worden. Sie hat behauptet, dass die Kündigungsfrist ihr gesetzwidrig eingeräumt worden ist. Frau *Küçükdeveci* hat in ihrer Verteidigung bemerkt, dass bei der Berechnung des Beschäftigungszeitraums zur Ermittlung der Kündigungsfrist müssen auch die Zeiten berücksichtigt werden, die vor der Vollendung ihres 25. Lebensjahres liegen und betont, dass ihr für 10 Jahre Beschäftigungszeit 4 Monate Kündigungsfrist eingeräumt werden muss. Sie hat behauptet, dass die Praxis der beklagten Firma dem EU-Recht eindeutig widersprochen hat⁹. Die Klägerin gab an, dass Nichtberücksichtigung der Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer zur Bestimmung der Kündigungsfrist eine Diskriminierung darstellen und dies dem EU-Recht widerspricht und sie fordert, dass die Kündigungsfrist statt von einem Monat (31.01.2007) unter Zugrundelegung einer Beschäftigungsdauer von nur 3 Jahren 4 Monate (30.04.2007) unter Zugrundelegung einer Beschäftigungsdauer von 10 Jahren betragen muss.

D. VORBRINGEN DER BEKLAGTEN

Die beklagte Partei fordert dagegen die Ablehnung der Klage und bemerkt, dass Forderungen der Klägerin rechtswidrig sind. Die Beklagte erklärt, dass sie die Klägerin in Bezug auf § 622 Abs.2 BGB, wonach bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer zur Bestimmung der Kündigungsfrist Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres nicht berücksichtigt werden sollen, entlassen hat, und behauptet, dass die Beschäftigungszeiten der Klägerin, die bei der Entlassung 28 Jahre alt war, vor der Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer zur Bestimmung der Kündigungsfrist nicht

⁸EuGH , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Rn. 17.

⁹EuGH , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Rn. 15 .

berücksichtigt werden sollen und die Kündigungsfrist von einem Monat (31.01.2007) unter Zugrundelegung einer Beschäftigungsdauer von nur 3 Jahren angenommen werden muss.

E. AUSSICHT DES GENERALANWALTS und ENTSCHEIDUNG vom EuGH

Unter diesem Titel werden Stellungnahmen und gefasste Beschlüsse des Generalanwalts (GA) und des EuGH vergleichend thematisiert werden, in dem Fragen, die vom Landesarbeitsgericht an den EuGH bezogen auf die Klage von *Küçükdeveci* gestellt worden sind, zugrundegelegt werden. GA hat eigene Stellungnahme zu dem Rechtsfall am 7. Juli 2009 und EuGH den Beschluss zur Klage am 19. Januar 2010 mitgeteilt.

➡ **1) a-** Ob es als ein legitimer Grund angenommen werden kann, dass Kündigungsfristen nach den im BGB geregelten Beschäftigungszeiten stufenweise erhöht werden :

GA : GA stimmt der Regelung zu, die im § 622 BGB vorgesehen wird und nach der die Kündigungsfrist nach den Beschäftigungszeiten am Arbeitsplatz berechnet wird. Folgendermaßen kann die Gesetzesregelung in Zusammenhang mit dem § 6 Abs.1¹⁰ RL 2000/78 als rechtmäßig angesehen werden. Der Grundgedanke der Kündigungsfrist, die in Abhängigkeit von der Beschäftigungsdauer verlängert wird, dient dazu, den Arbeitnehmer zu schützen. Falls der Arbeitsvertrag eines Arbeitnehmers, der seit langem bei dem Arbeitgeber arbeitet, gekündigt wird, werden verlängerte Kündigungsfristen dem Arbeitgeber die Suche einer neuen Arbeitsstelle erleichtern. Ebenso kann ein solcher Fall in Zusammenhang mit der RL 2000/78 und im Rahmen von der Beschäftigungs- und Arbeitspolitik als ein rechtmäßiges Ziel angesehen werden.

EuGH : Der EuGH hat das Thema, dass Kündigungsfristen nach den im BGB geregelten Beschäftigungszeiten stufenweise berechnet werden, nie berührt. Jedoch zeigt sich bei der Analyse des Beschlusses eindeutig, dass der EuGH bei diesem Thema mit GA gleicher Auffassung ist. Denn die

¹⁰vgl. “Relevante Rechtsordnungen”, 22 ff.

stufenmäßige Erhöhung der Kündigungsfrist in Abhängigkeit von der Beschäftigungsdauer dient eindeutig zum Ziel den Arbeitnehmer zu schützen. Folglich kommt in Betracht, dass dieser Fall vom EuGH als ein rechtmäßiger Grund angenommen werden kann.

➡ **1) b-** Ob Nichtberücksichtigung der Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer zur Bestimmung der Kündigungsfrist im BGB rechtmäßig ist und ob es eine Diskriminierung darstellt :

GA : Dass Zeiten von Frau *Küçükdeveci* vor vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer zur Bestimmung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden, wird von GA im konkreten Fall nicht als eine Ausnahmeregelung in der Altersdiskriminierung im Rahmen des § 6 Abs.1 RL 2000/78 gesehen¹¹ und hat GA keine gültige und angemessene Politik herausgefunden um diesen Zustand zu legalisieren. In diesem Rahmen hat GA bemerkt, dass Nichtberücksichtigung der Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung der Kündigungsfrist hinsichtlich jenes Alters auf Grund der Richtlinie die unmittelbare Diskriminierung hervorbringt. GA hat erklärt, dass § 622 Abs.2 Unterabs.2 BGB der Richtlinie 2000/78 widerspricht. Das BGB behauptet, dass der Schutzbedarf der jungen Arbeitnehmer als der älteren Arbeitnehmer gegen Entlassungen weniger wichtig ist und bezieht sich auf verschiedene Gründe wie die Familienverantwortung und die Unterhaltungspflicht älterer Arbeitnehmer usw. Das BGB behauptet aus diesem Grund, dass der vorliegende Fall im sozialpolitischen Ziel und in der Verwaltung der Personalflexibilität sowie

¹¹**EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 18 : “[...] stelle eine gemeinschaftsrechtswidrige Altersdiskriminierung dar. Folglich dürfe diese innerstaatliche Vorschrift nicht angewandt werden” **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 43 : “[...] meines Erachtens davon ausgegangen werden, dass damit ein beschäftigungs- und arbeitsmarktpolitisches Ziel im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78 verfolgt wird.” ; **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn.45 : “[...] meines Erachtens daher nicht die berufliche Eingliederung von jungen Arbeitnehmern im Sinne des Art.6 Abs.1 Unterabs.2 Buchst.a der RL 2000/78.”.

in der Personal- und Beschäftigungspolitik als legitimer Zweck angesehen werden kann¹². Dagegen bringt GA zum Ausdruck, dass die Annahme, die sich in der Rechtsgrundlage des § 622 BGB befindet junge Arbeitnehmer würden einfacher als ältere Arbeitnehmer einen Job finden, heutzutage nicht möglich ist¹³. GA hat betont, dass es möglich wäre die vorliegende Begründung für Bedingungen des Jahres 1926 -Erlassdatum des Gesetzes- anzunehmen. Aber es sei unmöglich heutzutage eine solche Begründung anzunehmen. GA setzt sich aus diesem Grund dafür ein, dass die Nichtberücksichtigung der Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung der Kündigungsfrist im Rahmen der Richtlinie 2000/78 nicht als legitim (rechtmäßig) angenommen werden kann.

EuGH : Der EuGH hat im Gegensatz zur Stellungnahme des GA bemerkt, dass in Fällen wie Verwaltung der Personalflexibilität und Arbeitslosigkeit jüngere Arbeitnehmer als legitime Politikziele schneller reagieren und sich neuen Bedingungen schneller eingewöhnen und schneller Arbeit finden und diese Bemerkung im Rahmen des § 6 Abs.1 der Richtlinie 2000/78 erwogen indem er gültige politische Ziele benutzt. Obwohl der EuGH für diese Bemerkung plädiert hat, hat er jedoch festgestellt, dass diese Regelung unmittelbare Diskriminierung verursachen wird¹⁴ indem er erklärte, dass das bei Zielerreichung nicht als ein rechtmäßiges Ziel angenommen werden kann, weil das alle Arbeitnehmer beeinträchtigen wird, die bei dem Arbeitseintritt jünger als 25 Jahre alt waren. Hingegen ist GA zu der Erkenntnis gelangt, dass seine solche Regelung sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich des Zieles unmittelbare Diskriminierung¹⁵ verursachen wird. Das Zweck der hiesigen Altergrenze nach EuGH ist, bei der Personalverwaltung eine größere Flexibilität zu erzielen indem man

¹²**EuGH** , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Rn. 29-31.

¹³vgl. *SclA* vom GA , Rs. C-388/07, (*Age Concern England*) , Slg. 2009.

¹⁴**EuGH** , Rs. C-555/07 , Slg.2010 , (*Küçükdeveci*) , Rn. 39,40 und 41.

¹⁵vgl. für die Bestimmung der unmittelbaren Diskriminierung , **EuGH** , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Rn. 28 “[...] wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 der RL genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.” ; **EuGH** , Rs. C-411/05 , (*Palacios de la Villa*) , Slg. 2007 , I-8531 , Rn. 50.

hinsichtlich der Entlassungen der jüngeren Arbeitnehmer von denen man mehr individuelle und berufliche Mobilität erwartet Belastungen reduziert. Obwohl der Ziel rechtmäßig sein kann, sind Bestimmungen dafür nicht hinreichend. Wie alt der Arbeitnehmer bei der Entlassung sei, verursacht dieser Grundsatz für alle Arbeitnehmer, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres im Betrieb zu arbeiten angefangen haben, unmittelbare Diskriminierung. Infolgedessen ist der EuGH zu der Erkenntnis gelangt, dass wegen der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen gegen den Grundsatz gegen Altersdiskriminierung verstoßen worden ist. Denn Instrumente, die im Rahmen der Richtlinie 2000/78 für die Zielerreichung bei der Betriebs- und Beschäftigungspolitik benutzt werden, müssen verhältnismäßig und notwendig sein¹⁶.

➡ 2) Verursacht die Bestimmung des § 622 Abs.2 BGB Altersdiskriminierung? Werden Rechtsgrundlagen der Union oder Richtlinienbestimmungen bei der Feststellung der Altersdiskriminierung zugrundegelegt? Welches würde vorrangig angewendet falls eine nationale Bestimmung dem EU-Recht widerspricht? Und wie wäre die Rolle der nationalen Gerichte?

GA : Wie oben in der Antwort zu der Frage 1) b- genannt, ist GA der Meinung, dass die erwähnte Regelung unmittelbare Diskriminierung verursacht, weil sie nicht einem regelmäßigen Zweck dient. Wenn wir die Meinung des GA über diesen Fall zusammenfassen “[...] *Nichtberücksichtigung der Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung der Beschäftigungs-dauer zur Bestimmung der Kündigungsfrist stellt eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters dar.*” GA hat bemerkt, dass man die konkrete Angelegenheit im Rahmen der Richtlinie bewerten muss, statt man den vorliegenden Fall vorrangig im Rahmen der allgemeinen Nichtdiskriminierung wegen des Alters abhandelt und außerdem hat GA betont, dass der vorliegende Rechtsfall

¹⁶**EuGH**, Rs. C-555/07, Slg.2010, (Küçükdeveci), Rn. 29,36 und 37; für die ähnliche Entscheidung vgl. **EuGH**, Rs. 144/04, (Mangold), Slg. 2005, I-9981, Rn. 59-61, 64-65

nach der Beendigung der vorgesehenen Zeitdauer für die Übertragung der Richtlinie ins nationale Recht entstanden ist¹⁷. GA hat die Richtlinie 2000/78 als einen Rahmen, der bei der Altersdiskriminierung in Beschäftigungsangelegenheiten angewendet werden muss, bezeichnet¹⁸. GA bezieht sich für diese seine Meinung auf den § 3 Abs.1 Buchst. c der RL 2000/78 *“für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen...in Bezug auf...die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts [gilt]”*¹⁹.

GA hat zum Ausdruck gebracht, dass alle Richtlinien, die zum Zweck des Kampfes gegen die Diskriminierung dienen, auf Rechtsfälle zwischen Privatpersonen angewendet werden müssen, um die Anwendung der umstrittenen nationalen Gesetzbestimmungen zu verhindern. Der GA hat auf den *Mangold*²⁰ Beschluss verwiesen und daran erinnert, dass das Gericht in jenem Beschluss die Genehmigung erteilte, den Grundsatz für Nichtdiskriminierung wegen des Alters bei Rechtsfällen zwischen Personen angewendet werden kann. In diesem Rahmen hat er bemerkt, dass die Beendigung der vorgesehenen Zeitdauer für die Übertragung der RL 2000/78 ins nationale Recht nicht eine Wirkung haben, die den Schutz der Individuen gegen die vorhandene Diskriminierung abbaut. Er hat dafür plädiert, dass Antidiskriminierungsvorschriften wegen der Rolle

¹⁷ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 8,9,16 und 24; *“Die Bundesrepublik Deutschland hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, so dass die Vorschriften über die Diskriminierung wegen des Alters und wegen einer Behinderung in diesem Mitgliedstaat bis spätestens 2. Dezember 2006 umgesetzt werden mussten.”*

¹⁸ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 31-35.

¹⁹ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlussanträge des Generalanwalts, Rd.32.

²⁰ **EuGH**, Rs. 144/04, (*Mangold*), Slg. 2005, I-9982: Die Folgen des Urteils von *Mangold*; als erstes, wie der EuGH daraufhin, dass er das Prinzip der Nichtdiskriminierung aufgrund des Alters als grundsätzliches Prinzip des Gemeinschaftsrecht annimmt und verweist auf die RL 2000/78; als zweites, wie es darauf hin, dass nationale Gesetz im Sinne des allgemeinen Prinzips des Gemeinschaftsrechts analysiert werden müsse; als drittes hat das nationale Gericht bei Feststellung eines gegen dieses Prinzip verstoßenden nationalen Gesetzes das nationale Gesetz außer Betracht zu lassen; als vierten und Letztens kann die Außerachtlassung des nationalen Gesetzes auch bei rechtlichen Streitigkeiten zwischen Individuen engwendet werden.

Antidiskriminierung und des Kampfes gegen die Diskriminierung als eine Ausnahme der direkten horizontalen Wirkung angenommen werden müssen²¹. GA hat in diesem Rahmen der Richtlinie 2000/78 statt Grundsätze des EU-Rechts als anzuwendende Rechtsordnung akzeptiert und ferner akzeptiert, dass die erwähnte Richtlinie im Namen des Kampfes gegen die Diskriminierung auf die Rechtsfälle zwischen Privatpersonen angewendet werden kann, d.h. dass ihre horizontale Wirkung ausnahmsweise angenommen werden kann²².

GA hat dafür plädiert, dass eine nationale Rechtsbestimmung außer Betracht gelassen werden muss²³ falls sie den Grundsätzen des EU-Rechts widerspricht und den Grundsatz zur Vorrangigkeit des Unionsrechts betont. In diesem Rahmen werden nationale Gerichte regelmäßig als EU Gericht eine nationale Rechtsbestimmung, die den Grundsätzen des EU-Rechts widerspricht, werden ermöglichen, dass das EU-Recht unbeschränkt angewendet wird und sie werden nationale Bestimmungen nicht anwenden, um die den Individuen eingeräumten Rechte zu schützen. Denn ist es eine Pflicht, die dem nationalen Gericht als Aufgabe zugewiesen ist²⁴.

EuGH : Genauso wie GA hat auch der EuGH bemerkt, dass die Regelung im BGB Diskriminierung verursacht und dass der Zweck und das Ziel der bestehenden Regelung nicht dem Grundsatz “Nichtdiskriminierung” dient²⁵ sowie sie gegen das EU-Recht verstößt²⁶. Denn wurde diese Frage

²¹**EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 70 (Aussicht des Generalanwalts) ; **EuGH**, Rs. C-91/92, (*Faccini Dori*), Slg. 1984 ; für die Quelle der Idee vom Generalanwalt vgl. **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 86 : “[...] denn die Abkehr von dieser Auffassung würde einen Bruch mit der dem Urteil Mangold zugrunde liegenden Logik darstellen.”

²²**EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 31-35, 70 ; **EuGH**, Rs. C-144/04, (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981, Rn.76.

²³**EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 87

²⁴wie *Simmenthal* Urteil.

²⁵**EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 29

²⁶**EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 45 : “[...] dass die fragliche nationale Regelung gegen Unionsrecht verstößt [...]”

unter dem Titel 1) b ausführlich geantwortet und die Meinung des EuGH über diese Angelegenheit abgehandelt.

Zweitens werfen wir einen Blick auf die Meinung des EuGH darüber was die Rechtsquelle, die für das Vorhandensein der Diskriminierung wegen des Alters als Bezugspunkt vorgebracht wird, ist. Wie in der Richtlinie 2000/78 festgestellt worden ist, hat der EuGH den Grundsatz der Nichtdiskriminierung (der gemeinsamen Gleichheit) als der allgemeine EU-Grundsatz akzeptiert²⁷ und diesbezüglich außer *Mangold* Beschluss auch die Nichtdiskriminierung wegen des Alters im Art.21 Abs.1 der allgemeinen Bedingungen der Grundrechte²⁸ unterstrichen hat²⁹. Er hat betont, dass die Richtlinie bei der Nichtdiskriminierung wegen des Alters nur eine allgemeine Beschreibung festgeschrieben hat und die Grundregelung bei Grundbedingungen in dem Fall als Rechtsquelle als Basis genommen werden muss³⁰ und er hat betont, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung jenseits des Umfangs der Richtlinie eine autonome Anwendung findet. Der EuGH hat entschieden, dass auch im *Mangold* Beschluss in 2005 das Diskriminierungsverbot wegen des Alters vorhanden ist und auf die Notwendigkeit verwiesen, dieses Verbot als Grundsatz des EU-Rechts akzeptieren zu müssen. Denn hat der EuGH in der *Mangold* Klage beschlossen, dass die Richtlinie 2000/78 hinsichtlich der Grundsätze “Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf” und “Nichtdiskriminierung wegen des Alters” eine allgemeine Definition abliefern und dass der Grundsatz “Nichtdiskriminierung wegen des Alters” ein allgemeiner Grundsatz des EU-Rechts ist und dass dieser Grundsatz nicht in der Richtlinie 2000/78 verankert ist, sondern in der Richtlinie nur

²⁷**EuGH**, Rs. C-144/04, (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981, Rn. 74-75; § 1 2000/78/EG; **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 20-21 und 50; **EuGH**, Rs. 43/75, (*Defrenne*), Slg. 1976, Rn. 54; **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 74 und 79.

²⁸Die Charte wurde zum ersten Mal am 7. Dezember 2000 in Nizza feierlich verkündet. (ABl. C 364, S.1), später erneut am 12. Dezember 2007 in Straßburg (ABl. C 303, S.1)

²⁹**EuGH**, Rs. C-144/04, (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981, Rn. 76; **EuGH**, Rs. 555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn.75.

³⁰**EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 27

konkretisiert³¹ wurde und aus diesem Grund muss der Artikel 21 Abs.1 der allgemeinen Bedingungen (“Diskriminierung wegen des Alters ist verboten”) bei dem Rechtsfall zugrundegelegt werden muss. Laut dem EuGH ist der Grund dafür, dass der Grundsatz der Diskriminierung wegen des Alters als Grundsatz des EU-Rechts angesehen wird, ist, dass diese Regelung aus verschiedenen internationalen Unterlagen und Verfassungen abgeleitet worden ist³². In der Küçükdeveci Klage hat der Arbeitgeber keine öffentliche Autorität, daher rührt der konkrete Fall von einem Rechtsfall her, der zwischen Individuen stattfindet. Anders als die Meinung des GA hat das Gericht in diesem Rahmen als die im konkreten Fall anzuwendende Rechtsquelle nicht die Richtlinie 2000/78 sondern Regelungen im Rahmen der Grundsätze des EU-Rechts bezeichnet. Wie oben erwähnt, hat GA doch dafür plädiert, dass im konkreten Fall die Richtlinie 2000/78 als Rechtsquelle direkt angewendet werden muss. Der Grund warum das Gericht sich der Meinung des GA nicht abgeschlossen hat, ist das Vorhandensein des Grundsatzes “Die Anwendung der RL in Rechtsfällen zwischen Individuen kommt nicht Frage – horizontale Direktwirkung der RL”³³, das das Gericht auch in seinen früheren Judikaturen aufrechtzuerhalten versuchte. Der EuGH hat nicht die Notwendigkeit einer Freistellung dieses horizontale Anwendungsverbot,

³¹ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 50.

³² **EuGH**, Rs. C-144/04, (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981, Rn. 74; **EuGH**, Rs. 555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 74: “[...] das grundsätzliche Verbot dieser Formen der Diskriminierung, wie sich aus dem ersten und dem vierten Erwägungsgrund der RL ergibt [...]”; **EuGH**, Rs. 555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 20.

³³ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 46: “Zu Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten hat der Gerichtshof in ständiger Rechtssprechung entschieden, dass eine RL nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die RL als solche nicht möglich ist”; **EuGH**, Rs. C-152/84, (*Marshall*), Slg. 1986, Rn.48; **EuGH**, Rs. C-91/92, (*Faccini Dori*), Slg. 1994, Rn.20; **EuGH**, Rs. C-192/94, (*El Corte Inglés SA*), Slg. 1996, I-1281, Rn.16-17; **EuGH**, Rs. C-201/02,

(*The Queen Transp.*), Slg. 2004, I-723, Rn.56; **EuGH**, Rs. 397-403/01, (*Pfeiffer*), Slg. 2004, I-8835, Rn. 108-109; **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 65: “[...] Der Gerichtshof bleibt dabei, dass er eine horizontale unmittelbare Wirkung der RL nicht anerkennt. [...]”.

das für die Richtlinien gültig ist, thematisiert, und sogar im Beschluss war die Rede nicht von dem Fall. Das Gericht hat jedoch geglaubt, dass es das Anwendungsverbot der horizontalen Direktwirkung auf Rechtswegen ausschliessen kann, in dem es mit dieser Judikatur bei Rechtsfällen zwischen Individuen die Grundsatzbestimmungen anwendet. Das Gericht hat damit gegen das Anwendungsverbot der horizontalen Direktwirkung eine Alternativlösung gefunden³⁴. Somit hat der EuGH auf die Auslegung des “Grundsatzes der mittelbaren Wirkung” als Alternativlösung Wert gelegt³⁵. Außerdem hat der EuGH betont, dass die Notwendigkeit der Nichtanwendung einer nationalen Bestimmung für einen Vorbescheid im Rahmen des § 267 TFEU nicht von der Wahrscheinlichkeiten der Antragsstellung beim EuGH abhängig ist³⁶.

Im Falle, dass das EU-Recht der nationalen Bestimmung widerspricht, ist der EuGH zu der Erkenntnis gelangen, dass nationale Bestimmungen außer Betracht gelassen werden müssen, wenn die nationale Bestimmung im konkreten Fall dem EU-Recht widerspricht und gegen Grundsätze der Union verstößt. Der Richter kann im Alleingang darüber entscheiden, dass diese Bestimmungen nicht anwendbar sind, falls die nationale Rechtsordnung gegen das EU-Recht und Grundbedingungen verstößt. Im Rahmen des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit ist es ausgeschlossen, dass bei der Nichtdiskriminierung wegen des Alters nationale Bestimmungen, die dem EU-Recht widersprechen, nicht angewendet werden kann. So kann auch in der *Küçükdeveci* Klage, kann die Regelung des BGB nicht angewendet werden, weil sie den Regelungen der Grundsätze des EU-Rechts widersprechen³⁷. Der EuGH ist in der *Küçükdeveci* Klage zu der Erkenntnis gelangen, dass die Interpretierung des EU-Rechts, das in der Richtlinie 2000/78 Ausdruck findet, und des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung wegen des Alters die Anwendung

³⁴EuGH , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Schlußanträge des Generalanwalts , Rn. 58.

³⁵EuGH , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Rn. 45,47 und 51

³⁶EuGH , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Rn. 53-55

³⁷EuGH , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Rn. 43

der nationalen Bestimmungen verhindert. In der Angelegenheit, die der Streitgegenstand ist, ist die Diskriminierung wegen des Alters eine Regelung, die dem EU-Recht widerspricht. Da das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters unter die Basis der Rechtsstaatlichkeit des EU-Rechts fällt, könnte ein Verstoß dagegen als ein Verstoß gegen das EU-Recht bewertet werden und würde keine Anwendung finden, weil er dem EU-Recht widerspricht.

Der EuGH hat hinsichtlich einer anderen Angelegenheit also betreffs der Rolle der Gerichte die mittelbare Wirkung als alternative zu den horizontalen Direktwirkung und die Aufgabe des nationalen Gerichts im Namen des nationalen Schutz betont³⁸. Was die Haltung der deutschen nationalen Gerichte angeht, muss der EuGH die Anwendung der nationalen Bestimmungen ablehnen, falls nationale Gesetze dem EU-Recht widersprechen und gegen das EU-Recht verstoßen. Denn Grundsätze des EU-Rechts sind überlegener und mächtiger als nationale Grundsätze. Während das Gericht die Verantwortungen des nationalen Gerichts betont, hat er auf die Verantwortung des nationalen Gerichts das nationale Recht konsequent auszulegen und nicht nur auf die Aussage sondern auch auf die Notwendigkeit einer systematischen Gesamtheit bei dieser Auslegung aufmerksam gemacht³⁹.

Nationaler Justizbehörden sind verpflichtet im Namen der Verwirklichung des Zwecks, der in der Richtlinie festgelegt ist, nationale Rechtsordnungen in Richtung der Bestimmungen der Richtlinie zu interpretieren⁴⁰. Im Falle

³⁸ **EuGH** , Rs. 106/77 , (*Simmenthal*) , Slg. 1978 , Rn.21 ; **EuGH** , Rs. C-144/04 , (*Mangold*) , Slg. 2005 , I-9981 , Rn. 77 und 78. ; **EuGH** , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Rn. 45 und 48 ; **EuGH** , Rs. 14/83 , (*Colson Kamman*) , Slg. 1984 , Rn. 26 ; **EuGH** , Rs. C-106/89 , (*Marleasing SA*) , Slg. 1990 , I-4135 , Rn. 8 ; **EuGH** , Rs. C-91/96 , (*Faccini Dori*) , Slg. 1994 , I-3325 , Rn. 26 ; **EuGH** , Rs. C-397/01 bis C-403/01 , (*Pfeiffer*) , Slg. 2004 , I-8835 , Rn.113-111 ; **EuGH** , Rs. C-268/06 , (*Impact*) , Slg. 2008 , I-2483 , Rn. 42. ; **EuGH** , Rs. 555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , SchIA des Generalanwalts , Rn. 72.

³⁹ **EuGH** , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Schlußanträge des Generalanwalts , Rn. 24.

⁴⁰ **EuGH** , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Rn. 48 ; **EuGH** , Rs. 14/83 , (*Colson Kamann*) , Slg. 1984 , Rn. 26 ; **EuGH** , Rs. C-106/89 , (*Marleasing*) , Slg. 1990 , I-4135

des Widerspruchs zwischen der Richtlinie, die ins nationale Recht übertragen wird und Normen der nationalen Rechte müssen damit Justizbehörden den Richtlinien den Vorrang geben und Normen des nationalen Rechts im Rahmen dieser Richtlinien auslegen. Die Notwendigkeit der Auslegung der nationalen Bestimmungen⁴¹ angesichts der Richtlinien seitens der nationalen Gerichte nennt man “Doktrin der Auslegung” oder “Doktrin der mittelbaren Wirkung”. Der EuGH hat im vorliegenden Beschluss hinsichtlich der Rolle des nationalen Gerichts festgestellt, dass das nationale Gericht verpflichtet ist, wie in der Richtlinie 2000/78 konkretisiert worden ist, bei einem Rechtsfall aufgrund des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters im Rahmen der Verantwortungen Rechtsschutz zu gewähren und Maßnahmen zu treffen um die volle Wirksamkeit des EU-Rechts zu gewähren⁴².

F. ZUSAMMENFASSUNG UND RÉSUMÉ

Es ist unmöglich zu sagen, dass die erwähnte Judikatur des EuGH eine ausgesprochene Lösung für das vorhandene Problem darstellt. Die persönliche Meinung über das Thema wird basierend auf obige Fragen erklärt werden.

Erstens muss erwähnt werden, dass die nationale Regelung über die Steigerung der Kündigungsfrist proportional mit der Beschäftigungsdauer –wie oben im betreffenden Abschnitt festgestellt worden ist- sowohl vom EuGH als auch vom GA bewilligt. Der erwähnte Sachverhalt ist eine Regelung, die nicht im Rahmen des Diskriminierungsverbots bewertet

Rn. 8 ; **EuGH** , Rs.C-91/96 , (*Faccini Dori*) , Slg. 1994 , I-3325 , Rn. 26 ; **EuGH** , Rs. C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonie*) , Slg. 1997 , I-7411 , Rn. 40 ; **EuGH** , Rs. C-397/01 bis C-403/01 , (*Pfeiffer*) , Slg. 2004 , I-8835 , Rn. 110 und 113 ; **EuGH** , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Schlußanträge des Generalanwalts , Rn. 24 : “*die RL könne nahe der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Ausgangsverfahren keine unmittelbare Wirkung entfalten. Unter Hinweis auf zwei kürzlich ergangene Urteile des Gerichtshofs, in denen festgestellt und erläutert werde, dass die nationalen Gerichte zur konformen Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet seien.*” ; **EuGH** , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010 , Schlußanträge des Generalanwalts , Rn. 59. ; **EuGH** , Rs. C-378/07 bis C-380/07 , (*Angelidaki*) , Slg. 2009 , Rn. 197.

⁴¹**EuGH** , Rs. 14/83 , (*Colson Kamann*) , Slg. 1984 .

⁴²**EuGH** , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg.2010 , Rn. 45,47 und 51.

werden kann. Der hiesige Ziel besteht daraus den Arbeitnehmer zu schützen. Dass der Arbeitnehmer angemessen der Beschäftigungsdauer Kündigungsfrist hat, kann im Namen des Arbeitnehmerschutzes als ein rechtmäßiger Zweck bewertet werden und der vorliegende Sachverhalt wird nicht als irgendein Diskriminierungsverbot interpretiert werden. Im erwähnten Beschluss sind sowohl EuGH als auch GA zu der Erkenntnis gelangen, dass steigende Kündigungsfristen proportional mit der Länge der Beschäftigungsdauer in der Gesetzgebung finden und dass es als ein rechtmäßiger Zweck nicht als Diskriminierung bewertet werden kann.

Die zweite Angelegenheit stellt die Frage, ob die Regelung im BGB Diskriminierung wegen des Alters verursacht. Man kann sagen, dass die Regelung des BGB in diesem Sachverhalt eindeutig Diskriminierung wegen des Alters verursacht. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person wegen eines der Gründe (in diesem Bereich), die in der Richtlinie als Diskriminierungsverbote definiert werden in einer ähnlichen (vergleichbaren) Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Zum Beispiel ein Ingenieur und eine Reinigungskraft in einem Betrieb kriegen unterschiedliche Löhne. Da beide hinsichtlich der Lohngleichheit nicht zu verglichen/messen sind, ist es keine unmittelbare Diskriminierung, wenn ihre Löhne unterschiedlich sind. Folglich ist der Sachverhalt der Vergleichbarkeit/Messbarkeit wird nach der Beziehung zwischen dem Grund auf die die Diskriminierung basiert und der Angelegenheit bei der die Diskriminierung in Frage kommt, bewertet. Im oben genannten Beispiel können Arbeitnehmer mit Ingenieuren hinsichtlich des Gehalts nicht verglichen werden, jedoch hinsichtlich der Grundlagen der Abfindungsentschädigung können sie mit Ingenieuren verglichen werden. Im Beschluss des EuGH auch wird bemerkt, dass die Nichtberücksichtigung der Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer zur Bestimmung der Kündigungsfrist nicht dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung dient. Denn hat der EuGH betreffs einer solchen nationalen Regelung bemerkt, dass die Altergrenze 25 beeinträchtigt alle, die vor dem 25. Lebensjahr

eingestellt wurden egal wie alt sie bei der Entlassung sind. Daher betont der EuGH, dass dies keine Rechtmäßigkeit bei der Zielerreichung besitzt und die erwähnte Sachlage dem Diskriminierungsverbot widerspricht und unmittelbare Diskriminierung verursacht. GA ist auch der gleichen Meinung. Wenn der konkrete Fall im Rahmen der obigen Definition bewertet wird, liegt es auf der Hand, dass die Feststellung angebracht ist und eine solche nationale Regelung unmittelbare Diskriminierung verursacht.

Ein weiterer Sachverhalt, der im Beschluss abgehandelt werden muss, sind Grundsätze, die im Falle der Diskriminierung wegen des Alters anzuwenden sind. Müssen im erwähnten Fall Grundsätze des EU-Rechts oder Bestimmungen der RL 2000/78 zugrundegelegt werden? Unsere obigen Anführungen zeigen, dass der EuGH und GA im erwähnten Fall unterschiedlicher Meinung sind. Der EuGH bemerkt, dass bei dem Rechtsfall Grundsätze des EU-Rechts anzuwenden sind, da der Fall im Rahmen der Grundsätze des EU-Rechts zu bewerten ist und das betreffende Verbot nur in der RL 2000/78 konkretisiert worden ist. Der EuGH hat als Grundlage zu dieser Meinung auf den Artikel 21 Abs.1 der Grundbedingungen und Judikatur im *Mangold* Beschluss verwiesen. Dagegen hat GA die RL 2000/78 als rechtlicher Rahmen, der im Falle der Diskriminierung wegen des Alters angewendet werden muss, definiert. Als Grundlage zu dieser Meinung zeigt GA die Bestimmung im Art. 3 Abs.1 Buscht.c der RL. Bei der Meinungs-verschiedenheit zwischen dem EuGH und dem GA hat meines Erachtens GA den Sachverhalt zutreffender interpretiert. Der erwähnte Fall ist durch die Richtlinie 2000/78 auf eine besondere Art und Weise definiert worden. Grundsätze der vorhandenen Diskriminierungsverbote werden ausführlich in den Richtlinien abgehandelt und sie inhaltlich ausgefüllt. In diesem Rahmen kommt die Richtlinie bei der Bewertung der Grundsätze und Richtlinien als eine Quelle, die zu der Sachlage eine besondere Rechtsordnung durchführt, in Betracht. Aus diesem Grund bin ich der Meinung, dass im konkreten Fall rechtlich zutreffender wäre die besondere Rechtsordnung anzuwenden als die Anwendung des Grundsatzes. Daher denke ich, dass

man der Meinung vom GA zustimmt und dass man RL als eine Quelle, die zu der Sachlage eine besondere Rechtsordnung durchführt, akzeptiert. Natürlich bringt diese Sachlage die Frage zutage, ob es der Bemerkung des EuGH in seinen Judikaturen hinsichtlich der Rechtsfällen zwischen Privatpersonen “Richtlinie können nicht von selbst auf Individuen Sanktionen geltend machen” widerspricht. Dazu hat GA bemerkt, dass es notwendig ist in Rechtsordnungen betreffs der Grundrechte die horizontale Direktwirkung der RL anzuerkennen. Auch wenn der EuGH Richtlinienbestimmungen in diesem Fall nicht als Grundlage hinsichtlich der Rechtsquelle abgehandelt hat, hat er im *Palacios de La Villa* Verfahren die erwähnte RL als Quelle, die auf den konkreten Fall anzuwenden ist, abgehandelt und hat Vorrangig diese Richtlinie gegenüber Grundsätzen angewendet. Meines Erachtens muss der EuGH dies aufklären und zu sich selbst gestehen. Rechtsquellen, die beim konkreten Fall angewendet werden müssen, sind tatsächlich Regeln der Grundsätze oder Bestimmungen der Richtlinie? Oder ist der Grund für die Bezeichnung von Grundsätzen des EU-Rechts als Rechtsgrundlage, dass sie als alternative Lösung angesehen werden um die horizontale Direktwirkung auszuschalten obwohl man im *Küçükdeveci* Beschluss (genauso wie im *Palacios de la Villa* Beschluss) Richtlinienbestimmungen anwenden musste? Meiner Meinung nach ist die Antwort auf diese Frage die zweite Möglichkeit. Der EuGH hat einen solchen Beschluss gefasst damit er nicht von seinen vorherigen Judikaturen abweicht. Eigentlich der EuGH ist auch der Meinung, dass man im konkreten Fall die betreffende Richtlinie anwenden muss jedoch schlägt er diese Lösung vor um der horizontalen Direktwirkung keine Ausnahmen zu machen. Der EuGH hat erwähnt, dass die Anwendung der nationalen Bestimmungen, die des EU-Rechts widersprechen im Rahmen der Grundsätze des EU-Rechts statt der Anwendung der Richtlinienbestimmungen von nationalen Gerichten außer Betracht gelassen werden kann und er hat somit verhindert, dass die rechtswidrige Bestimmung angewendet wird. Sosehr auch die Vorgehenweisen von GA und EuGH unterschiedlich sind, führen beide zum gleichen Ergebnis. Jedoch denke

ich wie oben erwähnt, dass der Weg den GA in diesem System eingeschlagen hat, der richtigere Weg ist. Zumindest den Richtlinien hinsichtlich der Grundrechte eine solche Ausnahme zu machen, kann bei der Verhinderung der Ungleichheiten auswirken. Hinsichtlich dessen ist *Dori* Beschluss dafür ein typisches Beispiel. Da zufolge dem Grundsatz “*nützliche Wirkung-effect utile*” bei der Anwendung und Auslegung der EU-Rechte den Methoden der Auslegung und Anwendung, die die wirksame Anwendung der EU-Normen ermöglichen der Vorrang gegeben werden muss, müssen Richtlinien auch vertikale Direktwirkung neben der horizontalen Direktwirkung haben⁴³. Dadurch kann der Anwendungsbereich erweitert und die Wirkung des EU-Rechts erhöht werden. Als Anhaltspunkt für diese Idee kann vorgebracht werden, dass das Bestehen der horizontalen Direktwirkung für diskriminierende Praktiken als Basis dient⁴⁴. Z.B. Rechte, die von einer arbeitsrechtlichen Richtlinie herrühren, können von Arbeitnehmern als Individuen gegenüber der staatlichen Einrichtung (im Falle dessen, dass der Arbeitgeber eine Staatliche Einrichtung ist) geltend gemacht werden aber wenn Arbeitgeber Privatpersonen sind dann können Arbeitnehmer von diesen Rechten keinen Gebrauch machen. Diese Sachlage würde gegen das Diskriminierungsverbot, dass einer der Grundsätze des EU-Rechts ist, verstoßen. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, ist die Bemerkung des GA im *Küçükdeveci* Verfahren Ausnahmen zu machen als zutreffend angenommen. Der EuGH hat im *Küçükdeveci* Verfahren hinsichtlich des erwähnten EU-Rechts keine dauerhafte Judikatur zustande gebracht. Denn der EuGH würde eine alternative Lösung suchen und Anlass zu Differenzen zwischen Judikaturen geben und hinsichtlich der ähnlichen Sachlage keine einheitliche Anwendung zustandebringen. Aus dieser

⁴³ Generalanwalt Lenzs Ansichten im Urteil von *Dori* vgl. , **EuGH** , Rs. C-91/92 ; **ROHDE , Christian / LORENZMEIER , Stefan** : Europarecht Schnell Einfasst , Heidelberg 2005 , 3. Aufl. , S. 188

⁴⁴ für die Verteidigung von England im *Marshall* Urteil vgl. **EuGH** , Rs. , 152/82 , Slg. 1986

Sicht betrachtet, ist das keine richtige und dauerhafte Lösung, dass der EuGH für jeden konkreten Fall eine alternative Lösung findet.

LITERATURVERZEICHNIS

ROHDE , Christian / **LORENZMEIER** , Stefan : Europarecht , Heidelberg 2005 , 3. Aufl.

JUDIKATUREN*

- EuGH** , Rs. 106/77 , (*Simmenthal*) , Slg. 1978
EuGH , Rs. 106/89 , (*Marleasing SA*) , Slg. 1980
EuGH , Rs. C-91/92 , (*Faccini Dori*) , Slg. 1984
EuGH , Rs. 14/83 , (*Calson Kamman*) , Slg. 1984
EuGH , Rs. 152/84 , (*Marshall/Health Authority*) , Slg. 1986
EuGH , Rs. C-6/90 und C-9/90 , (*Andrea Francovich u.a v.Italien*) , Slg. 1991
EuGH , Rs. C-192/94 , (*El Corte Inglés SA*) , Slg. 1996
EuGH , Rs. C-126/96 , (*Inter-Environnement Wallonie*) , Slg. 1997
EuGH , Rs. 397-403/01 , (*Pfeiffer*) , Slg. 2004
EuGH , Rs. C-201/02 , (*The Queen Transp.*) , Slg. 2004
EuGH , Rs. C-411/05 , (*Palacios de la Villa*) , Slg. 2005
EuGH , Rs. 144/04 , (*Mangold*) , Slg. 2005
EuGH , Rs. C-268/06 , (*Impact*) , Slg. 2008
EuGH , Rs. C-378/07 bis C-380/07 , (*Angelidaki*) , Slg. 2009
EuGH , Rs. C-555/07 , (*Küçükdeveci*) , Slg. 2010
EuGH , Rs. C-407/09 , (*Europäische Kommission v Helenische Republik*) , Slg. 2011

*) Judikaturen sind chronologisch geordnet.

INTERNET

- | | |
|---|---|
| http://eur-lex.europa.eu/ | http://curia.europa.eu/ |
| http://www.abgs.gov.tr/ | http://www.abhaber.com/ |
| http://www.abmerkezi.com/ | http://www.avrupa.info.tr/ |
| http://abuzmanlari.org.tr/ | http://journal.juridicum.at/ |

RELEVANTE
RECHTSNORMEN

**A – Das Bürgerlichen
Gesetzbuchs (BGB)**

“§ 622

(1) Das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters oder eines Angestellten (Arbeitnehmers) kann mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden.

(2) Für eine Kündigung durch den Arbeitgeber beträgt die Kündigungsfrist , wenn das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen

1. zwei Jahre bestanden hat , einen Monat zum Ende eines Kalendermonats ,

2. fünf Jahre bestanden hat , zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats,

3. acht Jahre bestanden hat , drei Monate zum Ende eines Kalendermonats,

4. zehn Jahre bestanden hat , vier Monate zum Ende eines Kalendermonats,

5. zwölf Jahre bestanden hat , fünf Monate zum Ende eines Kalendermonats,

6. fünfzehn Jahre bestanden hat , sechs Monate zum Ende eines Kalendermonats,

7. zwanzig Jahre bestanden hat , sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats,

Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten , die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen , nicht berücksichtigt. “

**B- Das Allgemeine
Gleichbehandlungsgesetz**

“§ 1 Zweck des Gesetzes

Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.”

“§ 2 Anwendungsbereich

[...]

(4) Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.”

[...]

“§10 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Derartige unterschiedliche Behandlungen können insbesondere Folgendes einschließen :

(1) die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren

Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen; [...] “

C- Richtlinie 2000/78/EG (zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf)

“(1) Nach Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union beruht die Europäische Union auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam. Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der [am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten] Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus dem gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrecht ergeben.” [...]

“(4) Die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und der Schutz vor Diskriminierung ist ein allgemeines Menschenrecht; dieses Recht wurde in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, im VN Übereinkommen zur Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Frauen, im Internationalen Pakt der VN über bürgerliche und politische Rechte, im Internationalen Pakt der VN über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten anerkannt, die von allen Mitgliedstaaten unterzeichnet wurden. Das Übereinkommen III der Internationalen Arbeitsorganisation untersagt Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf.”

[...]

“(25) Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters stellt ein wesentliches Element zur Erreichung der Ziele der beschäftigungspolitischen Leitlinien und zur Förderung der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung dar. Ungleichbehandlungen wegen des Alters

können unter bestimmten Umständen jedoch gerechtfertigt sein und erfordern daher besondere Bestimmungen, die je nach der Situation der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein können. Es ist daher unbedingt zu unterscheiden zwischen einer Ungleichbehandlung, die insbesondere durch rechtmäßige Ziele im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung gerechtfertigt ist, und einer Diskriminierung, die zu verbieten ist.”

“§ 1 Zweck

Zweck dieser Richtlinie ist die Schaffung eines allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten.”

“§ 2 Der Begriff “Diskriminierung”

(1) *Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet*

“Gleichbehandlungsgrundsatz”

dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe geben darf”

(2) *Im Sinne des Absatzes 1*

a) liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als seine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde ;

[...]”

“§ 3 Geltungsbereich

(1) Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeit gilt diese Richtlinie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf

[...]”

c) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts ;

[...]”

“§ 6 Gerechtfertigte

Ungleichbehandlung wegen des Alters

(1) Ungeachtet des Artikels 2 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den

Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und Berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zu Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Derartige

Untergleichbehandlungen können insbesondere Folgendes einschließen ;

a) die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen , einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von

*Jugendlichen, älteren Diskriminierung wegen des Alters
Arbeitnehmern und Personen mit und einer Behinderung
Fürsorgepflichtigen zu fördern oder umzusetzen. In diesem Fall setzen
ihren Schutz sicherzustellen; sie die Kommission unverzüglich
davon in Kenntnis. [...]*

*b) die Festlegung von
Mindestanforderungen an das
Alter, die Berufs-erfahrung oder
das Dienstalter für den Zugang zur
Beschäftigung oder für bestimmte
mit der Beschäftigung verbundene
Vorteile;*

*c) die Festsetzung eines
Höchalters für die Einstellung
aufgrund der spezifischen
Ausbildungsanforderungen eines
bestimmten Arbeitsplatzes oder
aufgrund der Notwendigkeit einer
angemessenen Beschäftigungszeit
vor dem Eintritt in den
Ruhestand.”*

“§ 18 Umsetzung der Richtlinie

*(1) [...] bis spätestens 2.
Dezember 2003 in nationales
Recht umzusetzen. [...]*

*(2) Um besonderen Bedingungen
Rechnung zu tragen , können die
Mitgliedstaaten erforderlichenfalls
eine Zusatzfrist von drei Jahren ab
dem 2. Dezember 2003, d.h.
insgesamt sechs Jahre, in Anspruch
nehmen, um die Bestimmungen
dieser Richtlinie über die*

ULUSLARARASI NÜKLEER SORUMLULUK REJİMİ ÇERÇEVESİNDE SIVİL AMAÇLI NÜKLEER SANTRAL İŞLETENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Arş.Grv. Ayşe Aşlıhan ERBAŞI ÇUHADAR*

Özet

Nükleer endüstrinin gelişmeye başladığı erken dönemden bugüne nükleer enerji üretimini teşvik etmek isteyen devletler, vatandaşlarının refahını korumalarına ve nükleer bir kaza halinde mağdur olacak kişilerin zararlarının uygun bir şekilde tazminini sağlamalarına yönelik sorumluluklarının da bilinci ile hareket etme eğilimi içerisinde olmuştur. Böylelikle devletler, nükleer enerji üretiminin yarattığı istisnai riskten kamunun korunması ve buna paralel olarak gelişmiş bir nükleer güç endüstrisinin ekonomik çıkarları ile yatırımcı ve tedarikçilerin yıkıcı tazminat talepleri karşısında korunmaları ihtiyacının uzlaştırılması yönünde çaba sarf etmeye başlamıştır. Bunun sonucunda da olağan haksız fiil hukuku kurallarından uzaklaşarak nükleer güç üretiminde yer alan olağanüstü risklerin dikkate alındığı özel bir rejim oluşturulmuştur. Günümüzde bu rejim birçok sanayileşmiş ülkede kabul gören uluslararası nükleer sorumluluk hukukunun da temelini oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Nükleer Enerji, Sivil Amaçlı Nükleer Santral, Nükleer Zarar, Uluslararası Sorumluluk Rejimi, Devletlerin Uluslararası Hukukun Yasaklamadığı Eylemlerinden Doğan Zararlara İlişkin Hukuki Mesuliyet Rejimleri

* Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Nuclear Plant Operator's Civil Liability in the Framework of International Nuclear Civil Liability

Abstract

The countries hitherto wished to promote nuclear energy production from the earlier stages of nuclear industry have always been inclined to act with the awareness of their responsibilities regarding the protection of the welfare of their citizens and proper compensation of the losses of possible victims in the event of a nuclear accident. Thus countries have always sought to protect public from the exceptional risks created by the nuclear energy production and to reconcile the economic interests of the nuclear power industry and their protection against the destructive compensation demands of investors and suppliers. This, in turn, culminated in the formulation of a special regime where the extraordinary risks involved in the nuclear power production are taken into consideration by withdrawing from tort law rules. Such regime constitutes the foundation of the international nuclear liability law acknowledged by most industrialized countries today. "

Keywords: Nuclear Energy, Nuclear Power Plant, Nuclear Damage, Civil Liability Regime for Nuclear Damage, State Liability

GİRİŞ:

Nükleer endüstrinin gelişmeye başladığı erken dönem sırasında sanayileşmiş ülke hükümetlerinin birçoğu, nükleer enerjiyi ekonomilerini hızla kalkındıracak ve refah seviyesini arttıracak çekici bir kaynak olarak algılamıştır. Her ne kadar bu dönemde hükümetler, Çernobil gibi büyük bir felaketin gerçekleşebileceğini tahmin edememiş olsalar da, iyonize radyasyonun geniş çapta yayılması sonucunu doğuracak ciddi bir nükleer vakasının gerçekleşmesi halinde insan sağlığının, kamuya ve özel kişilere ait mülklerin, çevrenin ve ekonominin geniş çapta etkileneceği şekilde ciddi sonuçların ortaya çıkabileceğinin farkındaydılar. Ayrıca nükleer enerji üretimini teşvik etmek isteyen devletler, vatandaşlarının refahını korumalarına ve nükleer bir kaza halinde mağdur olacak kişilerin

zararlarının uygun bir şekilde tazminini sağlamalarına yönelik sorumluluklarının da bilincindeydiler.

Ancak kamunun güvenlik ihtiyacının yanı sıra yeni nükleer tesislerin hayata geçebilmesi için, bu projelerde görev alacak potansiyel yatırımcıların, inşaatçıların, servis-teknoloji ve malzeme tedarikçilerinin de nükleer bir kazanın gerçekleşmesi sonucunda kazanın mağdurlarının sorumluluğa ilişkin olası talepleri nedeniyle yaşayacaklarına ilişkin finansal kaygılarının ortadan kaldırılması gerekmektedir. Çünkü sayılan tüm bu aktörler, olası bir kazanın yaratacağı sınırsız sorumluluk halinin finansal sonuçları nedeniyle işletmelerinin iflas etmesinden çekindikleri için, nükleer endüstrinin gelişimine katkıda bulunma konusunda şüphe içerisindeydiler.

Hükümetler, olası mağdurlar ve olası yatırımcılara ilişkin bu iki sorunun da ortak çözümü için nükleer enerji üretiminin yarattığı istisnai riskten kamunun korunması gerektiğini ve bunu yaparken de gelişmiş bir nükleer güç endüstrisinin ekonomik çıkarları ile yatırımcı ve tedarikçilerin yıkıcı tazminat talepleri karşısında korunmaları ihtiyacının uzlaştırılması gerektiğini fark ettiler. Böylelikle endüstrinin gelişimine yönelik hukuki ve finansal engeller ortadan kaldırılırken, masum üçüncü kişilerin uğrayacağı olası zararların tazmininin garanti altına alınması bir sonraki hedef haline gelmiştir. Ancak bu çözümün hayata geçirilmesi karşısındaki en büyük engel haksız fiil hukukuna ilişkin olağan kuralların konvansiyonel risklere uygulanmasında hiçbir sorun yokken; nükleer kazalara uygulanması halinde olası mağdurlara yardım etmekten ziyade onların zararlarını tazmin etmede sorun yaşamalarına neden olacak olmasıdır. Çünkü mağdurlar olası bir kaza sonucunda özellikle de konunun karmaşık teknolojik ayrıntılar içermesi nedeni ile nükleer kazaya karışan kişilerden (tesisi dizayn eden mi, inşa eden mi yoksa tesisin tedarikçisi mi, vs.) hangilerinin hukuki olarak sorumlu olacağını ayırt etmede zorlanacaklardır. Ayrıca haksız fiil hukukuna ilişkin olağan kurallar, mağdurların kazaya ilişkin faillerin biri ya da birçoğunun davranışları ile kaza arasında bir illiyet bağı kurmalarını da

gerektirecektir. Bu olumsuzlukları ortadan kaldırmak için bahsi geçen olağan kurallardan uzaklaşmak, nükleer güç üretiminde yer alan olağanüstü risklerin dikkate alındığı özel bir rejimin formüle edilmesinin yolunu açmıştır. Günümüzde bu rejim birçok sanayileşmiş ülkede kabul gören uluslararası nükleer sorumluluk hukukunun da temelini oluşturmaktadır¹.

Bu çalışma kapsamında öncelikle nükleer enerjinin üretimi ve bu süreç zarfında meydana gelmiş olan önemli kazalar hakkında kısaca bilgi verilecek, ardından da uluslararası nükleer sorumluluk hukuku rejimi ele alınacaktır.

1. NÜKLEER ENERJİNİN TANIMI

20. yüzyılın ortalarına doğru 2000 yıldır kabul gören ‘Her maddenin atom adı verilen ve bölünemeyen parçacıklardan oluştuğu’ na ilişkin önermenin yanlış olduğu ortaya çıkmış; bunun sonucunda da 1938 yılında Otto Hahn, Fritz Strassman, Lise Meitner ve Otto Frisch adlı Alman fizikçiler, Uranyum üzerinde yaptıkları denemeler sonucunda atom çekirdeğini parçalamayı başarmışlardır. Takip eden yıllarda Amerikalı fizikçi Enrico Fermi, zincirleme reaksiyonu kontrol altına almayı başararak, 1942 yılında nükleer enerjinin üretilmesine olanak sağlamıştır. Bu üretim, basit bir anlatımla ağır radyoaktif (Uranyum gibi) atomların bir nötronun çarpması ile daha küçük atomlara bölünmesi (filyon) veya hafif radyoaktif atomların birleşerek daha ağır atomları oluşturması (füzyon) sonucu çok büyük bir miktarda enerji açığa çıkmasına dayanır.

Bu sürecin gerçekleştirilerek, nükleer enerjinin ortaya çıkarılması ve diğer enerji tiplerine dönüştürülmesi için nükleer reaktörler kullanılmaktadır. Sıcak savaşı izleyen soğuk savaş yıllarında gerek geleneksel enerji kaynaklarının tükenebilir doğası gerekse petrol fiyatlarında politik sebepler nedeniyle yaşanan ani dalgalanmalar nükleer enerjinin silah üretimi dışında ‘barışçıl’ amaçlar için kullanımına

¹ Julia Schwartz, “*Liability and Compensation for Third Party Damage Resulting from a Nuclear Incident*” içerisinde **International Nuclear Law: History Evolution and Outlook** , OECD Publications, 2010, s. 307-308 (OECD 2010, s:307-355)

yaygınlık kazandırmıştır. Böylece ardi ardına gelişmiş ülkelerde radyoaktif maddelerin kullanılarak elektrik enerjisinin üretildiği Nükleer Enerji santralleri kurulmaya başlanmıştır².

2. ÖNEMLİ NÜKLEER KAZALAR

Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu (IAEA), nükleer ve radyasyon kazasını/felaketini “herhangi bir biçimde ve sebeple radyoaktif materyallerin ortaya çıkmasına sebep olan/olabilecek ve başka bir ülke için radyolojik güvenlik anlamı taşıyabilecek uluslararası sınır aşan bir salınımla sonuçlanan/sonuçlanabilecek aktivite ve tesisleri içeren her tür olay”³ olarak tanımlamaktadır. 1940’lardan günümüze çok sayıda nükleer kaza olmuştur⁴. Bunlardan en önemlilerine kısaca aşağıda değinilmeden evvel belirtmek gerekir ki; IAEA, bu nükleer kazaların etkilerini esas almak suretiyle kazaların şiddetini belirlemede Uluslararası Nükleer ve Radyolojik Hadise Ölçeğini (INES) kullanmaktadır. 1’den başlayıp 7’ye kadar devam eden ölçek logaritmiktir ve her artan seviye, bir önceki seviyede yer alandan yaklaşık on kat daha şiddetli bir kazayı temsil etmektedir. Böylelikle (0) olarak belirtilen seviye “Güvenlik Açısından Önemsiz” kabul edilirken, (1) seviyesi “Anormali”yi, (2) seviyesi “Olay” olduğunu, (3) seviyesi “Ciddi Olay”ı, (4) seviyesi “Yerel Sonuçları Olan Kaza”yı, (5) seviyesi “Geniş Sonuçları olan Kaza”yı, (6) “Ciddi Kaza”yı ve son olarak (7) seviyesi de “Büyük Kaza”yı işaret etmektedir⁵. Bu seviyelerin halka, çevreye ve üretim tesislerine verilen zararı sınıflandırmaları aşağıdaki şekildedir⁶:

²Nükleer Enerji Dosyası, (Çevrimiçi) <http://www.elektrikport.com/teknik-kutuphane/nukleer-enerji-dosyasi-1-bolum/8888?#ad-image-0>, 10.01.2014

³IAEA Safety Glossary Terminology Used in Nuclear Safety and Radiation Protection, (Çevrimiçi) http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1290_web.pdf

⁴Önemli nükleer kazaların listesi için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.greenpeace.org/international/en/campaigns/nuclear/safety/accidents/>, 11.01.2014

⁵International Atomic Energy Agency, **The International Nuclear and Radiological Event Scale**, (Çevrimiçi) <http://www.iaea.org/Publications/Factsheets/English/ines.pdf>, 11.01.2014

⁶ **Türkiye Atom Enerjisi Kurumu**, (Çevrimiçi) <http://www.taek.gov.tr/acil-durumlar/kaza-ve-tehlike-durumu/372-uluslararasi-nukleer-olay-olcegi-ines.html>,

Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu

Tablo-1: INES Seviyelerinin Genel Tanımı			
INES Seviyesi	Halk ve Çevre	Radyolojik Bariyerler ve Kontrol	Derinliğine Savunma
Büyük Kaza Seviye 7	<input type="checkbox"/> Büyük miktarda radyoaktif madde salımı, geniş alanda planlı bir şekilde uzun süreli önlem alınmasını gerektiren sağlık ve çevresel etkiler.		
Ciddi Kaza Seviye 6	<input type="checkbox"/> Önemli miktarda radyoaktif madde salımı, planlanmış önlemlerin uygulanması gereklidir.		
Geniş Sonuçları Olan Kaza Seviye 5	<input type="checkbox"/> Sınırlı miktarda radyoaktif madde salımı, planlanmış önlemlerin bir kısmının uygulanması gereklidir. <input type="checkbox"/> Radyasyon sebebiyle ölüm gerçekleşmesi.	<input type="checkbox"/> Reaktör korunda ciddi hasar meydana gelmesi. <input type="checkbox"/> Tesis içerisinde halkı etkileme olasılığı yüksek olan, büyük miktarda radyoaktif madde salımı. Büyük bir kritiklik kazası ya da yangın bu tür bir olaya sebep olabilir.	
Yerel Sonuçları Olan Kaza Seviye 4	<input type="checkbox"/> Az miktarda radyoaktif madde salımı, yerel besin kontrolünden başka bir önlemin uygulanması beklenmez. <input type="checkbox"/> Radyasyon sebebiyle en az bir ölümün gerçekleşmesi.	<input type="checkbox"/> Yakıt erimesi veya yakıt hasarı sonucu kor envanterinin %0,1'inden fazlasının salımı. <input type="checkbox"/> Tesis içerisinde halkı etkileme olasılığı yüksek olan, sınırlı miktarda radyoaktif madde salımı.	
Ciddi Olay Seviye 3	<input type="checkbox"/> Çalışanlar için izin verilen yıllık doz miktarının on katını aşan radyasyona maruz kalma. <input type="checkbox"/> Radyasyonun yanık gibi ölümcül olmayan deterministik etkilerinin görülmesi.	<input type="checkbox"/> Bir çalışma alanında 1 Sv/saat'in üzerinde doz hıza maruz kalma. <input type="checkbox"/> Bir alanda tasarımda beklenmeyen şekilde, halkın etkilenmesi olasılığı düşük olan ciddi kontaminasyonun olması.	<input type="checkbox"/> Bir nükleer tesiste alacak güvenlik önleminin kalmadığı, kazaya yakın durum. <input type="checkbox"/> Kayıp ya da çalınmış yüksek aktiviteli, zırlı radyasyon kaynağı. <input type="checkbox"/> Gönderildiği adrese ulaşmamış, bulunduğu yerde kaynağı idare etmek için yeterli prosedürlerin olmadığı, yüksek aktiviteli zırlı radyasyon kaynağı.
Olay Seviye 2	<input type="checkbox"/> Halktan bir bireyin 10 mSv'in üzerinde radyasyon dozuna maruz kalması. <input type="checkbox"/> Bir çalışanın yıllık izin verilen miktarının üzerinde radyasyon dozu alması.	<input type="checkbox"/> Bir çalışma alanında doz hızının 50 mSv/saat'in üzerinde olması. <input type="checkbox"/> Tesisin tasarımında beklenmeyen, önemli ölçüde kirlenme olması.	<input type="checkbox"/> Güvenlik önlemlerinde gerçek bir sonuca yol açmayan önemli arızalar oluşması. <input type="checkbox"/> Güvenlik önlemleri hasar görmemiş, yüksek aktiviteki kayıp kaynak, cihaz ya da taşıma paketi bulunması. <input type="checkbox"/> Yüksek aktiviteli radyasyon kaynağının uygun olmayan şekilde paketlenmesi.
Anomali Seviye 1			<input type="checkbox"/> Halktan birinin yıllık izin verilenin üzerinde radyasyon dozu alması. <input type="checkbox"/> Derinliğine savunmanın önemli miktarda hasar görmediği, güvenlik bileşenlerindeki küçük problemler. <input type="checkbox"/> Düşük aktiviteli kaynak, cihaz ya da taşıma

1. Cosmos 954

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) tarafından uzaya fırlatılan ve nükleer reaktör aracılığıyla faaliyetini yürüten Cosmos 954 adındaki uydu, 1979 yılında Kanada üzerinden geçerken infilak etmiş ve parçalanan uydudan yeryüzüne ulaşan parçalar nedeniyle Kanada'nın bazı bölgeleri radyasyondan etkilenmiştir. Kirlenmenin sonuçlarının bertaraf edilmesi amacıyla Kanada hükümeti SSCB'den 15. 000. 000 USD. tazminat istemiş. En nihayetinde taraflar 7. 500. 000 USD tazminat üzerinde anlaşmışlardır⁷.

2. Üç Mil Adası Kazası

3 Mart 1979 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Three Mile Island'da (TMI) Metropolitan Edison Şirketi (MEC) tarafından işletilen nükleer reaktör (TMI-2) kısmen erimiştir. Bu hadise INES ölçeğine göre 5 şiddetinde bir nükleer hadisedir. Bu hadisenin genel sağlık üzerindeki etkisini incelemek üzere Çevresel Koruma Ajansı, Sağlık Departmanı, Sağlık ve İnsan Servisleri ve Enerji Departmanı gibi devlet dairelerinin yanı sıra birçok bağımsız grup araştırma yapmış ve sonuç olarak TMI-2 çevresinde yaklaşık 2 milyon kişinin bahsi geçen olay sırasında 1 millirem civarında radyasyona maruz kaldığı ortaya çıkmıştır. Bahsi geçen oranın göğüs röntgeni sırasında maruz kalınanın altıda biri olması göz önüne alındığı takdirde, Pittsburgh ve Kolombiya Üniversitelerinin araştırmaları sonucunda reaktörde gerçekleşen zararın büyüklüğüne nazaran çevreye ve bireylerin sağlığına etkilerin önemsiz düzeyde olduğu yönünde vermiş oldukları beyanat anlam kazanmaktadır⁸. Kaza 5. seviyede bir kaza olmasına rağmen santral çalışanları veya yakındaki kişiler arasında hiçbir ölüme yol açmamıştır. Ancak Üç Mil Adası kazası, nükleer enerjinin küresel gelişiminde önemli bir dönüm noktası olmuştur. Şöyle ki; 1963-

⁷ Daha fazla bilgi için bkz. **Settlement of Claim between Canada and the Union of Soviet Socialist Republics for Damage Caused by "Cosmos 954" (Released on April 2, 1981)**, (Çevrimiçi) http://www.jaxa.jp/library/space_law/chapter_3/3-2-2-1_e.html, 10.01.2014

⁸ United States Nuclear Regulatory Commission, **Background on the Three Mile Island Accident**, (Çevrimiçi) <http://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/factsheets/3mile-isle.html>, 10.01.2014

1979 yılları arasında yeni reaktörlerin inşasının sayısı her yıl sürekli artmaktayken, bu kazanın ertesinde ABD’de yapım aşamasındaki reaktörlerin sayısı hızla düşmüştür. Bunun sonucunda da 1980-1984 yılları arasında toplam 51 Amerikan nükleer reaktör projesi iptal edilmiştir⁹.

3. Kyshtym Patlaması

29 Eylül 1957 tarihinde SSCB’ne bağlı Kyshtym’de, sıvı atık tankının soğutma sisteminde gerçekleşen bir arıza nedeniyle patlaması neticesinde yeraltı depolama ünitesinin içinden 70-80 ton radyoaktif maddenin sızması sonucu binlerce kilometrekare alan kirlenmiştir. 6. Seviyede bir kaza olarak kabul gören ve 1970’lerin ortasına kadar devlet sırrı olarak saklanan bu kaza neticesinde 30’a yakın köyün haritadan tamamen silindiği bilinmektedir¹⁰.

4. Çernobil. Felaketi

26 Nisan 1986 yılında Ukrayna’da güç reaktöründeki güvenlik sisteminin test edilmesi sırasında reaktör operatörlerinin bir seri hatası sonucu gerçekleşen Çernobil felaketi, INES ölçeğine göre 7 şiddetinde bir nükleer hadisedir¹¹. Reaktördeki korun erimesi sonucunda gerçekleşen patlama nedeniyle Ukrayna ve Belarus’ta geniş toprak alanları kirlenmiş ve radyoaktif bulutlarla taşınan radyasyon Kuzey ve Orta Avrupa’da göreceli kirlenmeye neden olmuştur¹².

5. Fukushima Nükleer Santral Kazası:

1979’daki Üç Mil Adası ve 1986’daki Çernobil kazalarını izleyen yıllarda iklim değişikliğinin sonuçlarına ilişkin artan bilinçlenme ve enerji

⁹ EDAM- Ekonomi ve Dış Politika Araştırmalar Merkezi, **Nükleer Enerjiye Geçişte Türkiye Modeli**, EDAM Yayınları, 2012, s.53

¹⁰Greenpeace, **Nuclear Accidents**, (Çevrimiçi) <http://www.greenpeace.org/international/en/campaigns/nuclear/safety/accidents/>, 11.01.2014

¹¹ International Atomic Energy Agency, **The International Nuclear and Radiological Event Scale**, <http://www.iaea.org/Publications/Factsheets/English/ines.pdf>, 11.01.2014

¹²Greenpeace, **Nuclear Accidents**, (Çevrimiçi) <http://www.greenpeace.org/international/en/campaigns/nuclear/safety/accidents/>, 11.01.2014

bağımlılığına ilişkin ciddi endişeler nedeniyle nükleer enerji, yeniden eski popülerliğini kazanmaya başladığı sırada gerçekleşen Fukuşima kazası Çernobil'den bu yana, belki de tarihte yaşanan nükleer kazalar arasında en kötüsü olarak nitelendirilmiştir. 11 Mart 2011 tarihinde başlayan bir dizi olay neticesinde gerçekleşen kaza esas itibariyle Fukuşima'daki reaktörlerin tasarımcılarının, bir deprem sonucu oluşabilecek tsunaminin, deprem sonrası reaktörü stabilize etmesi beklenen yedek sistemi etkisiz hale getireceğini öngörememelerinden kaynaklanmıştır¹³.

2011'deki Tōhoku depremi ve ertesinde oluşan tsunaminin Fukushima nükleer tesislerinde neden olduğu yedek güç ve muhafaza sistemlerindeki büyük hasar, Fukuşima I nükleer tesisi reaktörlerinin bazılarının aşırı ısınmasına yol açmıştır. Bunun sonucunda Reaktörlerin her birinde gerçekleşen kazalar, Radyolojik Hadise ölçer tarafından ayrı ayrı incelenmiş, böylece reaktörlerden üç tanesinin seviye 5, bir tanesinde seviye 3 ve durumun bütününde ise seviye 7 olarak derecelendirilmiştir. Kaza sonucunda santral etrafında 20 km'lik bir alan yasak bölge ilan edilmiş ve 30 km'lik gönüllü bir tahliye bölgesi oluşturulmuştur¹⁴.

Çernobil'den sonra 2. en büyük nükleer kaza olan Fukushima hadisesi, aynı Çernobil gibi nükleer enerjiye karşı toplumsal tepkilerin oluşmasına vesile olmuştur. Olaydan sonra nükleer santrallere ilişkin en sert tepkiler Almanya ve İtalya'dan gelmiş; 30 Haziran 2011'de Almanya, 2022 yılına dek nükleer santralleri aşamalı olarak kapatma kararı alırken, İtalya'da yapılan bir referandum sonucunda halkın %95'lik bir kesimi yeni nükleer santrallerin açılmasına yönelik 'hayır' oyu kullanmıştır. İsviçre ve Finlandiya, yeni nükleer santral kurma çalışmalarını geçici olarak durdurduğunu açıklamıştır. Nükleer santraller işleten diğer ülkeler ise güvenlik önlemlerini artırmıştır. Fransa ve ABD'de gibi nükleer enerjinin hayati rol oynadığı ülkelerin kamuoylarında dahi yeni nükleer

¹³ EDAM, **Nükleer Enerjiye Geçişte Türkiye Modeli**, s.53

¹⁴ IAEA, **International Fact Finding Expert Mission of the Nuclear Accident Following the Great East Japan Earthquake and Tsunami Preliminary Summary**, 24 May- 1 June 2011, (Çevrimiçi) <http://www.iaea.org/newscenter/focus/fukushima/missionsummary010611.pdf>

santrallerin yapımına ilişkin hoşnutsuzluklar ağırlıklı olarak dile getirilmeye başlanmıştır¹⁵.

3. SİVİL AMAÇLI NÜKLEER SANTRAL İŞLETENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

3.1. Devletlerin Uluslararası Hukukun Yasaklamadığı Eylemlerinden Doğan Zararlara İlişkin Hukuki Yükümlülük (Civil Liability) Rejimleri

Devletlerin haksız fiillerinden kaynaklanan çevresel zararlardan doğan sorumluluklarına ilişkin hukukun gelişiminin zor olması ve bu sorumluluğa ilişkin genel özen gösterme standardının kirlenmenin menşei olan ülkeye karşı zararın tazmininin yönlendirilmesi olasılığını sınırlandırması nedeniyle Uluslararası Hukuk Komisyonu (**International Law Commission- ILC**), 1978’de Uluslararası Hukukun Yasaklamadığı Eylemlerden Doğan Zararlara İlişkin Yükümlülük maddeleri üzerinde çalışmaya başlamıştır¹⁶. Buna göre bu rejim, öngörülemez veya öngörülebilir olmakla birlikte devlet tarafından uygun ilgi gösterilmiş olsa dahi önlenemez özellikte olan ve ciddi sınır ötesi zarar riski içeren faaliyetler için kusursuz sorumluluk standardı temelinde olacaktır.

Bu rejimin kavramsal temeli, faaliyeti yürüten devletin veya ilgili faaliyetlerin yürütüldüğü idari bölgenin tarafında hata/suç olmamasıdır. Bu yüzden ILC, kusurlu eylem veya ihmale ilişkin önceden bir sorumluluk (responsibility) bulgusu olmadan geçerli olacak yükümlülük (liability) kuralları sunmaya çalışmıştır. Kavramsal temel, belirli faaliyetlerin maliyet-fayda açısından haklı görülebilmesi ve yasaklanmamasıdır. Ancak bunlar hasara yol açarsa, “kırleten taraf anaparayı öder” ve “tazminat adaleti” ilkeleri, zarar gören devletin zararının zarara yol açan devlet tarafından tazmin edilmesini önerir. Bu yaklaşım devletlerin hukuki yükümlülüğü (liability) konusunun

¹⁵ Friedrich-Ebert-Stiftung Derneği, **Nükleer Enerjinin Sonu mu? Fukushima’dan Sonra Alternatif Enerji Politikalarına Uluslararası Bir Bakış**, Sena Ofset, İstanbul, 2012, s.7

¹⁶ J. Brunnee, “On Sense and Sensebily: Reflections on International Liability Regime”, **ICLQ** Vol 53, April 2004, s.354-355 (s:351-368)

devletlerin sorumluluğu (responsibility) konusundan ayrılmasıyla sonuçlanmıştır¹⁷.

Yapılan taslak çalışmalarının sürekli eleştiriye uğraması üzerine, ILC, hukuki yükümlülük konusunu, bir kısmı “tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan sınır ötesi zararların önlenmesine ilişkin hukuki yükümlülük” ve bir kısmını da “tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan sınır ötesi zararların ortaya çıkması halinde bu zararlı sonuçlara ilişkin hukuki yükümlülük” olacak şekilde ikiye ayırarak ele almaya karar vermiştir. “Önleme”ye ilişkin ilk kısım, 2001’de zararın önlenmesine ilişkin devletlerin ana yükümlülüğü hakkında taslak konvansiyonun kabulüyle tamamlanmıştır¹⁸.

Taslak konvansiyon, ciddi sınır ötesi zarar riskinin önlenmesini veya en aza indirgenmesini hedefleyen temel uygulama kurallarının ana hatlarını belirtmektedir (Madde 1 ve 3). Diğer bir ifadeyle, taslak konvansiyonun temel mantığı; devletler arasındaki risk yönetimi, işbirliği ve danışmanlık ihtiyacıdır. Zarar, geniş çerçevede “kişilerin, malların ve çevrenin uğradığı zararlar” olarak tanımlanmaktadır ama çevreyi nelerin oluşturduğuna dair bir tanım yoktur. Taslak konvansiyona ilişkin şerhte; ciddi zarara yol açma riskinin, “bir kazanın gerçekleşme ihtimali” ile “kazanın zararlı etkilerinin şiddeti”nin birleşik etkisini ifade ettiği açıklanmaktadır¹⁹.

ILC’nin uluslararası çevre hukukunun temel standardı olarak gördüklerine bağlı kalarak, önleme görevi için istenen ilgi düzeyi, özen gösterme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, menşe devletin yol açtığı ciddi sınır ötesi zararın önlenmesi için gerekli olan tüm tedbirlerin kabulünü kapsamaktadır (Madde 3). Taslak konvansiyon, ciddi sınır aşan

¹⁷ Malgosia Fitzmaurice, “*International Responsibility and Liability*”, **the Oxford Handbook of International Environmental Law** içerisinde, Oxford University Press, Online Basım 2012, s. 11

¹⁸ Ayşe Nur Tütüncü, “*Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun 53’üncü Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Aşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış*”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y:22, S:2, 2002, s.892-893

¹⁹ Malgosia Fitzmaurice, **a.g.e.**, s.11

zararların önlenmesine katkıda bulunması gereken, devletler arasındaki bazı önemli usuli yükümlülükleri de teyit etmektedir. Bunlar; işbirliği (Madde 4); bildirim ve bilgilendirme (Madde 8); önleyici tedbirlere ilişkin danışmanlık (Madde 9); ve bilgi alışveriştir (Madde 12)²⁰.

Taslak konvansiyon, , ciddi sınır ötesi zararın önlenmesi veya riskinin en aza indirgenmesi için kabul edilecek tedbirler bakımından mümkün olan en iyi çözümü bulmak için devletlerin birbirlerine danışmalarını vurgulamaktadır (Madde 9(2)). Madde 10'da, adil bir çözüm için dikkate alınacak etkenler listesi sunulmuş; ancak bu tahdidi olarak yapılmamıştır. Taslak konvansiyonun bir diğer önemli özelliği de çevre prosedürü kurallarının içeriğini netleştirmesi ve en önemlisi, özen gösterme yükümlülüğünü uluslararası çevre sorumluluğunun temel standardı olarak onaylamasıdır²¹.

Taslak konvansiyonun ikinci bölümündeki “hukuki yükümlülük” kısmı ise, tehlikeli faaliyetler nedeniyle gerçekleşen sınır ötesi zararlardan kaynaklanan zararın paylaşılmasının hukuki rejimine odaklanmaktadır. ILC halen “Uluslararası Hukuka Uygun Eylemler Sonucu Oluşacak Zararlardan Sorumluluk” taslağı üzerinde çalışmaktadır; bu projede odak noktası, devletin sorumluluğundan hukuki sorumluluğa geçmiştir.

Devletlerin, devlet sorumluluğu (responsibility) veya yükümlülüğü (liability) rejimleri kapsamındaki çevre hasarı ile ilgili doğrudan hukuki yükümlülüklerinin tespit edilmesindeki doğal zorluklar göz önüne alınarak hukuki yükümlülük rejimleri temelinde alternatif bir sistem geliştirilmiştir. Bu rejimler gerek zararın gerçekleştiği devletteki, gerekse kirleten tarafın tabi olduğu devletteki ulusal mahkemelerin, yerleşik oldukları ülke dışında zarara yol açan gerçek tarafların hukuki yükümlülüğü (liability) ile ilgili davalar hakkında karar verme yetkisini kabul etmektedir. Böylece, bu gibi kararlar, anlaşmaya taraf olan diğer

²⁰ Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, s.153-165

²¹ Malgosia Fitzmaurice, *a.g.e.*, s.12

devletlerde de uygulanabilmektedir. Bu sistem, büyük ölçüde devlet sorumluluğu (responsibility) veya yükümlülüğü (liability) sistemindeki eksikliklerin telafisi için amaçlanan birtakım hedefleri belirlemek için de kullanılmıştır. Böylece, sistem önce “kirleten taraf öder” ilkesinin vücut bulmuş hali olarak algılanmıştır, ama ileride de bahsedileceği üzere, sistem tamamen bu şekilde değildir. İkinci konu, sistemin ultra-tehlikeli faaliyetler ile ilgili olarak bir mutlak bir yükümlülük (liability) ilkesi tesis etmek için kullanılmış olmasıdır. Üçüncü konu, sistemin, özellikle mevcut hukuki mesuliyet rejimlerindeki son protokollerle, çevre hasarının da bir hasar talebi olarak dâhil edilmesini netleştirmek için kullanılmış olmasıdır. Dördüncü konu, sistemin, petrol ve diğer tehlikeli kargoların deniz nakliyatı ve nükleer faaliyetler gibi, gereken özen gösterilse de zarara yol açabilme riski taşıyan ancak ekonomik açıdan yararlı olan faaliyetlere ilişkin yükümlülükleri belirlemek için kullanılmakta olmasıdır²².

Hukuki Yükümlülük rejimleri başlangıçta ultra-tehlikeli faaliyetlerin belirli şekilleri ile ilgili olarak, özellikle nükleer faaliyetler ve gemilerin yol açtığı petrol kirliliği ile ilgili rejimlerde ortaya çıkmıştır. Hatta bu iki rejim hala hukuki yükümlülük rejimlerinin en belirgin örnekleri olarak kalmaya devam etmektedir. Ancak, kavram zamanla daha geniş bir tabana yayılmıştır.

Böylece, devletler, hukuki yükümlülük rejimlerini, çok taraflı çevre sözleşmelerinin (MEA) kapsamında oluşturulan daha genel rejimlere dâhil etmeye başlamıştır. Örneğin; Tehlikeli Atıkların Sınır Ötesi Hareketlerinin ve Bertarafının Kontrolü hakkında 1989 Basel Konvansiyonu’nun (Basel Konvansiyonu) Tehlikeli Atıkların Sınır Ötesi Hareketlerinden ve Bertarafından Kaynaklanan Hasarlar için Yükümlülük ve Tazminat hakkında 1999 Basel Protokolü gibi.

Nükleer ve petrol kirliliğine ilişkin hukuki yükümlülük rejimlerinin hukuki yükümlülük rejimlerine özgü bazı ortak özellikleri vardır. Çünkü

²² Thomas Gearing ve Markus Jachtenfuchs, “*Liability for Transboundary Environmental Damage Towards a General Liability Regime?*”, **Eur. J. Int’l L.**,1993, s.92-94

bunlar büyük ölçüde MEA tabanlı hukuki yükümlülük rejimleri temelinde oluşturulmuştur. Bu özellikler, tesis işleteninin kesin hukuki yükümlülüğünü (liability), bu hukuki yükümlülüğün belirli bir tavanda sınırlandırılmasını ve işletenin hukuki yükümlülüğünü kapsayan zorunlu bir sigorta veya diğer bir mali teminat fonunu kapsamaktadır. Ayrıca, bu yükümlülüğün üst sınırının tarafların gördüğü zararların karşılanması için yeterli olamayabileceği göz önüne alınarak, birtakım düzenlemelerle (genellikle tamamlayıcı konvansiyonlarla) ek tazminat kademeleri sunulmuştur. Nükleer yükümlülük bakımından bu ek kademe bizzat devletler tarafından ve petrol kirliliği durumunda da petrol endüstrisi tarafından karşılanmaktadır. Bir diğer ortak özellik de nükleer kirlilik ve petrol kirliliği rejimlerinin çevreye verilen zararı, temelde, etkilenen çevrenin eski haline getirilmesinin maliyetleri halinde kabul etmesidir.

Hukuki Yükümlülüğe ilişkin düzenlemelerin, belirli çevresel hasar türleri için uygun olmamalarına neden olan kendine özgü birkaç sorunu daha vardır. Bunlar, zararların toprak kirlenmesinin ayırt edilebilmesine kıyasla küresel iklim değişikliği, ozon tabakasının delinmesi, sınır ötesi hava kirliliği ve deniz kirliliği gibi hasar, faaliyet ve davalı arasında neden-sonuç ilişkisinin kurulmasında zorluk olduğu durumlar şeklindedir²³.

3.2. Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Mesuliyet Rejimi

Modern teknoloji devletler ve vatandaşları arasında ekonomik ve sosyal bağlar kurmaya devam ettikçe, bu insan elinden çıkma teknolojilerin yan ürünleri ve olumsuz etkilerinden kaynaklanan ciddi kazalar da artan bir sıklıkta uluslararası bir boyut kazanacaktır. Bunlar arasında nükleer afetler, uzay kazaları, petrol sızıntıları ve tehlikeli maddelerden kaynaklanan kirlenme gibi hususlar uluslararası düzenlemelerin ana hedefleri haline gelmiş; politik protestolar teknolojik

²³ Malgosia Fitzmaurice, **a.g.e.**, s.12-13

kazaların kontrolüne ilişkin birtakım hukuki önlemlerin alınması ile sonuçlanmıştır²⁴.

Nükleer çağın arifesinde insanlık, daha önce örneği görülmemiş bir güçle karşı karşıya kalmıştır. Bu güçten kaynaklanabilecek tehlikeler-kontrol altına alınmadığı takdirde- insan kontrolünün ötesinde, geri dönüşü olamayacak yıkıcı sonuçlara yol açma potansiyeli taşımaktadır. Bu tehlikeler, nükleer gelişmeleri takip eden erken dönemde genelde askeri amaçlı nükleer silah testlerinden ve nükleer tesislerden kaynaklanmıştır. Belli önleyici tedbirlere rağmen gerçekleşen birtakım olaylar ulusal yetki ve kontrolün ötesinde bu aktivitelerin yasallığına ilişkin ciddi soruların dile getirilmesine neden olmuştur.

Bu olaylardan ilki Mart 1954'te Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) Güney Pasifikteki Eniwetok Atolünde gerçekleştirmiş olduğu nükleer testlere ilişkindir. Bunu Ocak 1957 yılında Birleşik Krallık tarafından Noel adalarının civarındaki açık denizlerde gerçekleştirilen hidrojen bombası testleri takip etmiştir. Bahsi geçen her iki ülke de bir "tehlike alanı" tesis etmelerine ve de bu testlerden dolayı çevredeki gemi ve hava taşımacılığında ve balıkçılık faaliyetlerinde gerçekleşebilecek olası zararlara karşı önemli birtakım hazırlıklar yapılmasını ve önlemlerin alınmasını taahhüt etmelerine rağmen, çevre bölgelerde radyoaktif kirlenmenin gerçekleşmesinin önüne geçememişlerdir. Eniwetok Atolünde ABD tarafından gerçekleştirilen nükleer testler bazı Japon balıkçılarının radyoaktiviteye maruz kalmalarına ve hatta içlerinden birinin ölümüne yol açmıştır. Bunun sonucunda ABD, uluslararası yükümlülüğü (international liability) kabul etmemekle birlikte testler nedeniyle Japonya'daki balıkçılık endüstrisinin uğradığı zararın ve de Japon balıkçıların yaşadığı fiziksel zararın tazmini için 2 milyon Amerikan Dolarını *ex gratia* (lütuf) tazminatı olarak Japonya'ya ödemiştir²⁵.

²⁴ Xue Hanqin, **Transboundary Damage in International Law**, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2003, s. 19

²⁵ Xue Hanqin, **a.g.e.**,s. 20

Benzer bir şekilde 1966 ve 1974 yılları arasında Fransız hükümeti de Güney Pasifikteki Mururoa Atolünde atmosfere ilişkin bir seri nükleer test çalışmaları yürütmüştür. Bu çalışmalar sonucunda çevre bölgelere ilişkin doğrudan bir zarar rapor edilmediyse de Avustralya ve Yeni Zelanda, Fransa'ya karşı açık denizlerde nükleer test gerçekleştiriminin hukuka aykırılığına ilişkin bir karar alınabilmesi amacıyla Uluslararası Adalet Divanına başvurmuşlardır. Her ne kadar ilgili divan, Fransa'nın testlere devam etmekten vazgeçmesi nedeniyle Avustralya ve Yeni Zelanda'nın taleplerinin dayanağının ortadan kalktığını öne sürerek davada esasa ilişkin bir karar vermemiş olsa da, bu olaylar devletlerin açık denizlerin ortak alanlarına verdikleri çevresel zararlardan kaynaklanan sorumluluklarına ilişkin doğrudan bir tartışmanın doğmasına sebep olmuş²⁶; 1963 yılında Nükleer Silah Testlerinin Yasaklanmasına İlişkin Anlaşma²⁷ sonucunda atmosferde, dış uzayda ve su altında bu tarz testlerin yapılması yasaklanmıştır.

Ancak nükleer riskler tek başına askeri faaliyetlerden kaynaklanmaz. Nükleer enerjinin, güç santrallerinde kullanılması gibi barışçıl kullanımı da zaman zaman yıkıcı sonuçlar doğurabilir. Son 50-60 yılda gerçekleşen birtakım kazalar da sivil amaçlı nükleer faaliyetlere ilişkin daha büyük bir endişenin doğmasına neden olmuştur. Her ne kadar gerek 1957 tarihli Windscale kazası gerekse 1979 tarihli Three Mile Adası kazası sonucunda hatırı sayılır miktarda radyoaktif sızıntı gerçekleşmesine

²⁶ Xue Hanqin, *a.g.e.*, s. 21

²⁷ Amerika Birleşik Devletleri, Sovyetler Birliği ve İngiltere temsilcilerinin 15 Temmuz - 5 Ağustos 1963 tarihleri arasında Moskova'da yaptıkları görüşmeler sonucunda 5 Ağustos, 1963 tarihinde Moskova'da imzalanan "Atmosferde, Dış Uzayda ve Su Altında Nükleer Testler Yapılmasını Yasaklayan Anlaşma"nın iki ana hedefi vardı. Bunlardan ilki atmosferde yapılmış olan çok sayıda denemelerin yarattığı radyoaktif kirliliği sınırlandırmak ve de nükleer silah yapmaya çalışacak olan ülkelerin çalışmalarını, denemeleri kısıtlama yoluyla zorlaştırmak. Bu ikinci sebepten dolayı, 1960'dan beri nükleer silah yapma yolunda ilerleyen Fransa ile Çin'in yanı sıra Arnavutluk, Kamboçya, Kongo, Küba, Gine, Kuzey Vietnam, Kuzey Kore ve Suudi Arabistan da bu anlaşmaya karşı çıkarak imzalamadılar. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Salih Özgür, "**Soğuk Savaş ve Sonrası Dönemde Kitle İmha Silahları ve Silahsızlanma Çabaları**", Süleyman Demirel Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s.147 ve devamı

rağmen 3. kişilere karşı zarar oluştuğuna ilişkin herhangi bir delil bulunamasa da²⁸ nükleer endüstrinin gelişimini destekleyen devletler, nükleer bir kazanın yansımalarının politik ve coğrafi sınırlarla sınırlandırılmayacağına farkına varmışlardır. Komşu bir devlette gerçekleşen nükleer bir kazadan mağdur olan diğer ülkedeki kişilerin zararlarının uygun bir şekilde tazmininin garanti altına alınabilmesi için birtakım uluslararası düzenlemelere gidilmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu durum özellikle dünyadaki nükleer tesislerin çoğunluğunun bulunduğu batılı devletler için elzem olmuştur. Ayrıca olası bir nükleer kazanın sonuçlarının ağırlığı, ulusal sigorta havuzlarının da işbirliği yapmasını gerektirmektedir. Böylelikle olası bir tazminat talebinin karşılanabilmesi için gerekli olan finansal garanti, müşterek ve mükerrer sigortalardan (**reasürans**) oluşan uluslararası bir sigorta piyasasının kaynaklarının etkin bir biçimde sıralanması ile mümkün olacaktır²⁹.

Bu gelişmeler sonucunda “nükleer mesuliyet” konusu ulusal kanunların yanı sıra uluslararası anlaşmalarda da düzenlenmeye başlamıştır. Bunlardan en önemlileri 1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna Dair Sözleşme (**Paris Sözleşmesi**)³⁰ ve 1963 tarihli Nükleer Hasara İlişkin Hukuki Sorumluluğa Dair Viyana Sözleşmesi (**Viyana Sözleşmesi**)³¹ dir. Bunlardan Paris Sözleşmesi esasen Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü bünyesinde hazırlanan bölgesel

²⁸ Xue Hanqin, **a.g.e.**, s. 33, dipnot 49

²⁹ Julia Schwartz, **a.g.e.**, s. 313-314

³⁰ Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29th July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28th January 1964 and by the Protocol of 16th November 1982, Sözleşmenin İngilizce Metni için Bkz. (Çevrimiçi) http://www.oecd-nea.org/law/nlparis_conv.html. Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. (Çevrimiçi) <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?2740>. Türkiye Cumhuriyeti bu anlaşmayı 28.10.1960 tarihinde imzalamış ve bu anlaşma 13.05.1961 tarihli Resmi Gazete yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

³¹ Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, INF/CIRC/500, 20 March 1996, Sözleşmenin İngilizce Metni için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcircs/1996/inf500.shtml>, Türkiye Cumhuriyeti bu Anlaşmaya taraf değildir.

bir Sözleşmedir ve bu Sözleşmeye ek olarak Nükleer Enerji Alanında Hukuki Mesuliyete Dair Sözleşmeye Ek Protokol³² akdedilmiştir.

Diğer taraftan 1963 tarihli Nükleer Zararlardaki Sivil Sorumluluğa dair Viyana Sözleşmesi tüm devletlerin imzasına açık genel bir sözleşmedir. Ancak uzun bir süre Sözleşmenin tarafları çoğunlukla ülkelerinde nükleer tesis bulunmayan birkaç devletten oluşmuştur. Ancak Çernobil Felaketini takip eden yıllarda bu sayı Doğu Avrupa Devletlerinin de katılımıyla artmıştır³³.

Nükleer kazaların nükleer sorumluluk rejimine en büyük etkisi hiç kuşkusuz Çernobil nükleer felaketi sonucunda gerçekleşmiştir. 26 Nisan 1986'ta Eski Sovyetler Birliğine bağlı Kiev yakınlarındaki nükleer güç santralının 4 reaktöründen birinde gerçekleşen kaza sonucunda tarihin belki de en büyük teknolojik felaketlerinden biri gerçekleşmiş; aynı anda 500 adet Atom bombasının patlamasına denk bir sonuca yol açan kaza nedeniyle ilk etapta 9 milyon kişi hayatını kaybetmiştir. Devam eden günlerde birçok Avrupa ülkesinde yüksek oranda radyasyon tespit edilmiş; büyük miktarda tarımsal alan kirliliğe uğramış; OECD ülkeleri arasında coğrafi konumu nedeniyle Avustralya dışında diğer tüm üye ülkelerin radyoaktif kirliliğe maruz kaldığı ortaya çıkmıştır. Uzun vadede ise kazanın şu anki Belarus-Rusya ve Ukrayna başta olmak üzere birçok ülkenin insan popülasyonunun sağlığı üzerinde ciddi etkileri olduğu ortaya çıkmıştır³⁴.

Felaketin büyüklüğü sonucunda Batı Avrupa Devletleri ve uluslararası toplum, nükleer felaketin uluslararası doğasının farkına varmış ve bu açıdan nükleer çağda uzaklık kavramının bir şey ifade

³² Nükleer Enerji Sahasında Hukuki Mesuliyete Dair Sözleşmeye Ek Protokol (Paris, 28.01.1964) (T.C. İmza Tarihi: 10.04.1964-Uygun Bulma Kanunu: 01.06.1967-878-RG: 13.06.1967-12620-Düster: V (6/2) 2096-İmza tarihi olan 10.04.1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir-B.K.K.: 02.11.1967-6/9003-RG: 29.11.1967-12763-Düster: V (7/1) 145-Ek Protokol'ün Türkçe metni ayrıca 13.06.1967 tarih ve 12620 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)

³³ 12 Kasım 1977 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşmenin 27 Ocak 2024 tarihi itibarıyla 40 katılımcısı vardır.

³⁴ Xue Hanqin, **a.g.e.**, s. 23

etmediği tecrübe edilmiştir. **Jürgen Grunwald** bu durumu “ *Nükleer güç bir kere kontrolden çıkmaya görsün, kişi açısından dünya küresi üzerinde nerede olursa olsun ‘burası’ ve ‘orası’ arasında bir farktan bahsetmek mümkün değildir, sadece tüm toplumu kapsayan tek bir ‘burası’ vardır*” şeklinde tanımlamıştır³⁵. Gerçekten de bu kaza sonucunda nükleer mesuliyete ilişkin uluslararası rejim, şartları ve kapsamı açısından daha güçlü bir hale getirilmiştir³⁶.

Bu çerçevede uluslararası toplum iki önemli adım atmıştır. Bunlardan ilki 1988 tarihli Viyana Sözleşmesi ile Paris Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokoldür³⁷. Bu protokol uyarınca Paris ve Viyana Sözleşmeleri arasında bir bağ kurularak daha geniş bir çerçevede nükleer rejimin uygulanabilir kılınması amaçlanmıştır³⁸. Ortak Protokol tarafları, her iki sözleşmeye de taraf kabul edilmektedir ve aynı vaka için iki sözleşmeden hangisinin geçerli olup hangisinin hariç tutulacağını belirlemek için “hukuk seçimi” kuralı sunulmaktadır. İkincisi ise 1997 tarihli Viyana Sözleşmesinde Değişiklikler Öngören Ek Protokol³⁹ ile gene aynı tarihli Nükleer Zararların İlave Tazminine İlişkin Konvansiyondur⁴⁰.

³⁵ Jürgen Grunwald, “The Role of Euratom”, ed. Peter Cameron, Leigh Hancher ve Wolfgang Kühn, Nuclear Energy Law After Chernobyl içinde, Londra, Graham&Trotman, 1988, s.33’ten aktaran Xue Hanqin, s. 23, dipnot 14

³⁶ Xue Hanqin, **a.g.e.**, s. 23,

³⁷ Ülkemiz tarafından 21 Eylül 1988 tarihinde imzalanan ve 28/10/2005 tarihli ve 5422 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan nükleer enerji alanında üçüncü taraf sorumluluğuna dair ekli “Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol, 19.11.2006 Tarihli ve 26351 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Protokolün Türkçe metni için Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.icl.com.tr/mevzuat/cevre/K5422.htm>

³⁸ Xue Hanqin, **a.g.e.**, s. 34-35

³⁹ Protocol To Amend The Vienna Convention On Civil Liability For Nuclear Damage, IAEA-INFIRC/566, 22 Temmuz 1998, İngilizce Metin için Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infircs/1998/infirc566.pdf>. 4 Ekim 2003 tarihinde yürürlüğe giren bu protokol 27 Ocak 2014 tarihi itibarıyla 12 devlet açısından yürürlüktedir. Türkiye bu protokole taraf değildir.

⁴⁰ Convention On Supplementary Compensation for Nuclear Damage, IAEA-INFIRC/567, 22 Temmuz 1998, İngilizce Metin için bkz. (Çevrimiçi)

Viyana Sözleşmesi Ek Protokolü, nükleer mesuliyet politikasında genel kamunun nükleer zararlara karşı daha geniş bir biçimde korunması yönünde eğilim göstermektedir. Bu doğrultuda protokol, ilk olarak sorumluluk rejiminin kapsama alanını -(kişilerin mal ve can kayıpları ile yaralanmalarından doğan zararların tazminine ek olarak) - ekonomik kayıp, bozulan çevrenin eski hale getirilmesine yönelik önlemlerin ve de önleyici tedbirlerin masraflarını kapsayacak şekilde genişletmiştir⁴¹. Ayrıca “nükleer olay” teriminin tanımı da genişletilerek; nükleer zarara yol açacak yakın ve ağır tehditleri yaratan olayları da içerecek şekilde yeniden düzenlenmiştir⁴². İkinci olarak protokol, nükleer zararın yaşandığı her yerde uygulanabileceğini hüküm altına almıştır⁴³. Ancak bu durumun istisnası olarak protokol taraf devletlere, deniz alanlarında ya da Sözleşmeye taraf olmayan bir devlette yaşanan zarara ilişkin Sözleşmeye dayanılarak yapılacak başvuruları yasal düzenleme yapmak suretiyle kapsam dışında bırakma olanağı sağlamıştır. Bununla birlikte bu hariç bırakma durumu, sadece olayın gerçekleştiği sırada Sözleşmeye taraf olmamakla birlikte ülkesinde nükleer tesisler bulunan ve de Sözleşmeye taraf olan devlete karşı eşit derecede bir mütekelil fayda sağlayamayacak devletlere karşı ileri sürülebilecektir⁴⁴. Üçüncü olarak ise Protokol, her bir nükleer olay başına tesis operatörünün sorumluluğunu 300 milyon Özel Çekme Hakkından⁴⁵ (SDR) az olmayacak şekilde yeniden düzenlemiştir⁴⁶.

<http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infocircs/1998/infocirc567.pdf>,
Konvansiyon, 3 Aralık 2013 tarihi itibariyle daha yürürlüğe girmemiştir.

Bu

⁴¹ Viyana Sözleşmesi Ek Protokolü, md 2(2)

⁴² Viyana Sözleşmesi Ek Protokolü, md 2(3)

⁴³ Viyana Sözleşmesi Ek Protokolü, md 3/IA (1)

⁴⁴ Viyana Sözleşmesi Ek Protokolü, md 3/IA

⁴⁵ **SDR**, IMF'nin üye ülkelerin mevcut resmi rezervlerine katkıda bulunmak amacıyla 1969 yılında oluşturduğu uluslararası bir rezerv varlığıdır. SDR'nin değeri başlangıçta 0.888671 gram saf altının eşdeğeri olarak belirlenmişken Bretton Woods sisteminin 1973 yılında çökmesinden sonra SDR günümüzde Euro, Japon Yeni, İngiliz Sterlini ve Amerikan Dolarından oluşan bir döviz sepeti olarak yeniden tanımlanmıştır. SDR'nin Amerikan Doları cinsinden değeri IMF'nin web sitesinde günlük olarak yayınlanmaktadır. Bkz. IMF (Çevrimiçi)

<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/tur/sdrt.pdf>, 6 Kasım 2014

⁴⁶ Viyana Sözleşmesi Ek Protokolü, md 7

Pelzer'e göre yukarıda bahsi geçen uluslararası anlaşmaların düzenlemiş olduğu nükleer sorumluluk rejiminin ana hatları şunlardır⁴⁷:

1. Nükleer Tesis işletenin kusursuz sorumluluğu (strict liability)
2. Sorumluluğun devletten uzağa, özellikle işletene yönlendirilmesi
3. Sorumluluğun süre ve tutar bazında sınırlandırılması
4. İşletenin sorumluluğuna denk bir miktarda finansal teminata sahip olması ve bunu muhafaza etme yükümlülüğü (Sorumluluk ve Tazminatın Uyumu)
5. Nükleer olayın gerçekleştiği yerdeki Sözleşmeye taraf devlet mahkemelerinin münhasır yargı yetkisinin bulunması
6. Sözleşmeye taraf devletin ülkesindeki yetkili mahkemelerin kararlarının diğer sözleşmeye taraf devletlerde de icra edilebilir olması
7. Sözleşmeye taraf devletlerin mali bölgeleri arasında tazminat ve ilgili meblağların özgürce transferi
8. İkametgâh, meskûn bulunan yer ve uyrukluk nedeniyle hiçbir ayrıma uğramadan uygulayıcı ve tamamlayıcı ulusal hukukun ve Sözleşmelerin tatbiki.

3.2.1. Nükleer Mesuliyet Rejiminin Amacı:

Bahsi geçen tazminat şemaları, önemli ölçüde nükleer enerji programlarına olan kamu güvenini destekleseler de, başlangıçtan itibaren nükleer zarara ilişkin rejimin amacının nükleer kaza sonucunda yaralanan mağdurların zararlarının tazmini ile sınırlı olmadığı ortadadır. Aksine tazminat politikası, dikkatli bir şekilde endüstriyi ayakta tutma ve onu yıkıcı tazminat taleplerinden korumaya yönelik menfaatler ile de dengelenmiştir. Bu çift yönlü politikanın gayesi, Paris Sözleşmesinin önsözünde de “Sözleşmenin amacının nükleer hadiselerden zarar görenlere yönelik uygun ve adil bir tazminatın sağlanmasının yanı sıra barışçıl amaçlarla nükleer enerjinin kullanımının ve üretiminin gelişmesini de sağlamak olduğu“ şeklinde dile getirilmiştir. Benzer bir

⁴⁷ Xue Hanqin, **a.g.e.**, s. 36 ve Malgosia Fitzmaurice, **a.g.e.**, s.14

yaklaşım Viyana Sözleşmesinde dile getirilmemiştir. Ancak işletenin sorumluluğunun sınırlanmasına ilişkin benzer bir hukuki düzenleme getirmesi açısından iki Sözleşmenin de benzer politik gayeler taşıdığı şeklinde bir mantık yürütülebilir.

Ancak başlangıçtaki bu amaca nazaran Viyana Sözleşmesinde Değişiklik Yapan 1997 tarihli Protokolün kabulü ile, nükleer endüstriye ilişkin kamu baskısındaki ibrenin yönünün özellikle de nükleer faaliyet yürütmeyen devletler tarafından daha çok geliştirilmiş güvenlik önlemleri alınmasına doğru kaydırıldığı söylenebilir. Bu açıdan nükleer tesis işleticisinin meblağ, süre ve bölgesel sınırlar açısından sorumluluklarının arttırılması ve de devletlerin tazminata ilişkin uygun ve adil kamu fonlarını yaratmalarına yönelik sorumluluklarının ortaya konulması göstermektedir ki, nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla kullanılmasının kontrolünde daha sıkı uygulamaların hayata geçirilmesine dair bir eğilim vardır⁴⁸.

3.2.2. Sorumlu Olan Taraf:

Yukarıda bahsedilen tüm uluslararası Sözleşmelerde nükleer aktiviteleri yürüten işletenlerin kusursuz sorumluluğu dile getirilmiştir. Nükleer aktivitenin doğası gereği yüksek risk taşıması, zarar gören tarafı zarara neden olan tesisin işleteninin kusurunu ispat etmesi yükümlülüğünden kurtarır. Paris Sözleşmesine göre “işleten”, tesis devletinin yetkin kamu otoritelerince işleten olarak tayin ve kabul gören kişidir⁴⁹ ve aynı Sözleşmenin 6. Maddesine göre:

- a) “Nükleer kazadan doğan hasar sebebiyle tazminat hakkı, bu Sözleşme uyarınca, sadece hasardan mesul olan işletene veya 10. Madde ile istenen teminatı veren sigortacıya yöneltilebilir.
- b) Bu madde de aksine bir hüküm olmadıkça nükleer kazaların sebep olduğu hasardan bunların haricinde kimse mesul tutulamaz”

⁴⁸ Xue Hanqin, **a.g.e.**, s. 37

⁴⁹ Paris Sözleşmesi, md I(vi)

“İşleten”, Viyana Sözleşmesi kapsamında da benzer bir şekilde tarif edilmiştir⁵⁰. Buna göre işleten, nükleer zarardan mutlak olarak sorumludur (absolutely liable)⁵¹. Eğer nükleer zarara sebep olan birden fazla işleten varsa, zarara karışan işleticiler müşterek ve müteselsilen zarardan sorumludur (severally liable)⁵².

Ayrıca milli hukuk veya yetkili mahkemenin hukuku izin veriyorsa, davacı doğrudan sigortacı veya finansal garantör aleyhine de dava açabilmektedir⁵³. Mutlak sorumluluğu işletene bağlamak/vermek, nükleer sorumluluk rejiminin belirgin özelliği olarak kabul edilir. Bu sorumluluk rejimini kabul ederek, Viyana Sözleşmesini imzalayan taraflar iki sonuca ulaşmayı ümit etmişlerdir: İlk olarak, ayrı ayrı her olayda kimin hukuki olarak sorumlu olduğu sorusunu basitleştirmek ve karmaşık çapraz davalardan kaçınmak ve ikinci olarak da tazminatın ödenmesi için finansal güvence sağlamak.

Gerçekten de basit ve yönetilebilir bir sigorta sistemi (şeması) oluşturarak, karmaşık davalardan kaçınmak karmaşık bir probleme basit bir çözüm getirmiştir. Şöyle ki, işleten Sözleşme hükümleri çerçevesinde kesin olarak sorumludur ve Sözleşmeye taraf ülkelerin hâkim olduğu bölgelerde,⁵⁴ aksi öngörülmediği takdirde,⁵⁵ sorumludur.

Viyana Konvansiyonu’nda belirlenen sorumluluk rejimi aynı zamanda nükleer üretim endüstrisini sorumluluğa ilişkin davaların ağır

⁵⁰ Viyana Sözleşmesi md I.(1).(c).

⁵¹ Viyana Sözleşmesi md IV

⁵² Viyana Sözleşmesi md II (3)

⁵³ Paris Sözleşmesi md 6(a) ve 10 ve Viyana Sözleşmesi md II(7) ve VII

⁵⁴ Paris Sözleşmesi md 2, Nükleer tesisin bulunduğu devletin hukuku aksini öngörmüyorsa, Sözleşmenin genel olarak sözleşmeye taraf olmayan ülkelerin topraklarında gerçekleşen nükleer vakalara uygulanmayacağını söyler. Viyana Konvansiyonu mad XVI ya göre, nükleer enerji alanında hukuki sorumluluk kapsamında başka bir uluslararası anlaşmaya istinaden tazminatın ödenmesi, aynı nükleer zarar için Viyana Sözleşmesine göre tazminat ödenmesini engeller.

⁵⁵ Viyana Sözleşmesinde değişiklik yapan 1997 tarihli protokol, bölgesel kapsama alanını nükleer tesisi olmayan ve sözleşmeye taraf olmayan ülkelere doğru genişletmiştir.

yükünden korumuştur ve kurbanların uğradıkları zararı tazmin edebildikleri süreçleri basitleştirmiştir⁵⁶.

Devletlerin doğrudan yürüttüğü nükleer aktiviteler için sorumluluk ise, prensip olarak devletin üzerindedir. Uygulamada, askeri faaliyetler sebebi ile oluşan nükleer zararda, sorumluluk normalde olayla ilgisi olan hükümetler arası düzenlemeler sureti ile karara bağlanır, aksi takdirde fail devlet, tazminatı nezaketen-lütuf olarak (ex gratia) karşılayabilir. Örneğin, 1960'larda ABD nükleer gemisi 'Savannah' Avrupa sularında seyahatine başladığı sırada ABD hükümeti, geminin sebep olabileceği nükleer bir zararın ortaya çıkması halinde sorumluluk ile ilgili diplomatik kanaldan birçok devlet ile anlaşmalar yapmıştır. Buna göre, ABD hükümeti nükleer bir vakadan veya geminin kullanımı, bakımı, tamiri veya işletilmesinden kaynaklanan ilgili ülkenin sahasındaki insanlara veya mallara verilecek zararı 500 milyon ABD Doları'na kadar karşılamak hususunda anlaşmıştır⁵⁷.

3.2.3. Finansal Garantiler

Nükleer bir vaka halinde operatörün sorumluluklarını karşılayabilmesi için pratik bir yöntem olarak, tüm ilgili anlaşmalar belli bir tutara kadar sigorta veya finansal teminatların sağlanması gerektiğini hüküm altına almıştır. Bu tür sigorta ve finansal düzenlemeler, taraf ülkelerin uygulamalarına göre değişik şekillerde olabilir. Ancak hangi şekilde olursa olsun, bunlar tesis işletilmeye başlamadan evvel tesisin bulunduğu devlet tarafından onaylanmalı ve garanti edilmelidir. Nükleer malzemenin nakliyesi halinde ise, operatör nakliyeciyeye, ilgili anlaşmaya göre finansal teminatları sağlayan bir sigortacı veya finansal garantör tarafından veya onlar adına düzenlenmiş bir belgeyi sağlamakla yükümlüdür.

Paris Sözleşmesine ek olarak 1963 yılında nükleer zararın tazmininin sağlanabilmesi amacıyla Sözleşmeye taraf olanlar tarafından

⁵⁶ Takip eden yıllarda, bu sistem verimliliği ve basitliğine rağmen bazı ülkelerce ve IAEA'da eleştirilmiştir. Bkz. Xue Hanqin, **a.g.e.**, s.38

⁵⁷ Xue Hanqin, **a.g.e.**,s.39

ilgili rejime başvurunun bölgesel kapsamını daha da belirgin hale getiren ve işletenin hukuki sorumluluğuna ilaveten iki ayrı kamu fonu kurulmasını düzenleyen Nükleer Enerji Sahasında Hukuki Mesuliyete Dair Sözleşmeye Ek Protokolün getirdiği düzenlemeye göre, kurulacak olan kamu fonlarından ilki tesise ev sahipliği yapan devlet tarafından oluşturulurken ikincisi anlaşmaya taraf olan devletlerin katkıları ile oluşturulacaktır. Bu fonların oluşumunda gözetilecek olan formülün ise ikili bir dayanağı vardır. Bunlar⁵⁸ :

- a) Her katılımcı ülkenin gayri safi milli hâsılasının toplam katılımcı ülkelerin gayri safi milli hâsılasına oranı mucibince,
- b) Her bir Sözleşmeye taraf olan devletin reaktörlerinin termal gücünün tüm taraf devletin reaktörlerinin toplam termal gücüne oranı uyarınca düzenlenecektir.

Viyana Sözleşmesi md VII(1) aşağıdaki şekilde bir hüküm getirmiştir:

İşleten, nükleer zarardan doğan sorumluluğunu karşılamak üzere, tesisin bulunduğu ülke tarafından belirlenen tutar, tip ve şartta bir sigorta veya finansal garantiyi sağlamakla yükümlüdür. Tesisin bulunduğu ülke, işletene karşı nükleer zararın karşılanması için yapılan taleplerin, işletenin sigorta veya finansal teminatlarının bu talepleri karşılamakta yetersiz kalacağı sınıra kadar ve fakat eğer md V'e göre belirlenmiş bir sınır varsa o sınırı da aşmayacak şekilde, karşılanmasını gerekli olan fonlar aracılığıyla garanti edecektir.

Bu hüküm, işletenin sorumluluğunun sınırsız olduğu durumlarda tesisin bulunduğu devletin finansal teminat sınırını 300 milyon SDR olarak belirleyebileceğini düzenleyen 1997 Protokolü ile tadil edilmiştir. Buna göre küçük nükleer tesisler veya az miktardaki nükleer maddeler için finansal teminat sınırı, tesisin bulunduğu ülke tarafından 5 milyon SDR'den az olmamak kaydıyla belirlenebilir⁵⁹. Taraf ülke işleticisinin tesisi veya nükleer maddelerinden kaynaklanan zararın karşılanması

⁵⁸ Xue Hanqin, **a.g.e.**, s. 34, dipnot 54

⁵⁹ 1997 Protokolü md 9

taleplerinin tazmin edileceğini garanti etmesine rağmen, taraf ülkenin kendisi bu amaçla sigorta yaptırmaya mecbur değildir.

Bu teminat yetkili otoritelere uygun bir ihbar yapılmadan kaldırılamaz ve sadece anlaşmanın amaçları için kullanılabilir⁶⁰.

Açıkça nükleer bir kazanın yol açacağı ağır ve ciddi zararların farkında olan OECD ülkeleri, nükleer endüstriyi devam ettiren aynı zamanda kamunun da korunması görüşü ile, nükleer olayların mağdurlarının zararlarının tazmin edilmesi için fonlar kurmuşlardır⁶¹. Buna göre, eğer işleten sorumluluğunu sigortadan veya finansal teminatlardan rücuen karşılayamazsa (yani ödemek zorunda olduğu tazminatları sigorta karşılamazsa) tesisin bulunduğu devlet bu tazminatı belli bir limite kadar kamu fonlarından karşılayacaktır. Eğer bu da yetersiz kalırsa, taraf devletlerin katkıda bulunduğu kamu fonları tarafından bu tazminat Konvansiyon'da belirlenen tavan tutarına kadar karşılanacaktır⁶². 1997 Protokolü ile uygulanmaya başlayan yeni Viyana Konvansiyonu rejimi de tazminatların karşılanması için kamu fonlarını ekleyerek benzer bir rejim getirmiştir⁶³.

3.2.4. Sorumluluğun Genişletilmesi

Paris ve Viyana Sözleşmelerinin her ikisi de özel bir sorumluluk kapsamı belirlemiştir. Zarar açısından, nükleer tesisin kendisi ve herhangi bir nükleer malzemenin taşınması hariç her tür mala verilen zararlar⁶⁴, fiziksel yaralanmalar ve hayat kaybı zararları karşılanmaktadır. 1997 Protokolü ile değiştirilen Viyana Sözleşmesi, bozulmuş çevrenin eski hale

⁶⁰ Paris Sözleşmesi md 10, Viyana Sözleşmesi md VII

⁶¹ Nükleer enerji alanında 3. Kişi sorumlulukları hakkında 29.07.1960 tarihli Paris Sözleşmesi Ek Konvansiyonu md 3 (Brüksel Ek Konvansiyonu, 31.01.1963)

⁶² Operatörlerin sorumluluğunun ve kamu fonlarının tavan miktarı birçok defa değiştirilmiştir. Bkz. Nükleer enerji alanında 3. Kişi sorumlulukları hakkındaki Brüksel Ek Konvansiyonunda Değişiklikler İçeren 2004 Protokolü. İngilizce Orijinal Metin için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.oecd-nea.org/law/brussels-supplementary-convention-protocol.html>, 6 Kasım 2014

⁶³ Ek Tazminatlar Hakkında Konvansiyon md III de kamu fonlarına atıfta bulunmaktadır.

⁶⁴ Paris Sözleşmesi md 3(a) ve 1997 protokolü ile değiştirildiği şekli ile Viyana Konvansiyonu md I(1)(k)

getirilmesi, önleyici tedbirlerin masrafları ve diğer ekonomik zararların ek olarak tazmini yolu ile Sözleşmenin etki alanını genişletmiştir.⁶⁵ Bölgesel uygulama açısından, sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukuklarında aksi öngörülüyorsa, Paris Sözleşmesi sadece taraf devletlere uygulanır ve taraf olmayan devletlerin sahasında meydana gelen vakalara uygulanmaz.⁶⁶ İlk düzenlendiği haliyle Viyana Sözleşmesi coğrafi etki alanı ile ilgili özel bir hüküm içermemektedir ve kabul edilmiş anlaşmanın yorumu kuralları ile uyumlu olarak, büyük ihtimalle sadece taraf ülkeler arasında uygulanacağı şeklinde yorumlanacaktır.⁶⁷ Bu durum, Viyana Sözleşmesine 1997 Protokolü ile aşağıdaki yeni IA maddesinin eklenmesi ile değiştirilmiştir⁶⁸. Buna göre md IA aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir:

1. *Bu Sözleşme herhangi bir yerde uğranılan nükleer zararlara uygulanacaktır.*
2. *Ancak, Nükleer tesisin bulunduğu ülkenin mevzuatı Sözleşmenin,*
 - a. *Bu sözleşmeye taraf olmayan devletlerin topraklarında veya*
 - b. *Bu sözleşmeye taraf olmayan bir devletin uluslararası deniz hukukuna uygun olarak belirlediği deniz alanları içinde, uğranılan zararlara uygulanmasını istisna tutabilir.*
3. *İşbu madde paragraf 2'de belirtilen istisna sadece vakanın olduğu sırada bu sözleşmeye taraf olmayan:*
 - a. *Topraklarında veya uluslararası deniz hukuku ile uyumlu bir şekilde belirlediği deniz alanlarında nükleer tesise sahip olan ve*
 - b. *Eşit derecede karşılıklı bir yarar sağlayamayacak bir devlet hakkında uygulanır.*

⁶⁵ Viyana Sözleşmesi'nin I (1) (k) hükmünü tadil eden 1997 Protokolü md 2(2),

⁶⁶ Paris Sözleşmesi mad. 2. 1988 yılında yapılan ortak bir protokol ile Paris ve Viyana Sözleşmelerinin bölgesel etki alanı birleştirilmiştir.

⁶⁷ Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (Viyana, 23 Mayıs 1969) md 34'e göre bir anlaşma üçüncü bir devlet için onayı dışında yükümlülükler veya haklar doğurmaz.

⁶⁸ 1997 Protokolü md 3

4. *İşbu madde paragraf 2'ye göre herhangi bir istisna, Mad. IX paragraf 2'nin alt paragrafındaki haklara etki etmeyecektir ve işbu madde paragraf 2(b)'ye göre herhangi bir istisna gemideki zarara veya gemi veya uçağa gelen zarara uygulanmayacaktır ve uygulanacak şekilde genişletilmeyecektir.*

Bu hükme göre, taraf ülkeler kendi yargı yetkileri içinde ve kontrolü altındaki işleten tarafından sebep olunan zararlar için nükleer faaliyet içerisinde olmayan devletlere karşı kesin ve nihai sorumluluğu ve nükleer faaliyet içerisinde olan devletlere ise iç hukukları tarafından özel olarak istisna tutulmamış sorumlulukları taahhüt etmektedir.

Viyana ve Paris Sözleşmelerinin her ikisinin de en önemli özelliği tazminat tutarlarının sınırlandırılmasıdır. Her iki Konvansiyona göre nükleer tesis işletenler, anlaşmalar ile belirlenen sınırlandırılmış bir tazminat tutarına tabidir. Paris Sözleşmesi her vakadaki zarar için tavanı 15 milyon SDR olarak belirlemiştir. Taraf ülkeler kendi mevzuatları ile daha yüksek veya daha düşük bir limit belirleyebilirler, ancak bu tutar 5 milyon SDR'den az olamaz⁶⁹. Paris Sözleşmesine 1964'de yapılan ek, vaka başına taban sorumluluk limitini 300 milyon SDR'ye yükseltmiştir⁷⁰. Viyana Sözleşmesi md V(1)'de şöyle bir belirleme yapmıştır: '*Santral işletenin sorumluluğu nükleer tesise ev sahipliği yapan devlet tarafından her bir nükleer vaka için 5 milyon ABD Dolarından daha az bir şekilde sınırlandırılmaz*'. Bu rakam daha sonra Viyana Sözleşmesini tadil eden 1997 Protokolü ile *300 milyon SDR'den az bir şekilde sınırlandırılmaz* şeklinde değiştirilmiştir⁷¹. Ancak söz konusu protokol sorumlulukta bir tavan belirlememiştir.

⁶⁹ Paris Sözleşmesi. md 7

⁷⁰ Paris Sözleşmesine Ek Brüksel Protokolü md 3(a). İlgili limitler 1964, 1982 ve 2004 ek protokolleri ile yeniden tadil edilmiştir.

⁷¹ 1997 Protokol md 7

Ayrıca, Viyana ve Paris Sözleşmeleri sorumluluğun devam edeceği sürelerle ilişkin de sınırlamalar içermektedir⁷². 1997 Protokolü, Viyana Konvansiyonu'nda hayat kaybı ve kişisel yaralanmalar sebebiyle talep yöneltmek ve dava açmak için belirlenen süreleri uzatmış ve diğer zararlar için daha kısa süreler öngörmüştür⁷³.

3.2.5. Sorumluluktan Kurtulma

Bir yandan kusursuz sorumluluk uygulanırken, bir yandan da ilgili anlaşmalardaki standart maddeler nükleer tesis işletenlerini, silahlı çatışma, düşmanlık, iç savaş, isyan ve ağır doğal afeti de içeren mücbir sebeplerden dolayı oluşan zararlardan kaynaklanan sorumluluktan kurtarmaktadır⁷⁴. İlgili maddelere göre işleten sorumluluktan kurtarılmasına rağmen, gerçek kişiler zarara sebep olacak fiillerinden veya ihmallerinden sorumlu tutulmaya devam etmektedir⁷⁵.

Viyana Konvansiyonuna göre, işleten zararın tamamen veya kısmi olarak zarar gören kişinin ağır kusurundan kaynaklandığını veya bu kişinin zararın oluşmasında kastı veya ihmali olduğunu ispatlarsa, yetkili mahkeme kendi mevzuatı ile uyumlu olarak, işleteni ilgili zararı tazmin yükümlülüğünden tamamen veya kısmen kurtarabilir⁷⁶. Dikkate alınmalıdır ki Viyana Konvansiyonunu değiştiren 1997 Protokolü, 'ağır

⁷² 10'a karşı 20 yıl her iki Sözleşmenin de belirlediği sürelerdir. (Paris Sözleşmesi md 8 ve Viyana Sözleşmesi md VI)

⁷³ Hayat Kaybı ve Kişisel Yaralanmalar için nükleer olaydan itibaren 30 yıl, diğer zararlar için 10 yıl Bir talep veya dava bu maddenin 1.paragrafının a ve b bentlerinde belirlenen sürelerin aşılmamış olması şartı ile zarar gören kişinin zararı öğrendiği veya zararı ve zarardan sorumlu nükleer tesis işletenini makul olarak öğrenmiş olması gerektiği zamandan itibaren 3 yıl içinde açılmamışsa, Sözleşmeye göre sahip olunan tazminat hakları zamanaşımına uğrar ve düşer. (Viyana Sözleşmesinin VI. Hükümünü tadil eden 1997 Protokolü md 8)

⁷⁴ Bk. Paris Sözleşmesi md 9 ve Viyana Sözleşmesi md IV(3). Paris Sözleşmesi, tesisin bulunduğu devletin iç hukuku aksini öngörmüyorsa, işleten; istisnai karaktere sahip ağır doğal afet' ten kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulamaz hükmünü oraya koymakta, dolayısıyla kati bir force majeure- mücbir sebep testini rejimin bünyesine dâhil etmektedir, md 9. Aynı yorum Viyana Sözleşmesi md IV(3)(b)'de de vücut bulmaktadır.

⁷⁵ Bk. md 6(c)(i)(1) Paris Sözleşmesi ve md IV(7)(a) Viyana Sözleşmesi

⁷⁶ Viyana Sözleşmesi md 4(2)

doğal afetleri' işletenin sorumlu sayılmayacağı haller listesinden çıkararak işletenin sorumluluktan kaçınabileceği alanı daraltmıştır⁷⁷.

3.2.6. Usul Kuralları

İlgili anlaşmalar bu alandaki uluslararası yargı uygulamalarının uyumlaştırılmasını amaçlamıştır. Bu doğrultuda bir yandan yetkili mahkemeyi tespit etmek için detaylı kurallar getirirken, diğer yandan da anlaşmalara göre açılan davalarda vakanın meydana geldiği taraf ülkenin mahkemelerinin yetkili olduğunu düzenleyen genel kurallar düzenlemiştir.⁷⁸ Hüküm sözleşmeye taraf olan her bir ülke tarafından tanınacak ve tenfiz edilecektir. Ayrıca bu tür durumların yargılamasını yapan mahkemeler iç hukuku ve anlaşmaları milliyete ve ikametgâha dayalı herhangi bir ayrımcılık yapmadan uygulayacaktır⁷⁹. Son olarak uyuşmazlığın tarafı olan devletler, tazminatların serbestçe diğer taraf ülkenin, özellikle zarara uğrayan taraf devletin veya zararının tazmini talebinde bulunan davacının ikametgâhı olan taraf ülkenin kuruna çevrilebileceğini garanti eder⁸⁰.

Sonuç

Nükleer enerji temiz, ucuz ve güvenli bir enerji kaynağı olmakla birlikte aynı zamanda Çernobil büyüklüğünde riskler de barındırmaktadır. Radyasyon, insan sağlığını hem doğrudan (genetik zararlar, yaşam süresinin kısalması vb. sağlık problemleri gibi) hem de çevreye verilen zararlar nedeniyle dolaylı şekillerde (asit yağmuru, ozon tabakasının delinmesi gibi) tehdit etmektedir. Bu zararların temel özellikleri ise, büyük zarara yol açmaları, bu zararın kapsama alanının geniş olması, mağdur sayısının fazlalığı ve zararın uzun süre sonra ortaya çıkabilmesidir.

⁷⁷ 1997 tarihli Nükleer zararlardan hukuki sorumluluk hakkında Viyana Sözleşmesini tadil eden Protokol md 6

⁷⁸ Viyana Sozlesmesi md X, Paris Sozlesmesi md 13

⁷⁹ Paris Sozlesmesi md 14 ve Viyana Sozlesmesi md III

⁸⁰ Bkz Paris Sozlesmesi md 12 ve Viyana Sozlesmesi md XV

Nükleer kazalardan kaynaklanan riskin, doğası gereği çok büyük olması ve olası bir zararın büyük ihtimalle sınır aşan sonuçlar doğuracak oluşu yüzünden “nükleer kazalardan sorumluluk”, milletlerarası hukukta özel birtakım esaslara bağlanmıştır.

Bu çerçevede yukarıda ele alınan anlaşmaların hukuki sorumluluğa ilişkin yaklaşımı, nükleer endüstriyi daha ilk aşamada aşırı büyük bir sorumluluktan (exorbitant liability) koruma endişesini ortaya koymuş ve bunu sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerde belirlemiştir. Nükleer endüstrilere ilişkin uluslararası düzenlemeler, ortaya konan sözleşmeler ile endüstrinin gelişmesinde kamu güvenine ulaşmayı başarmıştır. Ancak Çernobil kazasının da gösterdiği üzere, fiili olarak gerçekleşmiş nükleer bir vaka Çernobil nedeniyle 400 milyon Alman Markı civarında zarara uğrayan-ki bu meblağ Paris Konvansiyonu ile belirlenen 15 milyon SDR’yi çoktan aşmaktadır- Almanya örneğinde de görüldüğü üzere hâlihazırdaki sözleşmeler ile ortaya konan parasal sorumluluk tavanını oldukça aşan zararlara yol açabilmektedir.

Bu gerçekler ışığında nükleer endüstrinin bir ülkede emekleme aşamasındayken ve devletin büyük desteğine ihtiyaç duyarken, Paris ve Viyana Konvansiyonlarında düzenlenen işleyen sorumluluğunun sınırlandırılması sektörün gelişimi açısından yardımcı olabildiği kabul edilebilir.

Bu çerçevede düzenlenen uluslararası anlaşmalar ve genel olarak uluslararası düzenlemeler, nükleer enerji sektörüne girişi teşvik etmek için nükleer tesisleri işletenin sorumluluğunu miktar olarak sınırlandırmış ve nükleer santralin tedarikçilerinin sorumluluklarını kaldırmışlardır. Bu gelişmeler sayesinde özel sektör, nükleer enerji sektörüne yatırım yapmış ve dünyada nükleer enerji santrallerinin sayısı artmıştır.

Buna karşın tabi ki, endüstri güçlendiğinde de daha büyük sorumlulukları yüklenmesi beklenecektir. Zaten her iki uluslararası sözleşmede de sorumluluğun sınırlandırılmasının süreleri ve tutarlarında zaman içerisinde yapılan değişiklikler ve zararlar doğru orantılı ve etkili tazminatları sağlayan kamu fonlarının ortaya çıkmış olması, sadece

nükleer aktivitelerin daha sıkı kontrolünü değil aynı zamanda politik önceliklerdeki bir değişikliği de ortaya koymaktadır.

Ancak nükleer sorumluluk rejiminin uygulamadaki önemi tartışılabilir. Çünkü ABD, Kanada, Güney Kore ve Japonya gibi büyük nükleer güçler yukarıda sayılan bu anlaşmalara taraf değildirler. Ayrıca nükleer tesisi olmayan bazı devletler de bu konvansiyonları imzalamamıştır. Çünkü bu ülkeler ulusal hukuk sistemleri kapsamında, olası mağdurların sözleşmelerin sunduklarına nazaran daha yüksek tazminatlar alabileceklerini düşünmektedirler. Sonuç olarak dünyanın 440 nükleer güç reaktörünün çoğuna sahip olan devletler, hiçbir nükleer hukuki sorumluluk sözleşmesine taraf değildirler.

Devletin nükleer kazaların tazminine ilişkin rolüne baktığımızda ise, herhangi bir kaza gerçekleşmeden bile önce devletin, işleten tarafından temin edilecek finansal güvenliğin şartlarını belirlemede ve de bu güvenliğin daimi olmasını sağlamada önemli bir rolü olduğunu görürüz. Bazı ülkelerde güvenlik, devlet garantisi ya da devlet tarafından desteklenen bir garantidir. Başka bir deyişle, güvenlik tedbirlerinin sigorta şirketinin iflası gibi başarısız kaldığı durumlarda, devlet gerekli olan fonu sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca bu durum bu çalışma kapsamında incelediğimiz anlaşmalar gibi birçok uluslararası anlaşmada da taahhüt altına alınmıştır.

Birçok ülkenin iç hukukunda, işletenin sorumluluk sınırlarını aşan mağdur taleplerini de tazmin edeceği düzenlenmiştir. Üstelik bazı ülkelerin iç hukuk sistemleri işletenin tehlike sorumluluğunun ortadan kalktığı durumlarda ve kimi ülkelerde de ilgili zamanaşımının gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan mağdur taleplerinin de nükleer faaliyete izin veren devletler tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, devletlerin vatandaşlarının refahını gözetmek ve milli birliği tesis etme görevlerinden kaynaklanmaktadır.

Devletin kamusal görevlerinin yanı sıra hangi raddeye kadar yetkisi ve kontrolü altındaki gerçek ve tüzel kişilerin eylemlerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulacağı ise, uluslararası hukukta devletin

yükümlülüklerini düzenleyen hükümler çerçevesinde cevaplanacaktır. Buna göre bir devlet yetkisi ve kontrolü altındaki gerçek ve tüzel kişilerin aktivitelerini kontrol etmesine ilişkin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde bu aktivitelerin hukuki sonuçlarından sorumlu tutulacaktır.

Bu nedenle devletler, genel uluslararası hukuk ilkeleri çerçevesinde yürüttüğü tehlike potansiyelini haiz aktivitelerin zararlı sonuçlara yol açmasını engellemek için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdürler. Bu durum, diğer tahkim heyeti kararlarının yanı sıra ünlü Trail Smelter tahkiminde verilen *“hiçbir devletin ülkesinin egemenlik yetkisini başka bir devletin ülkesine veya buradaki mallara zarar verecek şekilde kullanamayacağına ve kullanılmasına izin verilemeyeceğine”* dair kararına dayanır. Her şeye rağmen böyle bir zararın ortaya çıkması halinde ise ilgili devlet zararı tazminle yükümlü olacaktır. Bu kuralı nükleer olaylara uyguladığımızda başka bir devletin ülkesinde zarara yol açan olası bir nükleer kazanın sadece hukuki sorumluluğa ilişkin sonuçları olmadığı; aynı zamanda kazaya ev sahipliği yapan ya da tesisin ev sahibi olan devletler açısından uluslararası kamu hukukundan doğan sorumluluklara ilişkin de sonuçları olacağı söylenebilir.

Bu çalışma kapsamında ele aldığımız nükleer tesislere ilişkin tüm uluslararası hukuk sözleşmelerinde de bu durum *“ilgili sözleşmelerin akit tarafın uluslararası kamu hukukunun genel kuralları çerçevesinde hak ve yükümlülüklerini etkilemeyeceği”* şeklinde kendini göstermiştir

Tablo-2 Uluslararası Yükümlülük, Tazminat Sözleşmeleri ve OECD Üye Ülkelerindeki Miktarlar⁸¹

	Paris Sözl.	BSC	Viyana Sözl.	Ortak Protokol	Ulusal yasalarca konan yaklaşık işletici yükümlülük miktarları
A.B.D.					9700 Milyon A.B.D. Doları (mali güvence sınırı 200 Milyon A.B.D. Doları olarak belirlenmiş olmasına karşın)
Almanya	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>	~2,5 Milyar Euro tutarında bir mali güvence belirlenmesine karşın sorumluluk sınırsızdır
Avustralya					Belirli bir yasal düzenleme yoktur
Avusturya					Maksimum ~400 Milyon Euro tutarında bir mali güvence belirlenmesine karşın sorumluluk sınırsızdır
Belçika	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>			300 Milyon Euro
Çek Cum.			<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
Danimarka	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>	60 Milyon SDR (~90 Milyon Euro)
Finlandiya	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>	175 Milyon SDR (~260 Milyon Euro)
Fransa					91.5 Milyon Euro
G. Kore					300 Milyon SDR (~450 Milyon Euro)
Hollanda					340 Milyon Euro
İngiltere					140 Milyon Sterlin
İspanya					150 Milyon Euro
İsveç					300 Milyon SDR (~450 Milyon Euro)
İsviçre					~1 Milyar Euro tutarında bir mali güvence belirlenmesine karşın sorumluluk sınırsızdır
İzlanda					Belirli bir yasal düzenleme yoktur
İrlanda					Belirli bir yasal düzenleme yoktur
İtalya	<input type="checkbox"/>				4 Milyon Euro
Japonya					10 MW'tan büyük reaktörler için 60 Milyar Japon Yen'i tutarında bir mali güvence belirlenmesine karşın sorumluluk sınırsızdır
Kanada					75 Milyon Kanada Doları tutarında mali güvence
Lüksembourg					Belirli bir yasal düzenleme yoktur
Macaristan			<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	100 Milyon SDR (~150 Milyon Euro)
Meksika			<input type="checkbox"/>		100 Milyon Meksika Pesetası
Norveç	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>	60 Milyon SDR (~90 Milyon Euro)
Polonya			<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	150 Milyon SDR (~225 Milyon Euro)
Portekiz	<input type="checkbox"/>				Belirli bir yasal düzenleme yoktur
Slovak Cum.			<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	2 Milyar Slovak Kronu
Türkiye	<input type="checkbox"/>				Belirli bir yasal düzenleme yoktur
Yeni Zelanda					Belirli bir yasal düzenleme yoktur
Yunanistan	<input type="checkbox"/>			<input type="checkbox"/>	Belirli bir yasal düzenleme yoktur

⁸¹ Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, <http://www.taek.gov.tr/nukleer-guvenlik/nukleer-enerji-ve-reaktorler/166-gunumuzde-nukleer-enerji-rapor/442-bolum-08-uluslararası-nukleer-duzenlemeler-ve-nukleer-silahların-yayılmalarının-onlenmesi.html>

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

- Ayşe Nur Tütüncü, “*Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun 53’üncü Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Aşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y:22, S:2, 2002, s.889-947
- EDAM- Ekonomi ve Dış Politika Araştırmalar Merkezi, Nükleer Enerjiye Geçişte Türkiye Modeli, EDAM Yayınları, 2012
- Friedrich-Ebert-Stiftung Derneği, Nükleer Enerjinin Sonu mu? Fukushima’dan Sonra Alternatif Enerji Politikalarına Uluslararası Bir Bakış, Sena Ofset, İstanbul, 2012, s.7
- J. Brunnee, “*On Sense and Sensebility: Reflections on International Liability Regime*”, ICLQ vol 53, Nisan2004, (s:351-368)
- Julia Schwartz, “*Liability and Compensation for Third Party Damage Resulting from a Nuclear Incident*” içerisinde International Nuclear Law: History Evolution And Outlook , OECD Publications, 2010 (OECD 2010, s:307-355)
- Malgosia Fitzmaurice, “*International Responsibility and Liability*”, the Oxford Handbook of International Environmental Law içerisinde, Oxford University Press, Online Basım 2012
- Norbert Pelzer, “*Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability Progress and Standstill*”, içerisinde International Nuclear Law: History Evolution And Outlook , OECD Publications, 2010 (OECD 2010, s:367-69)

- Patrick Reyners, Information Note on General Principles Governing Liability for Nuclear Damage, Şubat 2009
- Salih Özgür, “Soğuk Savaş ve Sonrası Dönemde Kitle İmha Silahları ve Silahsızlanma Çabaları”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007
- Thomas Gearing ve Markus Jachtenfuchs, “*Liability for Transboundary Environmental Damage Towards a General Liability Regime?*”, Eur. J. Int’l L.,1993, s.92-106
- Xue Hanqin, Transboundary Damage in International Law, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2003

İnternet Kaynakları:

- Greenpeace, Nuclear Accidents, (Çevrimiçi)
<http://www.greenpeace.org/international/en/campaigns/nuclear/safety/accidents/>, 11.01.2014
- IAEA Safety Glossary Terminology Used in Nuclear Safety and Radiation Protection, (Cevrimici)
http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1290_web.pdf, 11.01.2014
- IAEA, International Fact Finding Expert Mission Of The Nuclear Accident Following The Great East Japan Earthquake And Tsunami Preliminary Summary, 24 May- 1 June 2011, (Çevrimiçi)
<http://www.iaea.org/newscenter/focus/fukushima/missionssummary010611.pdf>
- International Atomic Energy Agency, The International Nuclear and Radiological Event Scale,
<http://www.iaea.org/Publications/Factsheets/English/ines.pdf>, 11.01.2014

- Nükleer Enerji Dosyası, (Çevrimiçi)
[http://www.elektrikport.com/teknik-kutuphane/nükleer-enerji-dosyasi-1-bolum/8888?#ad-image-0](http://www.elektrikport.com/teknik-kutuphane/nukleer-enerji-dosyasi-1-bolum/8888?#ad-image-0), 10.01.2014
- Önemli nükleer kazaların listesi için bkz.
<http://www.greenpeace.org/international/en/campaigns/nuclear/safety/accidents/>, 11.01.2014
- Settlement of Claim between Canada and the Union of Soviet Socialist Republics for Damage Caused by "Cosmos 954" (Released on April 2, 1981), (Çevrimiçi)
http://www.jaxa.jp/library/space_law/chapter_3/3-2-2-1_e.html, 10.01.2014
- Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, [http://www.taek.gov.tr/acil-durumlar/kaza-ve-tehlike-durumu/372-uluslararası-nükleer-olay-olcegi-ines.html](http://www.taek.gov.tr/acil-durumlar/kaza-ve-tehlike-durumu/372-uluslararası-nukleer-olay-olcegi-ines.html), 10.01.2014
- United States Nuclear Regulatory Commission, Backgrounder on the Three Mile Island Accident, (Çevrimiçi)
<http://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/fact-sheets/3mile-isle.html>, 10.01.2014

Uluslararası Anlaşma ve Belgeler:

- Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29th July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28th January 1964 and by the Protocol of 16th November 1982
- Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, INFCIRC/500, 20 Mart 1996
- Protocol To Amend The Vienna Convention On Civil Liability For Nuclear Damage, IAEA-INFCIRC/566, 22 Temmuz 1998
- 2004 Protocol to Amend the Brussels Supplementary Convention on Nuclear Third Party Liability

Convention On Supplementary Compensation for Nuclear Damage,
IAEA-INFCIRC/567, 22 Temmuz 1998

Draft Articles On Prevention Of Transboundary Harm From
Hazardous Activities, With Commentaries, Yearbook
of the International Law Commission, 2001, vol. II,
Part Two

1815 NUMARALI TRABZON ŞER'İYE SİCİLİNE GÖRE HUKUKİ HAYATTA KADIN (1554-1558)

Arş. Grv. Ali TURAN*

Özet

Şer'îye sicilleri, şer'îye mahkemelerinde yapılan tüm işlemlerin kaydedildiği defterlerdir. Bu kayıtlar Osmanlı hukukunun uygulamasını gözler önüne serdiği gibi, birçok konuda zengin bilgiler içermektedir. Bu çalışmada, 1815 Numaralı Trabzon Şer'îye Sicili'ne göre kadının hukuki hayattaki yeri incelenmiştir. Sicilde kadınların taraf olduğu kayıtlar içeriklerine göre hukuki açıdan tasnif edilmiş ve yorumlanmıştır. Böylelikle incelenen döneme ilişkin olarak kadının hukuki hayatta ne ölçüde yer aldığı ortaya çıkarılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Şer'îye sicilleri, Trabzon şer'îye sicilleri, Osmanlı hukuku, Osmanlı Devleti'nde kadın, hukuki hayatta kadın.

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
Bu çalışmada, Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ danışmanlığında tarafımda hazırlanan "1815 Numaralı Trabzon Şer'îye Sicilinin Transkripsiyonu ve Hukuki Değerlendirmesi" adlı yüksek lisans tezinde transkripsiyonunu yaptığım kayıtlar kullanılmıştır. Bununla birlikte, tamamladığım tezde bu çalışmada kullanılan kayıtların büyük çoğunluğuna değinme imkanı olmamış, çok önemli olan birkaç kayıt dışındaki diğer kayıtlar dipnot kısmında gösterilmiştir. Dolayısıyla bu çalışma, tezdaki bir veya birkaç bölümün birebir iktibas edilmesinden oluşmamıştır. Tamamı dağınık yerlerde bulunan bu kayıtlar konuya ilişkin olarak yeniden tasnif edilmiş ve değerlendirilmiştir. Zira şer'îye sicillerinin karakteristik özelliği, bu tür çalışmalar yapmaya imkan tanımaktadır. Bu çalışmada yalnızca, gerekli görülen yerlerde verilen teorik bilgilerin büyük bir bölümü aynen veya çok az bir değişiklikle kullanılmıştır.

The Status of Women in Legal Life: According to Trabzon Sharia Register Number 1815 (1554-1558)

Abstract

Sharia register (sharia court records) recorded all the transactions made in the sharia courts. As these records demonstrate the application of the Ottoman law, contains a wealth of information on many subjects. In this study, research was carried out in order to ascertain the status of women in legal life according to Trabzon Sharia Register Number 1815. Registry records reveal the way women were classified and interpreted according to the requirement of their cases. Thus, in relation to the period studied it is intended to reveal the extant of the women's involved according to legal life.

Keywords: Shariah registers, Trabzon sharia registers, Ottoman law, women in Ottoman law, women in legal life.

Giriş

Kadına ve kadın haklarına yönelik çalışmalar, kadının tarihsel süreçte toplumsal hayatta etkin bir konuma sahip olmaya başlamasına paralel olarak ilgi görmüş ve artış göstermiştir. Özellikle günümüzde farklı disiplinlerde ve farklı bakış açılarıyla kadının konu edildiği çalışmalar hızla devam etmektedir. Toplumun tamamını ilgilendiren bir mesele olması itibariyle¹ de, bu çalışmalara gösterilen ilgi sıcaklığını korumaktadır. Kadın ve kadın haklarının ele alındığı çalışmalarda araştırmacıların sıklıkla başvurduğu ve ihtiyaç duyduğu argümanlardan biri de kadına yönelik olarak yapılmış tarihsel çalışmalardır. Zira konunun günümüze kadar geçirmiş olduğu tarihi tekâmül göz önünde bulundurularak mukayese yapılmakta ve günümüze ve ileriye dönük değerlendirmeler yapılabilmektedir.

¹ “Kadın hakları, insan haklarının, dünyanın yarı nüfusuyla ilgili bölümüdür. Kadın sorunu, tüm anne ve babaların, tüm oğul ve kızların kısaca tüm insanların sorunudur.” (Hasan Tahsin Fendoğlu, **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000, s. 213.)

Osmanlı Devleti dönemine ilişkin olarak da hukuk kaynaklarına dayalı kadın çalışmaları geç dönemde başlamıştır. Yine bugüne kadar yapılan çalışmaların büyük yekunu yabancı dilde yapılmıştır². Bu çalışmalarda en çok istifade edilen kaynak da şer'îye sicilleri olmuştur. Bütün şer'î ve örfî meselelerin çözüme bağlandığı şer'îye mahkemelerinde yapılan tüm işlemler şer'îye sicillerine kaydedilmiştir. Dolayısıyla kaydedilen bu işlemler, ait oldukları dönemle ilgili çok çeşitli ve zengin bilgiler içermektedir.

Osmanlı Devleti dönemiyle ilgili olarak şer'îye sicillerine dayalı kadın çalışmaları, 1970'li yıllarda Jennings ile başlamıştır³. Kayseri şer'îye sicillerini tarayan Jennings çalışmasının başında, batı dünyasında genellikle, İslam toplumunda kadının sosyal ve ekonomik hayatta hor görüldüğü ve köle statüsünde olduğu yargısının bulunduğunu ifade etmiştir⁴. Ancak çalışmasının sonunda, taradığı kayıtların bu durumun aksini ortaya koyduğunu, kadınların düzenli bir şekilde mahkemeye geldiğini, kefil ya da şahit olabildiğini, kendi aile fertlerini dahi dava ettiğini ve haklarının bilincinde olduğunu belirtmiştir⁵. 17. yüzyılda Bursa'da kadınların sosyo-ekonomik statüsünü inceleyen Gerber de Batıdaki bu yaygın ve yanlış yargının devam ettiğini, bu yargının temelini ise İslam toplumundaki ataerkil aile yapısına dayandırıldığını ifade etmiştir⁶. Gerber'in varmış olduğu sonuç da Jennings'ten farklı olmamış, kadının sosyal ve ekonomik statü bakımından erkekten aşağı

² Betül İpşirli Argıt, "Osmanlı Hukuk Çalışmalarında Kadın", **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi Türk Hukuk Tarihi Sayısı**, C. 3, S. 5, 2005, s. 575.

³ Osmanlı kadını üzerine yapılan çalışmalara dair geniş bilgi için bkz.: Argıt, "Osmanlı Hukuk Çalışmalarında Kadın", s. 575-621.

⁴ Ronald C. Jennings, "Woman in Early 17th Century Ottoman Judicial Records: The Sharia Court of Anatolian Kayseri", in: **Studies on Ottoman Social History in the Sixteenth and Seventeenth Centuries: Women, Zimmis and Sharia Courts in Kayseri, Cyprus and Trabzon**, İstanbul, Isis Press, 1999, s. 143.

⁵ A.e., s. 196-199.

⁶ Haim Gerber, "Social and Economic Position of Women in an Ottoman City, Bursa, 1600-1700", **International Journal of Middle East Studies**, Sa. 12, No:3, 1980, s. 231.

olmadığını, aksi bir görüşün araştırmaya daha muhtaç olduğunu ifade etmiştir⁷.

Bu çalışmanın amacı, Osmanlı Devleti'nin hukuk uygulamasına doğrudan tanık olduğumuz şer'îye sicilleri vasıtasıyla, incelenen dönemde Trabzon'da kadının hukuki hayattaki rolünü gözler önüne sermektir. Böylelikle kadının hak arama hususundaki etkinliği, aile içindeki konumu; mülkiyet, borç, miras vb. hukuki ilişkileri açık bir şekilde ortaya konulacak ve kadının toplumsal hayattaki konumuna ilişkin bir değerlendirme yapılabilecektir.

Bu çalışmamızda, 1815 Numaralı Trabzon Şer'îye Sicili'nde⁸ kadınların doğrudan taraf olduğu kayıtlar ele alınmıştır. Kimi zaman kadınların doğrudan taraf olmadığı; ancak önemlerine binaen değinmemiz gereken kayıtlara da değinmek gerekmiştir. Kayıtlar ele alınırken şöyle bir usul izlenmiştir: Öncelikle kayıtlar içeriklerine göre tasnif edilmiştir ve ayrı başlıklar altında değerlendirilmiştir. Kayıt sayısının fazla olduğu konularda tüm kayıtlar metinde ele alınmamış; ancak metinde değinilmeyen kayıtlar dipnotlarda gösterilmiştir. Zira şer'îye sicilleri kayıtlarında oldukça kuvvetli bir uyum bulunmakta, aynı meseleye ait olan kayıtlar usulen birbirlerine benzemektedir. Kayıtların değerlendirilmesine geçmeden önce ise Trabzon Şer'îye Sicilleri ve 1815 Numaralı Trabzon Şer'îye Sicili'ne ilişkin tanıtıcı nitelikte bir bilgilendirme yapılmış ve sicilin ait olduğu dönemde Trabzon şehrinin sosyo-ekonomik yapısı kısaca ele alınmıştır. Kayıtların değerlendirilmesi aşamasında da gerekli görülen yerlerde meselenin özünü göstermek amacıyla teorik bilgiye yer verilmiştir.

1. Trabzon Şer'îye Sicilleri ve 1815 Numaralı Trabzon Şer'îye Sicili

Trabzon'un Osmanlı Devleti'nin egemenliğine girmesinden itibaren uzun bir süre gayrimüslim nüfusun Müslüman nüfustan fazla olması

⁷ A.e., s. 238.

⁸ Bu çalışma sırasında kullandığımız "sicilimizde", "defterimizde", "incelediğimiz sicilde", "incelediğimiz defterde" vb. ifadeler, "Trabzon 1815 Numaralı Şer'îye Sicili" olarak anlaşılmalıdır.

dolayısıyla, bu şehrin Türk-İslam karakterini alması ve bu hüviyeti ile rol oynamaya başlaması için belli bir zamana ihtiyacı olduğu belirtilmiş, dolayısıyla arşivlerimizde Trabzon'a ait tarihi materyalin nispeten geç başladığı ifade edilmiştir⁹. Halihazırda arşivlerimizde Trabzon'a ait 297 adet şer'ıye sicili mevcuttur¹⁰. Ahmet Akgündüz ve Mücteba İlgürel tarafından yapılmış olan katalog çalışmalarında, Trabzon'un elimizde bulunan ilk şer'ıye sicilinin, kayıtlarını incelemiş olduğumuz 1815 Numaralı Şer'ıye Sicili¹¹ olduğu görülmektedir. H. 962-965 tarihlerini kapsayan bu sicilden itibaren Trabzon şer'ıye sicilleri muntazam bir şekilde tutulmuştur¹².

İçerisindeki birtakım kayıtları incelemiş bulunduğumuz 1815 Numaralı Trabzon Şer'ıyeye Sicili, Trabzon kadılığının eldeki sicillerinden ilkidir¹³. Sicil esasen, 962-965/1554-1558 tarihleri arasındaki kayıtları ihtiva etmektedir ve 92 varaktan oluşmaktadır¹⁴.

⁹ Tayyip Gökbilgin, "XVI. Yüzyıl Başlarında Trabzon Livası ve Doğu Karadeniz Bölgesi", **Belleten**, C. XXVI, Sa. 102, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, s. 293.

¹⁰ Bkz.: Ahmet Akgündüz, **Şer'ıyeye Sicilleri Mâhiyeti, Toplu Katalogu ve Seçme Hükümler**, C. I, İstanbul, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1988, s. 213-214.

¹¹ İçerisindeki kayıtların bir bölümünü incelediğimiz 1815 Numaralı Trabzon Şer'ıyeye Sicili'ndeki kayıtların büyük yekununu h. 965 (m. 1557/1558) yılına ait kayıtlar oluşturmaktadır. Defterde h. 964 (m. 1556/1557) ve çok az bir kısmı olmak üzere h. 962 (m. 1554/1555) tarihli kayıtlar da mevcuttur.

¹² Ancak h. 972-973 tarihleri arası kayıtları barındıran 1819 numaralı şer'ıye sicili ile h. 1026-1033 tarihleri arası kayıtları içeren 1820 numaralı şer'ıye sicili arasında bir kopukluğun olduğu görülmektedir. Bkz.: Akgündüz, **Şer'ıyeye Sicilleri Mâhiyeti, Toplu Katalogu ve Seçme Hükümler**, C. I, s. 213.

¹³ Jennings, Trabzon kadılığına ait sicillerin ilkinin, 1818 numaralı 972-973 tarihli belgeleri barındıran sicilden başlatılmaktadır. (Ronald Jennings, "The Society and Economy of Maçuka in the Ottoman Judicial Registers of Trabzon, 1560-1640", in: **Studies on Ottoman Social History in the Sixteenth and Seventeenth Centuries: Women, Zimmis and Sharia Courts in Kayseri, Cyprus and Trabzon**, İstanbul, Isis Press, 1999, s. 583.) Ancak Jennings'in bu sıralamayı, çalışmasında kullandığı siciller arasında mı ya da o sıralarda Topkapı Sarayı'nda mevcut bulunan Trabzon sicilleri arasında mı yaptığı belli değildir. (Fethi Gedikli, "1560-1566 Yıllarında Akçaabat ve Köylerinin Sosyal ve Hukuki Durumu", **Osmanlı Hukuku-Makaleler-**, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 2012, s. 49, dn:95); Akgündüz ve İlgürel ise yaptıkları katalog çalışmasında, Trabzon Şer'ıyeye Sicillerini, incelemiş olduğumuz 1815 numaralı sicil ile başlatılmaktadır. Yine incelediğimiz defter, Bostan'a göre de elimizde bulunan Trabzon

2. Dönemin Genel Özellikleri ve Trabzon'un Sosyo-Ekonomik Yapısı

Trabzon'un Sinop'tan gelen Miletli göçmenler tarafından M.Ö. 756'da kurulduğu söylenmekle beraber, gerçek kuruluş tarihinin M.Ö. 7. asır ortalarından sonra olması da muhtemeldir¹⁵. Uzun yıllar Perslerin ve Büyük İskender'in hâkimiyeti altında olan şehir, M.Ö. 280'de Pontus ailesinin hükmü altına girmiştir. Pontus krallarından I. Palemon'un ölümü üzerine Polempnilekos ile Roma'ya geçmiş ve M.Ö. I. asrın ortalarından itibaren Trabzon için gelişme dönemi başlamıştır¹⁶.

Roma İmparatorluğu, 365 yılında Batı ve Doğu Roma olmak üzere ikiye ayrıldığında Trabzon Doğu Roma sınırları içerisinde kalarak Bizans yönetimine geçti. Bizans'ın IV. Haçlı Seferleri sonrasında Latinler tarafından işgal edilmesiyle birlikte, Bizans toprakları üzerinde birtakım yeni devletler ortaya çıktı¹⁷. Trabzon'da da 1204 tarihinden 1461 yılına

kadı defterlerinin ilkidir. (Bkz.: Akgündüz, **Şer'iyye Sicilleri Mâhiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler**, C. I, s. 213.; Mücteba İlgürel, "Şer'iyye Sicilleri Toplu Katoloğuna Doğru", **İÜFTD**, Sa. 28-29, 1975, s. 156.; Hanefi Bostan, **XV-XVI. Asırlarda Trabzon Sanaçığında Sosyal ve İktisadi Hayat**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2012, s. 17.)

¹⁴ Ancak bu defterle birlikte ciltlenen 10 varak daha mevcuttur. Her ne kadar birlikte ciltlenmişse de biz bunların ayrı defterler olabileceğini düşünmekteyiz. Zira esas defter olarak kabul ettiğimiz 92 varaklık kısım düzenli bir şekilde hicri 964-965 yıllarına ait kayıtlar içermektedir. Bu defterden ayrı olarak tasnifini yaptığımız diğer 10 varaktan ilk altısı da hicri 965 yılına ait kayıtlar içermektedir. Buradaki kayıtların gün ve tarihlerine bakıldığında, bu varakların deftere esas teşkil ettiğini düşündüğümüz 92 varaklık defterin bir parçası olması kuvvetle muhtemeldir. Yine de bu kısımdan ayrı olarak numaralandırılmaları sebebiyle bu varakları ayrı tasnifledik. Tasnifini ayrı yaptığımız 10 varaktan yedincisinde herhangi bir tarih tespit edemedik. Sekizinci, dokuzuncu ve onuncu varaklarda ise hicri 962 yılına ait kayıtların tutulduğunu gördük. Bu varakların ayrı defterler olabileceği yönündeki tespitimizi, bu varaklardaki tarih farklılığı doğrulamaktadır. Dolayısıyla hicri 962 yılına ait kayıtları içeren kısmın eksik bir defter olması muhtemeldir.

¹⁵ Şehabeddin Tekindağ, "Trabzon", **MEB İslam Ansiklopedisi**, C. XII/1, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi, 1997, s. 456.

¹⁶ **A.e.**, s. 457.

¹⁷ Mahmut Goloğlu, **Trabzon Tarihi Fetihden Kurtuluşa Kadar**, Trabzon, Serander Yayınları, 2000, s. 16; Rasim Şimşek, **Trabzon Belediye Tarihi I Osmanlı Dönemi**, Trabzon, Trabzon Belediyesi Kültür Yayınları, 1993, s. 33.

kadar sürecek olan Komnenoslar dönemi başlamış oldu¹⁸. Nihayetinde Trabzon, Fatih Sultan Mehmet döneminde Komnenoslar egemenliğine son verilerek Osmanlı Devleti'ne geçmiştir¹⁹.

Fetihten sonra Trabzon eyalet teşkilatına bağlanmamış, müstakil idareci ve kumandanlar marifetiyle kalelerde dizdarlar, subaşılari; şehir ve kasabalarda kadı, za'ım ve ümera vasıtasıyla idare edilmiştir²⁰. Trabzon, 1470 yılından itibaren padişah çocuklarının yönettiği önemli bir şehir, yani "Şehzade Sancağı" olmuştur²¹. İncelediğimiz defterin ait olduğu dönemde Osmanlı Devleti'nin başında bulunan Kanuni Sultan Süleyman da, babası Yavuz Sultan Selim Trabzon valisi iken 1494 yılında Trabzon'da dünyaya gelmiş ve 15 yaşına kadar Trabzon'da kalmıştır²².

Fetihten sonra, şehir halkının önemli bir bölümü İstanbul'a gönderilmiş ve İstanbul'a gönderilen Hıristiyanların boşalttıkları evlere Türkler yerleştirilmiştir²³. Fetih öncesi kent nüfusunun 4-5 bin civarında

¹⁸ Heath W. Lowry, Feridun Emecen, "Trabzon", **DİA**, C. 41, s. 298.

¹⁹ Fethin hangi tarihte meydana geldiği hususu ise tartışmalıdır. Dönemin Osmanlı tarihçilerinden Tursun Bey ve Bizans müellifi Midillili Dukas, ay ve gün vermeden şehrin 1461 yılında fethedildiğini söylemektedir. (Tekindağ, "Trabzon", s. 462.) Goloğlu, fetih tarihini 26 Ekim 1461 olarak gösterirken (Goloğlu, **a.g.e.**, s. 20.), Fallmerayer 1462 yılı yazında fethin gerçekleştiğini belirtmiştir. (Jakob Philipp Fallmerayer, **Trabzon İmparatorluğunun Tarihi**, Çev. Ahmet Cevat Eren, Ankara, TTK Basımevi, 2011, s. 258). Bostan ise, dönemin belgelerinden ve dönemin fiziki şartlarından yola çıkarak, gerçek fetih tarihinin 15 Ağustos 1461 olduğunun kanıtlandığını söylemektedir. (Hanefi Bostan, **XV-XVI. Asırlarda Trabzon Sancağında Sosyal ve İktisadi Hayat**, Ankara, TTK Basımevi, 2002, s. 6-7.)

²⁰ Gökbilgin, "XVI. Yüzyıl Başlarında Trabzon Livası ve Doğu Karadeniz Bölgesi", s. 293.; Tekindağ, "Trabzon", s. 466.

²¹ Goloğlu, **a.g.e.**, s. 25.; Gökbilgin'e göre Trabzon şehzade sancağı olduktan itibaren imparatorluk kadrosu içinde idari, askeri ve mali bakımdan önem kazanmış, mevcudiyetini hissettirmiş ve devlet merkezinin ilgisini ve alakasını üzerine çekmiştir. (Gökbilgin, "XVI. Yüzyıl Başlarında Trabzon Livası ve Doğu Karadeniz Bölgesi", s. 293.)

²² Goloğlu, **a.g.e.**, s. 29-30.

²³ Lowry, Emecen, "Trabzon", s. 298; Tursun Bey, **Tarih-i Ebü'l-Feth**, Haz. Mertol Tulum, İstanbul, İstanbul Fetih Cemiyeti Yayınları, 1977, s. 110.; Şakir Şevket, Trabzon halkının ileri gelenlerinin kral ile birlikte gittiğini, ikinci derecede bulunanların başka yerlere yerleştirildiğini ve Trabzon'da en aşağı sınıfın kaldığını belirtmiştir. (Şakir Şevket, **Trabzon Tarihi**, Haz. İsmail Hacıfettahoğlu, İstanbul, Kurtuba, 2013, s. 74-75.)

olduğu tahmin edilmektedir. Şehirde çoğunluk olarak Rum Ortodokslar ve azınlık olarak Ermeniler ve Franklar yaşamaktaydı²⁴. 1486 tarihli Mufassal Timar Defterine göre; Trabzon'da tahmini olarak 7575 kişilik nüfusun %27'sini (2025 kişi) Müslümanlar, %73'ünü (5550 kişi) Hıristiyanlar oluşturmaktadır²⁵. 1554 tarihli tahrirde ise tahminen 3012 kişi Müslüman ve 3513 kişi Hıristiyan olmak üzere toplam 6525 kişi şehirde yaşamaktadır. Her iki tahrirde göze çarpan nokta, Müslüman nüfusun arttığı ve Hıristiyan nüfusun azaldığıdır. Bu durumu, Osmanlı Devleti'nin iskân politikasıyla ilişkilendirmek daha makul gözükmektedir²⁶. İncelediğimiz defterin ait olduğu dönemde şehrin yarısından fazlasının gayrimüslim olması, defterin önemini daha da arttırmaktadır.

İlk çağlardan itibaren mahfuz bir koya sahip olması, hinterlandının geniş olması ve dolambaçlı da olsa Anadolu içlerine, Güney Kafkasya ve İran'a ulaşan yollar üzerinde bulunması, Trabzon'u Doğu Karadeniz'in en önemli limanı haline getirmiştir²⁷. 1340 tarihinden sonra ticari önemini kaybeden Trabzon, Osmanlı dönemi ile birlikte tekrardan canlanmaya başlamıştır²⁸. Deniz ve karayolu ulaşımı yönünden önemli bir konumda

²⁴ Heath W. Lowry, **Trabzon Şehrinin İslamlaşması ve Türkleşmesi 1461-1583**, Çev. Demet Lowry-Heath Lowry, 2. b.s., İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, 1998, s. 17-18.

²⁵ M. Hanefi Bostan, **Arşiv Belgelerine Göre Karadeniz'de Nüfus Hareketleri ve Nüfusun Etnik Yapısı**, İstanbul, Nöbetçi Yayınevi, 2012, s. 13-14. Krş. Lowry, **a.g.e.**, s. 19-43.

²⁶ Şehirdeki Müslüman nüfusunun artıp Hıristiyan nüfusun azalmasının ihtida fiilleriyle mi ilişkili olduğu sorusu üzerinde duran Bostan, dönemin arşiv belgelerinde 2 hane dışında ihtida kaydına rastlanmaması dolayısıyla, bu durumu iskan politikasıyla ilişkilendirmekten başka türlü yorumlanamayacağını belirtmiştir. (Bostan, **Arşiv Belgelerine Göre Karadeniz'de Nüfus Hareketleri ve Nüfusun Etnik Yapısı**, s. 15-21.); Lowry'ye göre de, halkının büyük çoğunluğu Hıristiyanlardan oluşan bir şehrin varlığı Osmanlı hükümeti tarafından uygun görülemeyebilecektir. Dolayısıyla dönem politikasına uygun olarak Hıristiyan nüfusun belli bir bölümünün İstanbul'a ve onların boşalttığı yerlere de Müslüman nüfusun iskan ettirilmesi doğal görülebilir. (Lowry, **a.g.e.**, s. 92.)

²⁷ Tekindağ, "Trabzon", s. 455-456.; Bostan, **XV-XVI. Asırlarda Trabzon Sancağında Sosyal ve İktisadi Hayat**, s. 372.

²⁸ Tekindağ, "Trabzon", s. 469.

olan Trabzon, ticari faaliyetler bakımından önemli bir yer işgal etmiş ve Anadolu'nun en canlı limanlarından biri olmuştur²⁹.

XVI. yüzyılda deniz ve kara ticaretinde önemli bir yer işgal eden Trabzon, savaş malzemesi, iâşe ve asker sevkinde de önemli bir üs konumunda bulunmaktaydı³⁰. XV.-XVI. asırlarda Trabzon sanayisine göz atıldığında Trabzon'da mum imalatı³¹, keten bezi imalatı, boya imalatı, deri ve gemi yapım sanayinin olduğu görülmektedir³². Bunların yanında söz konusu dönemlerde tarımsal üretim, hayvancılık, balıkçılık, arıcılık ve doğancılık³³ Trabzon'da yaygın olmuş ve şehrin ekonomik canlılığına katkı sağlamıştır³⁴.

Görüldüğü üzere, sosyal ve iktisadi yapısı bakımından canlı bir şehir olan Trabzon'un bu nitelikli karakteri şer'iyeye sicillerine de yansımıştır. Şehrin bu zengin yapısı, incelemiş olduğumuz 1815 Numaralı Şer'iyeye Sicili'nde bulunan kayıtların da içerik itibariyle zengin olmasını ve bu defterin öneminin daha da artmasını sağlamıştır.

3. 1815 Numaralı Trabzon Şer'iyeye Sicili'nde Kadın

3.1. Ceza Hukuku

1815 Numaralı Trabzon Şer'iyeye Sicili'nde kadınların taraf olduğu ceza hukukuna ilişkin 19 adet kayıt burada ele alınacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu kayıtların ekseriyetinde kadın davacı konumundadır. Bununla birlikte, üç adet kayıтта kadının davalı konumunda olduğu müşahede edilmiştir.

Aynı olayı konu alan hırsızlık suçu ile alakalı iki kayıтта, gece vakti evinde bir miktar parası ve bazı eşyaları çalınan Şâhî bt. Abdullah adlı kadın, Seydi Ali b. Ahmet'i "*benüm husûsımda töhmet-i sâbıkan olup*

²⁹ Bostan, *XV-XVI. Asırlarda Trabzon Sancağında Sosyal ve İktisadi Hayat*, s. 376.

³⁰ *A.e.*, s. 386.

³¹ İncelediğimiz defterde de Şemhane'nin vaki olduğu görülmektedir. Bkz.: v. 73a-3, 76b-1, 40a-2.

³² Bostan, *XV-XVI. Asırlarda Trabzon Sancağında Sosyal ve İktisadi Hayat*, s. 412.

³³ İncelediğimiz defterde de doğancılığın yapıldığına ve doğan yuvalarının mukataaya verildiğine dair kayıtlara rastladık. Bkz.: v. 33b-1, 52a-4, 72b-1, 73b-4.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Bostan, *XV-XVI. Asırlarda Trabzon Sancağında Sosyal ve İktisadi Hayat*, s. 372-525.

mazannem sensin diyü da 'vâ' etmiştir³⁵. Bu kaydı takip eden kayıta ise, bu hususla ilgili arabulucuların araya girmesiyle tarafların 30 akça bedel ile sulh ettikleri ve sulh bedelinin mezbûre Şâhî tarafından alındığı görülmüştür³⁶.

Hırsızlık suçuna ilişkin başka bir olayda Şah Beşe bt. Hüseyin, evinde çalınan malın davasına ve talebine, Hüseyin b. Hamza'yı vekil etmiştir³⁷. Akabinde Şah Beşe'nin vekili olan Hüseyin b. Hamza; Arab b. Sivasto, Liyos b. Pereşkova ve Pervane adlı kişileri dava etmiş, müvekkilinin kilitli evinin gece vakti damının delindiğini ve "*tahminen seksen akça kıymetlü bir kemha kuşağı ve altmış akça kıymetlü iki gönlegi ve bir don ve beş akça kıymetlü bir destmalı*"nın çalındığını, kuşak ve destmalın Pervane'de bulunduğunu, diğer eşyaların da "*girü mezbûr ev kurbunda olan ahur içinde birağılmış bulundu*"ğunu söylemiştir³⁸. Arab adlı zimmî, sarhoş halde mezkûr eve gittiklerini, Liyos dışarıda dururken Pervane ile birlikte bacadan içeri girdiklerini ve söz konusu eşyaları aldıklarını söylemiştir. Pervane ise şürb-i hamr meclisinde bunlarla olduğunu; ancak eve girme ve hırsızlık fiilinde bulunmadığını iddia etmiştir. Liyos adlı zimmî de aynı şekilde mecliste beraber olduklarını; ancak eve girme ve hırsızlık fiilinde bulunmadığını iddia etmiştir. Yine bu hususla ilgili bir diğer kayıta mezkûr Pervane, sarhoş halde meclisten kalkan Liyos ve Arab'ın eve girdiklerini ve çalınan eşyalardan kuşak ve destmalı Liyos'un getirip kendisine verdiğini söylemiştir³⁹. Bu olayla ilgili son kayıta Sivasto ve Liyos adlı zimmilerin hırsızlıklarının zahir olduğu ve "*mahalle-i mezbûrede ve şehirde turmayıp çıkup şehirden gitmek üzere*" nefslerine iki kişinin kefil olduğu görülmektedir⁴⁰. Hırsızlığın cezası, şartları tam oluşmuşsa sağ elin bilekten kesilmesidir. Ancak olayda sanıkların sarhoş olmasının cezai ehliyetlerini etkilemiş olması ve

³⁵ V. 5b-1.

³⁶ V. 5b-2.

³⁷ V. 50a-3.

³⁸ V. 50b-1.

³⁹ V. 51a-1.

⁴⁰ V. 51a-2.

mahkemenin bu duruma istinaden had cezasını uygulamamış olması muhtemeldir⁴¹. Olayda iki sanığa da had uygulanmamış, bir nevi tazir cezası olarak buldukları yerden uzaklaştırılmaları⁴² hususunda nefslerine kefalet istenmiştir.

Başka bir kayıta Gulistane bt. Konstandin'in vekili olan İbrahim b. Süleyman, Hasan b. Mustafayı, “*mezbûre müvekkiletme fahişedir didi mucebin taleb iderin diyü*” dava etmiştir⁴³. Bu şekilde yapılan bir hakaretin kazf suçuna sebebiyet verip vermeyeceği düşünülebilir. Akman'a göre, bu gibi sıfatların kullanılması kazf suçunun teşekkülü için yeterlidir; ancak şer'iyeye sicillerindeki bazı kayıtlarda kadının (hakimin) tazire hükmettiği görülmektedir⁴⁴. Kanımızca, müvekkiline “*fahişedir*” denen İbrahim b. Süleyman'ın mucebini talep etmesi, muhtemelen bu eylemde bulunan kişinin kazf suçuna ilişkin olarak yargılanması istemidir. Ancak bu davaya ilişkin nasıl bir hüküm verildiği bilgisi sicilimizde bulunmamıştır.

Sicilimizde bulunan ilginç kayıtlardan biri de zina isnadına ilişkindir. Sozro b. Yori adlı zimmi, Manol adlı zimminin gece vakti zina

⁴¹ İslam hukukunda, sarhoşluğun cezai ehliyeti etkilemesi hususunda ikili bir ayırım yapılmıştır. İlk olarak, sarhoşluk verici maddeyi bilmeyerek veya zaruret halinde veyahut cebir ve ikrah ile alanların cezai sorumluluğunun bulunmadığı hususunda hukukçular arasında fikir ayrılığı yoktur. Ama sarhoşluk veren maddeyi bilerek, isteyerek yani geçerli bir mazeret olmaksızın alanların cezai sorumluluğu ile ilgili iki farklı görüş vardır. Birinci görüşe göre, sarhoşluk durumu her halükarda kişinin bilincini olumsuz etkilediği ve kişiyi normal düşünmekten ve davranmaktan alıkoyduğu için, had ve kısas gurubuna giren bir suçun oluşması durumunda sarhoşun had ve kısas ile cezalandırılmaması gerekir. Ancak böyle bir durumda ilgililere tazir cezası verilebilir. İkinci görüştekilere göre ise, geçerli bir mazereti bulunmaksızın sarhoşluk veren maddeden içenlerin cezai sorumlulukları aynen devam eder. (Mehmet Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2012, s. 175.)

⁴² Bu tazir cezası, Osmanlı Devleti'nde hırsızlık fiilini işleyenlere uygulanan yaptırımlardan biri olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ömer Menekşe, “XVII. ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998, s. 122-125.

⁴³ V. 34b-2.

⁴⁴ Mehmet Akman, **Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması**, İstanbul, Eren Yayıncılık, 2004, s. 30.

kastıyla validesi Paşo'ya saldırıda bulunduğunu iddia etmiştir⁴⁵. Sozro, durumun farkına varmasıyla Manol'a müdahalede bulunduğunu söylemiş ve muhtemelen fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır. İslam ceza hukukunda kural olarak hazırlık hareketleri ceza hukukunun ilgi alanına girmez; ancak icra hareketleri başlamış ve sonuç gerçekleşmemişse had cezası verilemez⁴⁶. Suçlara teşebbüs, had veya kısas cezalarıyla değil, hangi tür suç olursa olsun tazirle cezalandırılır⁴⁷. Ebussuud Efendi'nin bir fetvası şöyledir: “*Mes'ele: Üç kimse kâdî huzûrunda sirka kasdına Amr'ın evine girdik deyu ikrâr eylese şer'an ne lâzım olur? El-cevap: Ta'zîr olunur*”⁴⁸.” Bununla birlikte, Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi'nde; “*Eğer bir kişi zinâ kasdına bir kişinin evine girse evli olursa evli cürmün vire ve ergen olursa ergen cürmün vire*”⁴⁹ hükmü mevcuttur. Söz konusu kayıta da suç, teşebbüs aşamasında kalmıştır. Manol ise iddiaları reddetmiş, gasbedildiğini öne sürmüştür. Teşebbüs aşamasında kalan bu suçun, iddiaların ispatlanması halinde tazirle cezalandırılması gereklidir. Ancak olayla ilgili nasıl bir karar verildiğiyle ilgili bir bilgiye rastlamadık.

Defterimizin kimi kayıtlarında, bir yakını ölen kadınların ya birilerine kan isnadında bulunmaları⁵⁰ ya da kimseden davacı olmayacakları⁵¹ hususu için mahkemeye başvurdukları görülmektedir. V. 44b-2'de Perihan bt. İskender adlı kadın, Erzurum yolunda kaybolan kardeşi Ali'nin katl edildiğini zann edip, mazanne olanlarla davalaşmaya, zevci Mehmed'i vekil etmiştir. Davanın devamında Ali'nin zevcesi olan Aynî bt. Ahmed'in de bu husûsda babası Ahmed b. Salih'i vekil ettiği görülmektedir. V. 63b-4'te de Ozokiye adlı zimmi kadın, ölen kocası

⁴⁵ vI. 6a-2.

⁴⁶ Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Konya, Mimoza Yayınları, 2010, s. 123.

⁴⁷ Abdülkadir Udeh, **Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku**, C. 1, Çev. Ali Şafak, İstanbul, Kayhan Yayınları, 2012, s. 365.

⁴⁸ Ertuğrul Düzdağ, **Kanuni Devri Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları**, İstanbul, Kapı Yayınları, 2012, s. 191.

⁴⁹ Uriel Heyd, **Studies In Old Ottoman Criminal Law**, Oxford, At The Clarendon Press, 1973, s. 58.

⁵⁰ V. 44b-2, 63b-4, 5b-2.

⁵¹ V. 90b-1.

hususunda Ferhad b. Abdullah'ı “*mevrusımız Kaloyero 'yu muhkem darb-ı sedâd idüp ol harbden fevt oldı şer'le mücebin taleb iderin diyü da 'vâ*” etmiştir. Davalının iddiayı inkar etmesi üzerine Ozokiye'ye beyyine getirmesi için mehil verilmiş; ancak beyyine sunamamıştır. Kendisine yemin verilen davalı, zimmetini bu hususta ibra etmiştir. VI. 5b-2'de Elena bt. Şonyo, kazgancılık sanatını talim etmesi için İskender b. Karaca adlı oğlunu, Mahmud b. Abdullah adlı kazgancıya şakirdliğe verdiğini; bunların diyar-ı gurbete gidip birkaç yıl kaldığını ve mezkûr Mahmud'un geri geldiği halde oğlunun gelmediğini söylemiştir. Bunun üzerine Elena, mezkûr kazgancıyı oğlunu öldürdüğü ya da sattığı iddiasıyla dava ettiğini; ancak daha sonra oğlundan sağ olduğuna ve başka bir yerde kendi sanatını icra ettiğine dair mektup geldiğini söyleyip davasını geri çektiğini ikrar etmiştir. V. 90b-1'de ise Emine bt. Kosta adlı kadın, evinde gece vakti beşiğinde ölü bulunan Hatun adlı sagire kızı hususunda “*karye-i mezbûre halkı ile ve Arin bt. Sava nâm avret ile ve gayrılar ile bi-vechin mine'l-vücûh da 'vâm ve nizâ'im yokdur diyü ikrâr idüp terk-i da 'vâ*” etmiştir.

V. 29b-1, 34a-1 ve 38a-1 kayıtları aynı olayı konu edinmektedir. Bu kayıtlarda Melike Bula adlı kadın, oğlu Davud'un subaşı tarafından “*bilâ emr ve bilâ ma'rifet'il-kâdî*” asıldığını iddia ederek subaşıyı dava etmiştir. Bu hususun ayrıntılı teftişi için merkezden ferman gelmiştir⁵². Bu sebeple önemle üzerinde durulan bu olayla ilgili meclisler kurulduğunu görüyoruz. Davanın önem arzettiği şuhûd'l-hal sayısından da anlaşılabilir. Subaşı kendisine karşı yapılan iddiaları reddetmiş, müddeilerin de beyyineden aciz kaldıkları görülmüştür. İşin ilginç tarafı,

⁵² “... Melike Bula nâm hatun kişi Dergâh-ı muallâma gelüp nefis-i Trabzon'da sabikâ şehri subaşı olan Derzi oğlu Mehmed nâm kimesne oğlum Davud [A]ğâ(?) için zindân bozup kaçdı diyü hilâf-ı vâki' arz idüp bilâ-emr ve bilâ ma'rifet'il-kâdî gece ile bî-günâh mezbûr oğlumı salb idüp ziyade hayf eyledi görilüp vâki' hâl arz olunmasın taleb iderim diyü bildirdi buyurdum ki hükm-i şerîfîm vardıkda bi'l-murafa'a(?) şer'le sorulup fasl olunmamış ise bi'z-zât husemâyı beraber idüp onat vechile teftiş idüp göresiz kazıyye arz olunduğı gibi olup husûs-ı mezbûr ne vechile olmuşdur tamam aslı ve hakikâtı ile ma'lûm idünüp dahi vâki' hâli vukû'u üzre mufassal ve meşrûh yazup südde-yi sa'âdetime arz eylesesiz ...” (V. 29b-1)

subaşıya yemin müteveccih olmuş; ancak davacılar yemin vermeyi reddetmişlerdir.

Yukarıda üzerinde durduğumuz ceza hukuku ile alakalı kayıtlarda kadınlar ya doğrudan ya da dolaylı olarak davacı konumundadır. Bununla birlikte bazı kayıtlarda bu hususta davalı konumda bulduklarını da daha önce belirtmiştik. V.11b-3’de subaşı, evinde “*fisk meclisi*” kurup avretleriyle şürb-i hamr eden Mustafa b. Ali ve Hüseyin b. Mehmed ve Kurd b. Mehmed adlı kişileri tutmak isterken, bu kişiler avretleriyle beraber subaşı ve adamlarını dövmüş ve hakaret etmiştir. Subaşı, Hüseyin ve Kurd’u mahkemeye ihzar etmiş, iddialarının inkar edilmesi üzerine, iki şahitle davasını ispatlamıştır. Bu kayıta her ne kadar kadınlar doğrudan dava edilmemişse de; şarap içme, dövme ve hakaret suçlarını işledikleri anlaşılmaktadır.

V. 35b-3’te ise Câmî’-i Cedîd Mahallesi cemâati, Şâhî bt. Abdullah adlı kadının evine nâ-mahrem kimseler getirdiğini, nameşru işler yaptığını, kendilerine ve ailelerine hakaret ettiğini söyleyerek mahkemeye şikayet etmişlerdir. “*Mahalle-i mezbûrda ya bu tursun ya biz turalım*” dediklerinde, Şâhî bu hususlardan haberi olmadığını söyleyerek iddiaları inkar etmiştir. Bu kaydın devamını V. 74a-4’te görüyoruz. Bu kayıta da mahalle cemâati mezbûre Şâhî’yi “*mahalle-i mezbûrede mütemekkin olduğu eve nâ-mahrem kimesneler getirüp musâhebet ve ihtilât idüp bizim dahi ehl-i iyâlimizi ihlâl idüp ve her birimize envâ’-i bühtânlar ve şer’a muhâlif kelimâtlar idüp daima te’addi etmekden hâli olmaz ya mezbûre dursun mahallede ya biz duralım diyü şekvâ*” etmişlerdir. Şehr subaşısı Pervane marifeti ile “*ehl-i vukûf bî-garaz ve mu’temed aleyh Müslümanlardan tefahhus ve istihsâr*” olunmuş ve mezbûre Şâhî’nin “*fi’l-vâki’ selît ve şerîre olup ve nâ-mahrem kimesneler ile müsâhebet idüp konşularına şer’a muhâlif kelimat ile te’addi ve ezâ itdüğü*” bildirilmiştir. Mahkeme de subaşıya, “*mezbûreyi mahalle-i mezbûreden red idüp gidere*” şeklinde icazet vermiştir.

3.2. Usul Hukuku

Bu başlık altında, kadınların taraf ve dava ehliyetleri kısaca ele alınacaktır. İslam hukukuna göre bir davada taraf olabilmek için vücut ehliyetini haiz olma yeterlidir. Bununla birlikte, dava ehliyeti için tam eda ehliyeti gereklidir. Tam eda ehliyetine sahip olmayanların davaları ise kanuni temsilcileri vasıtasıyla yürütülmektedir⁵³.

İncelediğimiz kayıtlar, kadınların doğrudan taraf oldukları kayıtlardan oluşmaktadır. Çalışmamız boyunca görüleceği üzere, kadınlar birçok kayıta bizzat muhakeme sürecinde yer almıştır. Vesayet altında bulunanların taraf olduğu davalar ise vasilerce yürütülmüştür. Bu hususların yanı sıra, kadınların davalarının birçoğunu (özellikle miras hukukuna ilişkin taleplerini) vekiller vasıtasıyla takip ettikleri de görülmektedir⁵⁴. Vekalet ilişkisinin kimi zaman belli bir konuyla sınırlı tutulduğu⁵⁵ kimi zaman da kapsamlı bir şekilde oluşturulduğu vakidir⁵⁶. Ancak kayıtlarını incelediğimiz sicilde, dava için vekalet verilmesi hususunun yalnızca kadınlarla mahdut olmadığını da vurgulamak gerekmektedir⁵⁷.

3.3. Kişiler Hukuku

Bu kısımda bir kayıt haricinde, kadınların kölelik durumu ele alınacaktır. Köleliğin ne zamandan beri ortaya çıktığı tam olarak bilinmese de, göçebe hayattan yerleşik hayata geçilmesiyle ortaya çıktığı

⁵³ Cevdet Yavuz, "Dava", **DİA**, C. 9, İstanbul, TDV, 1994, s. 12-13.

⁵⁴ V. 2b-3, 5a-6, 9a-1, 12b-3, 16a-2, 19b-2, 23a-1, 26b-2, 27a-2, 28a-1, 33a-3, 34b-b-2, 37b-1, 38b-3, 39a-5, 41a-1, 41b-3, 44b-2, 45a-3, 46b-4, 48b-4, 49a-3, 50a-3, 51a-3, 51b-3, 52a-2, 52b-4, 52b-5, 53a-3, 56a-3, 56b-4, 56b-5, 57a-1, 59b-3, 60b-2, 63a-2, 64a-6, 66b-5, 69a-1, 69b-1, 70b-4, 71a-4, 71b-2, 72b-3, 74b-3, 76a-3, 76a-4, 76b-3, 81a-5, 81b-3, 82a-3, 84a-4, 85a-3, 85b-2, 86a-2, 86b-2, 89b-2, 92a-2, 92a-4, vI. 3a-4, vI. 3b-3, vI. 4b-1, vI. 4b-2, vI. 6b-1 ve 6b-2, vI. 8a-2, vI. 9b-2.

⁵⁵ "...Anola bt. Kostandin nâm zimmi avret canibinden babasından kalup Frenk Hisarında vâki' evde olan hisse-i şâyi'asının bey'ine zevci İbrahim b. Abdullah nâm kimesne vekil olduğu Ramazan Zerger ve Ahmed Zerger şehâdetleri ile sâbit olup..." (V. 5a-6)

⁵⁶ "...Seltane bt. Peşe nâm zimmiye avret kibelinden her husumetine zevci Kirako b. Andrenko nâm zimmi vekil-i mutlak olduğu Kostandin b. Paskal ve Rüstem b. Hüseyin şehâdetleri ile sâbit olup..." (86b-2)

⁵⁷ Ali Turan, "1815 Numaralı Trabzon Şer'îye Sicilinin Transkripsiyonu ve Hukuki Değerlendirmesi", İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 75.

düşünülmektedir⁵⁸. Dönemin ekonomik hayatının ve savaşların vazgeçilmez bir unsuru olmasından ötürü İslam hukukunda da yer bulmuş; ancak durumlarında iyileştirme yapılmış ve birçok azat etme yolu mevcut olmuştur⁵⁹. İslam hukukunda köleliğin kaynağı, savaş esirliği ve köleden doğmakla sınırlı tutulmuştur⁶⁰. Erkek esire abd veya memlük, kadın esire de eme veya cariyeye denilir⁶¹.

İncelediğimiz kayıtlarda Trabzon'da köleliğin mevcut olduğuna rastlıyoruz. Ancak defterin tamamı nazara alındığında köleliğin yaygın olduğu söylenemez. Kayıtlarda kadın köle, cariyeye lafzıyla ifade edilmiştir. Cariye alım-satımı⁶², cariyeye mülkiyetine ilişkin ihtilaflar⁶³ ve cariyenin tereke dâhilinde mirasçılara bırakılması⁶⁴ ile ilgili kayıtlar defterimizde mevcuttur. V.22a-1'deki kayıтта ise Trabzon dizdarı Haydar Ağa, kölesi olan ve Server adlı cariyesiyle nikahlandığı Gürcü asıllı İskender b. Abdullah adlı kölesinin, bir iş dolayısıyla darülharbe gittiğini ve orda mürted olduğunu iddia etmiş ve Server adlı cariyesini başka biriyle nikahlandırmaya icazet istemiştir. Müddeî, iddiasını iki şahitle ispatlamış ve kadı da, Server adlı cariyesini başka biriyle nikahlandırmaya icazet vermiştir. Burada aslında irtidat fiili kanıtlandığı için, evliliğin kendiliğinden feshi söz konusu olmuştur ve buna binaen icazet verilmiştir.

Kayıtlarımızda kölelik dışında, kişiler hukukuna ilişkin bir kayıt daha mevcuttur. Aişe bt. Gidya Hüseyin'in, bizzat mahkemeye gelerek "*bâliğa oldım diyü ikrâr idüp yemin-i billâh itdüğü*" sicile

⁵⁸ Hasan Tahsin Fendoğlu, **İslam Hukukunda Kölelik ve Cariyelik**, İstanbul, Beyan Yayınları, 1996, s. 25.

⁵⁹ Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 10. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2002, s. 85.

⁶⁰ Sava Paşa, **İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt**, C. II, Çev. Baha Arıkan, İstanbul, Kitabevi Yayınları, t.y., s. 339-340.; Fendoğlu, **İslam Hukukunda Kölelik ve Cariyelik**, s. 77.; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 235.; Üçok, Mumcu, Bozkurt, **a.g.e.**, s. 85.

⁶¹ Sabri Şakir Ansay, **Türk Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 79.

⁶² Bkz.: v. 60a-2, 77a-1, 79b-3.

⁶³ Bkz.: v. 36b-2.

⁶⁴ Bkz.: v. 36b-2, vI. 2b-2.

kaydedilmiştir⁶⁵. Mezbure Aişe'nin diğer bir kayıtta “baliğa” kabul edildiği ve vasisinde olan hakkını talep için vekalet verdiği görülmektedir⁶⁶.

3.4. Aile Hukuku

Nişanlanma, evlenme, boşanma, nafaka, vesayet ve hıdane ile ilgili kayıtları aile hukuku başlığı altında inceleyeceğiz. Kadınların en çok, bu saydığımız hususlara ilişkin kadı önüne geldiğini tahmin etmek zor olmasa gerektir.

3.4.1. Nişanlanma

İslam hukukunda bir tarafın karşı tarafa evlenme niyet ve arzusunu bildirmesine ‘hitbe’ adı verilmiştir⁶⁷. Bugünkü anlamda bir nişanlanma ilişkisi İslam hukukunda düzenlenmemişse de, erkek tarafından yapılan evlilik teklifine bazı hüküm ve neticeler bağlanmıştır⁶⁸. Yapılacak bir evlenme teklifinin geçerli olabilmesi için taraflar arasında muhtemel bir evlenme engelini olmaması ve aynı kadına daha önceden bir başkası tarafından yapılan bir evlenme teklifinin bulunmaması gerekir⁶⁹. Nişanlanlılık, taraflardan birinin isteği üzerine sona erer. Bu açıdan nişanlılık taraflara evlenme mecburiyeti yüklemeyiz⁷⁰. Nişanlılık sırasında verilen hediyeler Hanefi mezhebine göre hibe hükümlerine tabidir. Mevcutsa ve şekil değiştirmemişse iade edilir, buna mukabil harcanmışsa, tüketilmişse veya şekil değiştirmişse tazmini gerekmemektedir⁷¹.

⁶⁵ V. 84a-3

⁶⁶ “...Aişe bt. Hüseyin nâm baliğa kız meclis-i şer'a gelüp lâlâm olup mâl-ı mevrûsıma vasî olan Kubad b. Abdullah nâm kimesne zimmetinde şer'le sâbit ve zâhir olan hükûkümün talebi ve kabzı için işbu bâ'isü't-tahrîr kaynım Ağca b. Abdullah nâm kimesneyi vekîl nasb eyledim diyü ikrâr eyledikde mezkûr Ağca dahi vekâleti kabûl eyleyüp...” (v. 84a-4)

⁶⁷ Nuri Kahveci, **İslam Hukuku Açısından Nişanlılık**, İstanbul, Rağbet Yayınları, 2007, s. 25.

⁶⁸ Halil Cin, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1974, s. 46.

⁶⁹ **A.e.**, s. 47-48.

⁷⁰ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 265.; Kahveci, **a.g.e.**, s. 92.

⁷¹ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 265.; Kahveci, **a.g.e.**, s. 98.

V. 35a-2’de Andrenko adlı zimmi, Paşa adlı zimmiyeye birtakım hediyelerle nişan verdiğini; ancak gaibe gideceği için mezbureye nikahlanmaktan vazgeçtiğini ve verdiği hediyelerden de feragat ettiğini ikrar etmiştir. V. 54a-1’de Andrenko b. Kalfoz adlı zimminin kızı Salzane’yi akrabasından Lefter’e “*nâmzed*” eden Sozro Hallac adlı zimmi, Lefter’in bir yıldan uzun süre gaybe gidip geri dönmediği için “*mezbûre Salzane zikr olunan nişânı kabul itmeyüp ahar kimesneye adı varmalu olup ben dahi mezkûr Lefter’ün cemî’ da’vâsın üzerime aldım vekâleten nişân virdüğüm altun yüzüğü ve (...) ve yetmiş iki akça harç itdüğüm akçayı bi’t-tamam girü mezkûr Andrenko yedinden aldım kabz eyledim husus-i mezbûrdan zimmetini ibrâ ve ıskât eyledim diyü*” ikrar etmiştir. Yine v. 12a-4’te Konstandin adlı zimmi, Yori adlı zimmiyi “*kızunu oğluma almak için bir altun yüzük verdim kızını virmedin yüzüğimi taleb iderin diyü da’vâ*” etmiş, Yori de altun yüzüğü aldığını ikrar etmiş ve dava bu şekilde kayıt altına alınmıştır. V. 60b-3’te ise Bayram b. Abdullah, Kostan b. Lor(?) adlı zimminin Zoya(?) adlı kızını “*nikahlanmak için beş sikke-i altun ile bir altun yüzüğü nişan virmişdim hâliyâ mezbûre nikâhlanmaktan ve altundan ferâgat idüp bi-vechin mine’l-vücûh mezbûr ve kızı ile da’vâm ve nizâ’ım kalmadı beş altun ile bir yüzüğü ve verdiğim nişanı aldım kabz eyledim mutâlebât-ı bâkiden zimmetini ibrâ ve ıskât eyledim diyü ikrâr*” etmiştir. V. 62b-4’te Hadice bt. Ahmed, gaib olan oğlunun nişan vermiş olduğu bir çift bileziği talep etmiştir.

Aynı olayı konu alan v. 55b-3 ve 55b-5 bir hayli ilginçtir. V. 55b-3’te “*Hatune bt. Lefter bâkire-yi bâliğa zimmiyye bi-nefsihâ meclis-i şer’a gelüp Yanol b. Alagöz ve diğer Yanol b. Kabilcik nâm zimmîler bana tezvîc olmasına talepleri olup ben dahi mezkûr Yanol Alagöz’e rızâm yokdur ve ihtiyarım mezkûr Yanol Kabilcik’e nikâh olmakdır*” diye ikrarda bulunmuştur. V. 55b-5’te ise Hatune adlı zimmiyenin daha önce Yanol Alagöz’den gelen altın yüzüğü “*alup kabul idüp parmağına geçürdüğü ba’de’l-inkâr ve’l-istişhâd Manol b. Liyo ve Kirako Maskot nâm zimmîler şehâdetleri ile sâbit*” olmuş ve “*sıhhat-i icâb ve kabule hükm*” hükmolunmuştur. Bu kayıtlarda iki evlenme teklifinden, İslam

hukukuna da uygun olarak ilkinin sıhhatine hükmedilmiştir. V. 17a-1'de de Malik Alagoyan nâm zimmî mahkemeye gelmiş ve Maçuka Kotil nâm karyeden Kostandin Lovan(?) nâm zimmîye bazı esbab verip Lanbana(?) adlı kızını, oğlu Lefter nâmzed ettiğini söylemiş ve Kostandin'in ölümü üzerine kızın annesinin, kızını başka bir zimmiye nikâh etmek istediğini belirterek “*ben hâzır olmayınca nikâh olunmaya*” şeklinde ikrarda bulunmuştur.

Nişanlanma hususuna ilişkin olarak değineceğimiz son kayıt v. 70a-4'tür. Burada “*Karaca b. Abdullah nâm sipahi Saru b. Abdullah nâm sipahiye meclis-i şer'a ihzâr idüp bundan akdem mezkûr Saru'ya hayli akça ve esbâb virüp Emine nâm kızını Mehmed nâm oğluma nâmzed idüp hâliyâ taleb itdükde virmez diyü da'vâ*” etmiştir. Saru ise “*merkûme kızım akile ve baliğa olup mezkûr Mehmed'e varmağa razı değildir*” diye cevap vermiş ve bunun üzerine “*kıbel-i şer'den Mahmud el-bevvâb ve İskender el-kayyum varup mezbûre Emine'den istifsâr itdüklerinde karındaşım İbrahim kime dilerse ben ana varurum diyü cevap*” almışlardır. Bu kayıta kız babasının “*merkûme kızım akile ve baliğa olup mezkûr Mehmed'e varmağa razı değildir*” şeklindeki cevabı ilgi çekicidir. Görüldüğü üzere zoraki evlendirme söz konusu edilmemiş, kızın görüşünü almak için iki kişi görevlendirilmiştir.

3.4.2. Evlenme

Defterimizde doğrudan evlenme akdini konu alan sadece iki kayda rastladık⁷². İslam hukukunda evlenme akdinin devletin veya yetkili bir makamın müdahalesinden uzak tutulmaya çalışılması⁷³, kuşkusuz bu durumun en büyük sebebidir.

V. 80b-3'te “*Güzel Ağa bt. İlyas nâm bıkır-i bâliğa kıbelinden İskender b. Abdullah ve Ahmed b. Abdullah nâm kimesneler şehâdetleri ile sâbitü'l-vekâle vekil olan Hasan b. İlyas nâm kimesne meclis-i şer'a*” gelmiş ve “*mezbûre müvekkiletesin işbu bâ'isü't-tahrîr Bayburdlu*

⁷² V. 80b-3, 84a-5.

⁷³ Halil Cin, Ahmet Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, C. II, İstanbul, OSAV Yayınları, 1996, s. 83.

Mehmed b. Kasım nâm kimesneye bin Osmâni akça mehr-i müeccel ile tezvîc” etmiştir. Bunun üzerine “*mezkûr Mehmed dahi alup kabul idüp tarafeynden icâb ve kabul ile bi-hasebi’s-şer’ akd-i nikâh*” olunmuştur. Evlenme akdiyle ilgili bu kayıta mehir miktarının muayyen bulunması ve nikah akdinin vekalet verme yoluyla da kurulması güzel bir şekilde göz önüne serilmektedir. Yine v. 84a-5’te “*Torul’dan Mustafa b. Caberi(?) nâm kimesne meclis-i şer’a*” gelmiş ve “*Gidya Hüseyin’ün kızı Aişe’yi on bin akça mehr-i müeccel ile sâbıkân nikâhlatdım diyü ikrâr*” etmiş, “*mezbûre dahi vicâhen tasdîk*” etmiştir.

3.4.3. Boşanma

Boşanma (talak), sahih bir nikâh akdiyle birbirine bağlı olan eşlerin ayrılmasıdır⁷⁴. Talak hakkı temelde kocaya aittir; ancak koca karısına boşama yetkisi (tefviz-i talak) vermişse kadın da kendi iradesiyle boşanabilir⁷⁵. Koca talak hakkını bizzat kullanabileceği gibi, vekil veya elçi vasıtasıyla da kullanabilir. Kocanın karısına boşama yetkisi vermiş olması, kendi talak yetkisinin sona ereceği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla kocanın kendi talak yetkisi daima söz konusu olmaktadır⁷⁶.

Belirttiğimiz üzere boşanma hakkı temel olarak kocaya verilmiştir. Boşanma yollarından bir tanesi de anlaşarak boşanma demek olan ve kadının erkeğe vereceği bir bedel karşılığında karşılıklı rıza ile meydana gelen muhala’adır⁷⁷. Kadın tarafından erkeğe belirli bir bedel ödenebileceği gibi, bu bedel mehir ve nafaka haklarından feragat etme şeklinde de gerçekleşebilir⁷⁸.

⁷⁴ Batıl ve fasid nikah yok hükmünde olduğundan dolayı, böyle bir durumda boşanma muamelesine gerek yoktur. (Ömer Ferruh, **İslam Aile Hukuku**, Çev. Yusuf Ziya Kavakçı, 2. b.s., İstanbul, Sebil Yayınları, 1994, s. 137.)

⁷⁵ Abdussamet Bakkaloğlu, “Tefviz”, **DİA**, C. 40, İstanbul, 2011, s. 310-311.; Ahmet Yaman, **İslam Aile Hukuku**, 8. bs., İstanbul, MÜİF Vakfı Yayınları, 2011, s. 77; Halil Cin, Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, 4. bs., Ankara, Sayram Yayınları, 2011, s. 168.

⁷⁶ Mehmet Akif Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, İstanbul, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1985, s. 37.

⁷⁷ Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, s. 42.; Yaman, **a.g.e.**, s. 90.; Ferruh, **a.g.e.**, s. 146-147.

⁷⁸ Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, s. 42.; Ferruh, **a.g.e.**, s. 147.

Boşanma, şartsız olabileceği gibi, evlenmenin aksine şarta veya vadeye de bağlanabilir. Talak geciktirici bir şarta veya vadeye bağlanmışsa, şartın gerçekleşmesi veya vadenin gelmesi üzerine hüküm doğurur. Şartlı talakın yemin yerine kullanılması durumu da hukukçuların çoğunluğuna göre şartlı talak sayılmaktadır⁷⁹.

Defterimizde doğrudan talak ile ilgili dört kayıt bulunmaktadır. V. 10a-4'te Ayo Sofya Mahallesi'nden İskender adlı muhtedi mahkemeye gelerek, "*bundan akdem taht-ı nikâhında olan () avretimi tarih-i kitâbetden dört ay evvel bâin talak virdüm benden boşdur diyü ikrâr*" etmiştir. V. 26a-2'de ise Ferhad b. Yori el-mühtedî, Müslüman olmadan evvel zevci olan Arin bt. Nikita adlı zimmi kadını, kendisi Rum iline çalışmaya gittiğinde hilaf-ı şer' nikâhına alıp tasarruf eden Kostandin b. Lazar adlı zimmiyi "*hâliyâ girü geldüm mezbûre avretimi taleb iderin diyü*" dava etmiştir. Kostandin ise Ferhad'ın zevcesini yedi yıl nafakasız ve kisvesiz koyduktan sonra mezbureye boş kâğıdı ile şahidler gönderdiğini ve o zaman medropolidleri olan rahibin talaka hükmettiğini ve böylece mezbureyle kendisinin evlendiğini söylemiştir. Ferhad iddiaları inkâr etmiş ve arabulucuların vasıtasıyla davadan "*hüsn-i ihtiyârî ile ferâgat*" etmiş ve "*mezbûreyi üç talâk*" boşamıştır. Yine talakla ilgili bir diğer kayıta Server bt. Abdullah ve onu boşayan İlyas, karşılıklı olarak birbirlerinden maddi taleplerde bulunmuşlardır⁸⁰.

Talak ile ilgili son olarak şartlı talakın söz konusu olduğu v. 50a-2'deki kayda değineceğiz. Bu ilamda Güreşçi Ahmed b. Hasan adlı kişi bir daha şûrb-i hamr etmeme hususunda Hesnâ bt. Pervane adlı avretine

⁷⁹ Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, s. 41.; Cin, Akgündüz, **a.g.e.**, s. 113.

⁸⁰ "*Vech-i tahrîr-i hurûf budur ki Server bt. Abdullah nâm avret mukaddemân zevci olan İlyas nâm kimesneyi meclis-i şer'a ihzâr idüp eyitdi ki bundan akdem bana talâk virdikde iki yüz akça virecek olup yüz akçasın virüp ve yüz akçasın virmedin idi hâliyâ taleb iderin didikde mezbûr İlyas ikrâr birle cevap virüp eyitdi ki benim sana yüz akça vireceğim vardır amma benim dahi senin katında esbâbım kalmışdır vir didikde mezbûre Server cevap virüp eyitdi ki senin bende esbâbın kaldıysa benim dahi sende bir çift altın küpe ve kaftânımı bey' idüp kıymeti bana virmedin didikde muslihun tavassut idüp mezbûr İlyas'dan yüz akçayı mezbûreye alvirilüp ve bâki da'vâ ve taleb itdiklerinden ikisi ferâgat idüp birbirlerinin zimmetlerini ibrâ ve iskât idüp vâzgeldiklerinde kazıyye bi't-taleb sebt-i sicil olındı fî 19 Zilkade sene 962.*" (v1. 9a-3)

bain talak şart koşmuş; ancak bu şartını yerine getirmeyerek tekrar şarap içmiştir. Hesnâ da talakın gerçekleştiği hususunda kadıya müracaat etmiş, Güreşçi Ahmed'in inkârı üzerine iddiasını iki şahitle ispatlamış ve kadı da talaka hükmetmiştir. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre bu şekilde yapılan şartlı talakın muteber olduğu hususunu daha önce ifade etmiştik. Bu ilamda da şartın gerçekleşmesi üzerine mahkeme boşanmaya hükmetmiştir.

Boşanma içeren hükümlere baktığımızda, muhalaa ile yapılan boşanmaların nispeten fazla olduğu görülmektedir. Bu tür boşanmaların doğrudan maddi talepler içermesi, tarafların muhalaaı kayıt altına alma gerekliliğine yönlendirmiş olabilir. Zira boşanma, mahkeme önünde yapılması zorunlu olmayan bir işlemdir. Bu tür işlemlerin mahkeme önüne getirilmesindeki maksat, doğması muhtemel ihtilaflar için hukuki güvenceye sahip olma hususu olsa gerektir.

Doğrudan muhalaa işleminin söz konusu olduğu 13 kayda rastladık⁸¹. Kayıtlara bakıldığında, genellikle kadınların mehir ve nafakadan feragat etmeleri veya bu hususlara ek olarak, çocuk varsa çocuğun bakımını üzerlerine almaları ve erkeklerin de bunlara karşılık olarak talak vermeleri şeklinde muhalaa'nın gerçekleştiği görülmektedir. Kayıtlarda muhalaa işlemi genellikle aynı şekilde gerçekleştiği için bütün kayıtları teker teker değinmeyip, birkaçına örnek mukabilinde değineceğiz.

V. 37a-1'de Mustafa b. Hızır mahkemeye gelmiş ve “*zevcim olan Hesnâ bt. Abdullah nâm avret mehr-i müeccelinden ve nafaka-yı iddetinden ferâgat iderse ben dahi talak virürün*” teklifinde bulunmuş ve Hesnâ'nın “*mehr-i müeccelimden ve nafaka-yı iddetimden ferâgat eyledim*” şeklindeki ikrarı üzerine Hesnâ'yı bain talak boşamıştır. Aynı şekilde v. 59b-5'te de Abide bt. Rüstem'in babası, kızına vekaleten mahkemeye gelmiş ve “*müvekkilettem Âbide'nün zevci olan Yunus Beg b. Abdullah nâm kimesne mezbûreye talâk virmek üzre mezbûrenün mehr-i*

⁸¹ V. 17b-3, 18a-1, 28a-3, 37a-1, 50b-2, 59b-5, 61b-3, 75a-2, 81a-3, 87a-3, 89a-4, 89b-1, vI. 4a-2.

müeccelinden ve nafaka-yı iddetinden ferâgat idüp mezkûrun zimmetini ol deynden ibrâ ve iskât eyledim diyü ikrâr” etmiş, Yunus Beg’e vekil olan İskender de Abide’yi “*müvekkili Yunus Beg kibelinden bâîn talâk*” boşamıştır. Başka bir kayıttta ise Başa bt. Cüneyd’e vekalaten babası Cüneyd b. Allahvirdi mahkemeye gelmiş, müvekkilinin haklarının bir kısmından feragat ettiğini ve çocuğun bakımını üstlendiğini belirterek talak istemiştir⁸².

Muhalaa kayıtlarında kimi zaman kadının kocasından haklarının (iddet nafakası, mehir vb.) belli bir kısmını aldığı ve kalan diğer haklarından feragat ettiği vakidir⁸³. Mesela v. 89a-4’te kendisine bain talak verilen Mariya bt. Kostandin, nafaka-yı iddeti ve mehr-i müecceli için zevci Hasan b. Abdullah’tan üç yüz akça almış, bakisinden de feragat etmiştir. V. 28a-3’te ise Müezzîn Â’mâ Memi adlı kişi mahkemeye gelmiş ve kızı Emine’yi beş bin akça mehr-i müeccel ile Mevlânâ Muhiddin’e nikâhladığını; ancak zıfâf gerçekleşmeden pişman olduğunu belirterek mehir bedelinin yarısını alarak muhalaa isteminde bulunmuştur⁸⁴.

⁸² “...Başa bt. Cüneyd nâm avret kibelinden Hacı Yusuf b. Abdullah ve Mehmed b. Ramazan nâm kimesneler şehâdetleri ile sâbitü'l-vekâle vekil bi'l-ikrâr el-âti zikre vekil olan babası mezkûr Cüneyd b. Allahvirdi nâm kimesne meclis-i şer'a gelüp müvekkiletem olan mezbûre kızım Başa'nın işbu bâ'isü't-tahrîr zevci olan Hamza Şeyh b. Abdullah nâm kimesne zimmetinde olan mehr-i müecceli ve nafaka-yı iddeti ve sâir mutâlebâtı için alâ tarîki'l-musâlaha mezkûr Hamza Şeyh yedinden yüz elli akça bedel-i sulh alup kabûl ve kabz idüp bâkî zikr olu[nan] [me]hr-i müecceli ve nafaka-yı iddeti da'vâsından ferâgat idüp min külli'l-vücûh zimmetini ibrâ ve iskâf[t] eyledim min ba'd mezbûr Hamza Şeyh'den mütevellid oğlu bilâ nafaka velâ kisve besleyecek oldım diyü ikrâr itdikde mezbûr Hamza Şeyh kibelinden oğlu Mustafa ve Hacı Yusuf şehâdetleri ile talâk virmege müsbet ve müseccel vekili olan Abdulkadir Çelebi b. Mevlânâ Abdullah dahi bâyin talâk virüp boşadım diyü ikrâr eyledi tarafeynün berâet-i zimmeti tescil...” (v. 89b-1)

⁸³ V. 28a-3, 89a-4, 89b-1, vI. 3a-4.

⁸⁴ “*Vech-i tahrîr-i hurûf budur ki müezzîn Â'mâ Memi meclis-i şer'a gelüp hâliyâ Emine nâm sagîre kızımı işbu bâ'isü't-tahrîr mevlânâ Muhiddin'e beş bin akça mehr-i müeccel ile akd-i nikâh itdükden sonra kable'd-duhûl husûs-ı mezbûrde benim kendü nefsimden nedamet gelüp mezkûrden talâk taleb idükde Müslümanlar araya girüp ben dahi zikr olunan mehr-i müeccel beş bin akçanın nısfı olan iki bin beş yüz akçayı Mevlânâ Hâfîz el-mezbûrden alup kabz eyleyüp ve mezbûre kızım Emine'nin mut'asından ve nafaka-i iddetinden ferâgat eyleyüp Hâfîz el-mezbûrun zimmetini ibrâ ve iskât eyledim bu husûsda her ne lâzım olursa ben bu yanuma alup zamân-ı derek oldım bu şartla ki*

Kimi zaman muhalaanın, kocanın karısının nafakasını tedarik etmemesi sebebiyle gerçekleştiği görülmektedir⁸⁵. V. 61b-3'te Hatune bt. Mustafa, “zevci olan İlyas b. İskender nâm baliğ oğlanı meclis-i şer‘a ihzâr idüp benüm nafakamı ve kisvemi tedarik itmeyüp ve süknâkı dahi olmayup ziyade muztarreyin mehr-i müeccelinden ve nafaka-yı iddetimden ferâgat eyledim bana talâk vir diyü da‘vâ” etmiş, “mezkûr İlyas dahi meclis-i şer‘de mezbûreye bâîn talâk virüp boşadım diyü” ikrarda bulunmuştur. Yine v. 81a-3'te Fatıma bt. Bekir, Hamza b. Abdullah adlı zevcini “beni bilâ nafaka velâ kisve koyub senden naşize oldım mehr ve nafaka-yı iddetimden vazgeldim mukâbelesinde bana talâk virsün” diye dava etmiş, mezkûr Hamza da “meclis-i şer‘de mezbûre Fâtıma'ya talâk virüp boşadım diyü ikrâr” etmiştir.

3.4.4. Nafaka

Evlilik içinde kocanın eşi ve çocukları için yüklendiği geçim masraflarına nafaka denilmektedir⁸⁶. İslam hukukunda kocanın karısının yiyecek, giyecek, mesken ve hizmetçi gibi ihtiyaçlarını karşılaması zorunludur⁸⁷. Kocanın zengin veya fakir olması, iktidarsız ya da kocalık görevini yerine getiremeyecek kadar küçük olması; aynı şekilde kadının zengin veya fakir, müslüman veya gayrimüslim olması, yaşının çok büyük veya küçük olması nafaka sorumluluğuna engel değildir⁸⁸. Hatta kocanın hapiste veya gaip olması da nafaka yükümlülüğünü sona erdirmez⁸⁹. Nafaka alamayan kadın hakime müracaat ederek nafaka takdir edilmesini talep edebilir. Buna rağmen nafaka sorumluluğu yerine getirilmediği takdirde cebr-i icra yoluyla nafakasını tazmin edebilir⁹⁰.

mezbûre kızıma talâk vir diyü ikrâr itdükde mezkûr Mevlânâ Hâfız Muhiddin dahi mezkûr müezzîn Memî'yi ikrârında vicâhen tasdik ve mezbûre Emine'yi bâîn talâk boşayup kazıyye bi't-taleb sebt-i sicil olındı fi 28 Zi'l-hicce sene 964.”

⁸⁵ V. 61b-3, 81a-3.

⁸⁶ Yaman, **a.g.e.**, s. 183.

⁸⁷ Cin, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, s. 196.; Ferruh, **a.g.e.**, s. 106.

⁸⁸ Cin, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, s. 196.; Ferruh, **a.g.e.**, s. 106.

⁸⁹ Ferruh, **a.g.e.**, s. 106.

⁹⁰ Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, s. 33.; Ekrem Buğra Ekinci, **Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk**, 2. bs., İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2012, s. 447.

İslam hukukunda nafaka, şu bağlardan biri ile erkeğe bağlı bulunan kimselere düşmektedir. Birincisi akrabalık bağı ile teşekkül eden nafakadır ki, karı, usûl ve fûru içerisinde bulunanlara sağlanan nafakadır. İkincisi mülkiyet bağıyla kişiye bağlı olan köle ve hizmetçilerin nafakasıdır. Üçüncüsü de boşanmış kadının iddet süresi içinde kendine ve kocasının çocuklarına bakması için sağlanan nafakadır⁹¹. Erkek çocukların nafakası, çocuk fakir, aciz, hastalıklı veya deli olmadıkça rüşt yaşlarına kadar; kız çocukların nafakası da evlendikleri vakte kadar devam eder⁹².

Nafakaya ilişkin kayıtlar değerlendirdiğinde, kadınların mahkemeye gelerek kendilerinin veya çocuklarının nafakasını temin etmeyen kocalarından nafaka talebinde buldukları görülmektedir. Boşanma bahsinde de değindiğimiz üzere, bazı kadınların nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyen kocalarını dava edip boşanma talebinde buldukları görülmektedir. Yine muhalaaya ilişkin örneklerin tamamında iddet nafakasından feragat söz konusudur. Bu hususlara daha önce değindiğimiz için burada zikretmekle yetiniyoruz.

V. 3b-2'de Fâtıma bt. Abdullah, daha önce kendisine talak veren muhtedi Bayram b. Bereşkova'dan, Rüstem adlı sagir çocuğuna günde iki akça nafaka takdir edildiğini ve Rüstem'in yedi ay yaşadktan sonra vefat ettiğini belirterek günlük iki akçadan hesaplanmak üzere yedi aylık nafaka bedelini talep etmiştir. Mezkur Bayram ise "*sagîr-i mezkûra takdir olunan nafaka yevmi bir akça olup sagîr-i mezkûr nafaka takdir olunduğı tarihten üç ay hayatda olup andan vefat eyledi borcum bu babda doksan akçadır diyü*" ikrar etmiştir. Bu kaydın devamına v. 5b-3'te rastlıyoruz. Burada davacı, mahkemede beş aylık nafaka bedelini aldığını ve davalı ile haklaştığını ikrar etmiştir. V. 59a-6'da ise Elena bt. Lefter mahkemeye gelmiş ve "*müteveffâ zevcim olan Mehmed b. Abdullah nâm kimesneden mütevellid Bayram nâm bir buçuk yaşında yetimin nafakaya sâlih nesnesi olmayup babasından müntakil emlakdan nafakaya takdir olunmasını*

⁹¹ Ferruh, a.g.e., s. 106.

⁹² A.e., s. 108.

taleb” etmiş, mahkeme de günlük yarım akça nafaka takdirinde bulunmuştur.

Bazı kayıtlarda gaib olan kişinin zevcesi tarafından kendisine veya kendisiyle birlikte çocuklarına nafaka takdir edilmesi için mahkemeye başvurulduğunu ve durumun sabit olması halinde, gaib olan eş üzerine borç olmak üzere nafaka takdir edildiğine rastlıyoruz⁹³. Mesela v. 83b-6’da “*Aişe bt. Yahya Giresunî canibinden validesi meclis-i şer’a gelüp hâliyâ güveyigüm olan Hasan b. Hamza Harol nâm kimesne gaibe gidüp mezbûre kızımı bilâ nafaka velâ kisve koyub kibel-i şer’den nafaka takdîr olunmasını talep iderin didükde ehl-i vukûfdan tefahhus olındıkda fi’l-vâki’ didüğü gibi olup kibel-i şer’den mezbûra yevmi bir buçuk akça gâib-i mezbûr zimmetinde deyn olmak üzre nafaka takdîr*” olunmuştur. V. 30b-1’de de kendisi ve çocuğu hakkında nafaka takdiri isteyen Hesnâ’nın talebi olumlu bulunmuş ve takdir edilen bu nafakanın “*kendünün ve sagîr mezkûr oğlunun nafakasına ve kisvesine ve sâir havâic-i zarûriyyesine sarf idüb ba’de zaman vakt-i fırsatda*” kocadan talep edilmesine hükmedilmiştir. Aynı şekilde v. 30b-2’de Fatıma bt. Abdullah mahkemeye gelerek “*zevcim olan Mustafa b. Abdullah nâm kimesne iki yıldan ziyadedir ki beni ve benden mütevellid Aişe nâm sagîre kızını bilâ nafaka velâ kisve koyup gaybe gitti diyü allem idüp nafaka takdîr olunmasını talep*” etmiş ve ikisine günlük bir akça nafaka takdir edilmiştir.

V. 71b-4’te Bereşkovi bt. Bereşkova Yedroblo adlı kadın, daha önce kendisine talak veren Kirazi b. Pereşkova adlı zimmiyi “*zimmetinde nafaka-i mukadderemden hayli hakkım*” vardır diye dava etmiştir. Arabulucuların araya girmesiyle sulh yapılmış ve Bereşkovi, nafakası için üç yüz akça sulh bedeli almıştır.

Bu hususla ilgili olarak değineceğimiz son kayıt bir hayli ilginçtir. V. 75b-2’ de Galni bt. Sozro adlı zimmiye mahkemeye gelmiş ve “*işbu yedimde olan Mehmed b. İskender nâm sadrî sagîr dört yaşında oğlumun asla mâl-ı mevrûsı olmayup ve ben dahi fakir olmağın mezkûr sagîri*

⁹³ Bkz.: v. 30b-1, 30b-2, 83b-6.

beslemeğe kâdir olmadığım ecilden işbu bâ'isü't-tahrîr Karamanlu Bakkal Süleyman b. Halil nâm kimesneye teslim” eylediğini söylemiştir. Süleyman'ın çocuğu kabul etmesi üzerine mahkeme çocuk için günü yarım akça olmak üzere nafaka takdir etmiş, bu bedelin Süleyman'ın kendi malından, çocuk üzerine borç yazılmak suretiyle harcanmasına ve sarfedilen nafaka bedelinin vakti gelince çocuktan talep edilmesine icazet vermiştir. Bu son kayıt günümüz hukukundaki evlatlık ilişkisine benzemekteyse de böyle bir durum söz konusu değildir. Zira evlatlık ilişkisi, İslam hukukunda hukuken geçerli ve kendisine hukuki sonuçlar bağlanan bir ilişki olarak değerlendirilmemektedir⁹⁴. Rüşt çağına gelinceye kadar çocuğun bakımı çocuğu kabul eden kişilerce yapılacak, sarfedilen masraflar için de çocuklara rücu edilecektir.

3.4.5. Mehir

Erkeğin evlenirken kadına verdiği veya ilerde vermeyi taahhüt ettiği mal veya paraya mehir denmektedir⁹⁵. Mehir nikâhın şartı değil, neticesidir. Bu sebeple evlilik anında tespit edilmezse ya da mehir verilmeyeceği kararlaştırılsa dahi nikâh akdiyle birlikte kadın mehre hak kazanır⁹⁶. Mehrin miktarı Hanefilerde en az on dirhem iken Malikilerde en az üç dirhemdir. Şafii ve Hanbeli mezheplerinde mehrin asgari sınırı hususunda bir miktar belirlenmemiştir⁹⁷.

Tarafların üzerinde anlaşmaya vardıkları mehre mehr-i müsemma, kızın babası tarafındaki benzer özellikli kadınlara bakılarak belirlenen mehre ise mehr-i misil denilmektedir. Mehr-i misil evlenme sırasında mehir belirlenmediğinde veya belirlenen mehir geçersiz olduğunda söz konusu olmaktadır⁹⁸. Ayrıca mehrin tamamının veya bir kısmının peşin verilmesi kararlaştırılmışsa bu mehre mehr-i muaccel; tamamının veya bir kısmının verilmesinin sonraya bırakıldığı mehre de mehr-i müaccel

⁹⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 304.

⁹⁵ Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, s. 210.; Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 31.; Ferruh, *a.g.e.*, s. 90.; Yaman, *a.g.e.*, s. 61.

⁹⁶ Ekinci, *a.g.e.*, s. 446.

⁹⁷ Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 31.; Ferruh, *a.g.e.*, s. 90.

⁹⁸ Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 31-32.; Ferruh, *a.g.e.*, s. 90-91.

denmektedir⁹⁹. Mehr-i müeccelin ödeme tarihi belirlenmişse mehir bu tarihte, belli değilse de ölüm veya ayrılıktan hemen sonra ödenir¹⁰⁰.

Boşanma bahsinde değindiğimiz muhalaa kayıtlarına bakıldığında, kadınların mehir-i müeccel haklarından feragat ettikleri görülmektedir. Dolayısıyla bu kayıtlara yeniden değinilmeyecektir. Mehir hususuna ilişkin incelediğimiz kayıtların tümü mehir-i müeccel türündendir. Kadına sonradan verilmek üzere belirlenen bu mehir, ya kocanın ölümüyle miras davasıyla birlikte¹⁰¹ ya da boşanma sonrası¹⁰² talep edilmiştir. Zaten daha önce değindiğimiz üzere müeccel mehrin ölüm veya ayrılıktan hemen sonra ödenmesi gerekmektedir. Kimi zaman ölen bir kadının çocuklarının, ebeveynlerinin veya kardeşlerinin de miras hisseleriyle birlikte mehir-i müeccel talebinde buldukları görülmektedir¹⁰³. İki adet kayıt ise bir nikâh akdinin yapılmış olduğuna ilişkindir ve bu kayıtlarda mehir-i müeccel miktarı da ikrar edilmiş¹⁰⁴.

Kayıtların geneli birbirine benzediği için dipnotlarda verdiğimiz kayıtların sadece birkaçını örnek olarak göstereceğiz. Genelde kocaları ölen kadınlar veya ölen bir kadının yakınları miras hisseleriyle birlikte mehir talebinde de bulunmakta ve kayıtların tamamına yakını sulh ile sonuçlanmaktadır. V. 33b-2'de Beşe bt. Abdullah, ölen kocasının muhalefatından kendisine ait hissesi ve mehir-i müecceli için üvey oğlunun vasisini dava etmiş ve taraflar arasında 465 akça karşılığında sulh sağlanmıştır. Mehir ve diğer miras hisselerinin talebi için kadınların kimi zaman vekâlet verdikleri de vakidir¹⁰⁵.

V. 34b-b-2'de Fatıma bt. Abdullah, ölen annesinin mehir-i müeccelini ve annesinden kendisine kalan miras hissesini zevcesi olan Hüseyin'den dava ve talep etmiştir. V. 70a-1'de Şah Paşa adlı kadın

⁹⁹ Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, s. 32; Ferruh, **a.g.e.**, s. 91.

¹⁰⁰ Ekinci, **a.g.e.**, s. 446.

¹⁰¹ Bkz.: v. 32b-2, 33a-3, 34b-b-2, 39b-4, 41b-3, 51b-3, 55a-2, 53a-3, 58b-4, 70a-1, 74b-3, 86b-4; vI. 3b-3, vI. 6b-2, vI. 8a-1, vI. 8a-2.

¹⁰² vI. 4b-2.

¹⁰³ Bkz.: v. 34b-b-2, 70a-1, 86b-4; vI. 6b-2.

¹⁰⁴ Bkz.: v. 80b-3 ve 84a-5.

¹⁰⁵ Bkz.: v. 33a-3, 41b-3, 51b-3, 55a-2, 53a-3, 74b-3.

mahkemeye gelmiş ve “*müteveffiyeye Aynî bt. Murad nâm kızımın mehr-i müeccelinden ve sair külliyyen muhâllefatından ba'de'l-hesâb bana südüs hisse sekiz yüz akça âyid ve müteveccih oldıkda meblâğ-ı mezbûri müteveffiyeye-i mezbûrenün zevci olan işbu bâ'isü't-tahrîr Halil b. Murad yedinden bi't-tamâm alup kabûl ve kabz idüp mutâlebât-ı bâkîden ferâgat*” ettiği ikrarında bulunmuştur. V. 86b-4'te ise Mehmet ve İskender adlı kardeşler ölen kız kardeşlerinin iki yüz akçalık mehr-i müeccelini ve ondan kendilerine kalan diğer haklarını kocası Ali'den talep etmiş; ancak mezkur Ali, bu hakların daha önce kayınpederinin talep ettiğini ve bu hususla ilgili 100 akçaya sulh ettiklerini ispatlamıştır. VI. 6b-2'de de de Yâr Ali Ağa ve zevcesi Hesnâ'ya vekâleten Mevlânâ Mehmed Sûfi el-Îmâm mahkemeye gelmiş ve müvekkillerinin ölen kızı Aynî'nin mehr-i müecceli ve diğer muhâllefatından kendilerine kalan toplam 7100 akçayı, Aynî'nin kocası Mehmed Çelebi b. Derzibaşı'dan tastamam alıp kabz ettiğini ikrar etmiştir.

O dönemde verilen mehir miktarlarına bakıldığında kimi zaman yüksek miktarda mehir bedelinin verilmiş olduğuna şahit oluyoruz. Mesela v. 84a-5'te Aişe adlı kızın 10000 akça mehr-i müeccel ile nikâhlandığı görülmektedir. Yine v. 80b-3'te Güzel Ağa bt. İlyas 1000 Osmani akça mehr-i müeccel ile nikâhlanmıştır. vI. 8a-1 ve 8a-2'de ise kocasından kalan muhâllefata ilişkin olarak dava edilen Şezâde bt. Haydar'ın da 10000 akça mehr-i müeccel ile evlendiği kayıttan anlaşılmaktadır.

3.4.6. Vesayet

Vesayet, İslam hukukunda eda ehliyeti bulunmayan veya eksik olan kimselerin himaye edilmesi ve mallarının yönetilmesine ilişkin yetki ve sorumluluğu ifade eder¹⁰⁶. Bir kimsenin vasisi babasıdır. Babası bulunmadığı takdirde onun tayin ettiği kişi, baba kimseyi tayin etmemişse dedesi, dede yoksa dedesinin tayin ettiği vasi veya bunun vasisidir¹⁰⁷. Vasinin her zaman erkek olması bir zorunluluk değildir. Asabe velilerden

¹⁰⁶ Ali Bardakoğlu, “Vesayet”, DİA, C. 43, s. 46.

¹⁰⁷ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 226-227; Ekinci, *a.g.e.*, s. 411.

sonra bu hak anaya geçeceği gibi, Osmanlı hukukunda ekseriyetle görüldüğü üzere babadan sonra hakimın anneyi vasi tayin etmesi daima mümkündür¹⁰⁸. Hakimın tayin ettiği vasi “vasi-i mansub”, baba veya dedenin tayin ettiği vasi ise “vasi-i muhtar” olarak adlandırılır¹⁰⁹.

Vasî, vesayeti altındaki çocuğun, akıl hastasının veya sefihin mallarını idare eder. Vesayeti altındaki kişinin lehine olan işlemleri serbestçe yapabilir; ancak sırf aleyhine olan hibe gibi işlemleri yapamaz. Hem lehine hem de aleyhine sonuç doğurabilecek işlemleri de gabn-i fahiş bulunmaması şartıyla yapabilir¹¹⁰.

1815 Numaralı Trabzon Şer‘iye sicilindeki kayıtlar nazara alındığında, vasilik görevinin ekseriyetle erkekler tarafından yapıldığı görülmektedir. Sadece birazdan değineceğimiz birkaç kayıтта vasilik görevini kadınlar yerine getirmiş ve bu kadınların tamamının zimmi olduğu anlaşılmıştır.

V. 11a-4’te Aleks b. Kara Mihal’in vasisi olan annesi Melika bt. İvan, kocasının miri arpayı tevdi etmemesi sebebiyle dava edilmiştir. Melika iddiaları inkar etmişse de, davacılar iddialarını şahitle ispatlamıştır. Bu kayıтта vasilik görevini yerine getiren annenin, vesayet yetkisine binaen davayı yürüttüğü görülmektedir. V. 23b-3’te Nikola, Manol ve Andon nâm zimmîlere vasiyy-i muhtâr olan ebeleri Mustiye bt. Nikola Vasilik adlı kadın Aydan Ari bt. Nikola adlı kadını “*bundan akdem mezbûrûn yetimler malından senün zevcin olan Estefano b. Amir nâm zimmîye bin akça karz-ı hasen virdim idi ol vefât idüp cümle malın sen zabt itdün hâliyâ taleb iderin diyü da‘vâ*” etmiştir. Davalının inkarı üzerine ise iki şahitle iddiasını ispatlamıştır. Burada vasilik görevine ifa eden kadının idare ettiği malvarlığından 1000 akçalık borç vermiş olması dikkate şayandır. Son olarak v. 53b-2’de “*Serandno b. Zakarya nâm müteveffâ zimmînün Yani ve Frankoza ve Kolkana nâm eytâm-ı sigârına*

¹⁰⁸ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 227.

¹⁰⁹ Bardakoğlu, “Vesayet”, s. 68.

¹¹⁰ Abdülkerim Zeydan, **İslam Hukukuna Giriş**, Çev. Ali Şafak, İstanbul, Kayıhan Yayınları, 2011, s. 453.

ebeleri işbu bâ'isü't-tahrîr Eksasi bt. Sozos nâm zimmîye avret kibel-i şer'den vasi nasb" olunmuştur. Mahkemece vasi nasbedilen Eksasi adlı kadın, v. 53b-3'te vesayeti altındaki yetimlerin bazı malları için istihkak davası açmış ve davanın sulh ile sonuçlanması üzerine 50 akçalık sulh bedeli almıştır.

3.4.7. Hıdane

İslam hukukunda küçüklerin ve bu hükümde olanların gerektiği şekilde büyütülüp yetiştirilmesi, korunması ve eğitilmesi amacıyla belli şahıslara tanınan hak, yetki ve sorumluluğa hıdane denmektedir¹¹¹. Çocuğun bakım ve terbiyesi görevini evlilik süresince baba ve anne müşterek olarak ifa eder. Karı kocanın ayrılması durumunda ise, çocuğun bakım ve terbiyesindeki öncelik hakkı başkası ile evli olmayan anneye verilmiştir¹¹². Eğer anne yoksa veya bir sebeple bu görevi yerine getiremiyorsa bu görev annenin kadın akrabaları tarafından yerine getirilir¹¹³. Hıdane hakkı kime verilirse verilsin, kocanın nafaka yükümlülüğü yine devam etmektedir.

Defterimizde hıdane ile ilgili 3 kayda rastlanmıştır¹¹⁴. V. 15b-3'te Şâhî bt. Abdullah, kendisine talak veren Rüstem Kethüda b. Abdullah'ı, kendisinden olan dört yaşındaki kızını kendisi başkasıyla evlenmediği halde kendisinden ayırıp yanına aldığı söylemiş ve "*şer'le hakk-ı hıdane benim olup taleb itdüğümde*" vermez diye dava etmiştir. Mezbur Rüstem ise nafakasız almayı kabul ederse kızı kendisine vereceğini söylemiş, Şâhî de kızını nafakasız beslemeyi kabul etmiş ve kızını almıştır. V. 59a-1'de Sozro b. Terendefil, "*Kosta b. Sava nâm zimmîyi meclis-i şer'a ihzâr idüp karındaşım Manol'ün zevcin olan anadan mütevellid Ezmerağda nâm sagîre kızcuğazı taleb iderim diyü da'vâ*" dava etmiştir. Sonuç olarak "*bi-hasebi 'ş-şer' hakk-ı hıdâne mezkûr Sozro'nun olmağın yetime mezbûra hüküm*" olunmuştur. Görüldüğü üzere kadının başkasıyla evlenmesi

¹¹¹ Ali Bardakoğlu, "Hıdane", DİA, C. 17, s. 467.

¹¹² Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 54.; Cin, Akyılmaz, *a.g.e.*, s. 451.

¹¹³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 299.; Cin, Akyılmaz, *a.g.e.*, s. 451.; Bardakoğlu, "Hıdane", s. 468.

¹¹⁴ V. 15b-3, 15b-5, 59a-1.

halinde hıdane hakkı elinden alınmıştır. Son olarak v. 15b-5'te de İskender adlı kimse Aişe bt. Abdullah'ı "*karındaşım Yori'den mütevellide Hüsniye nâm yetimesin zevce-i âhara (...) ben alup bu zamana dek benim terbiyemde ve hıfzımda olup hâliyâ gelüp evimden ayarup alup gittiün diyü da 'vâ'*" etmiştir. Davalı "*benüm kızımdır ol sebeble varup aldım diyü cevap*" vermiş; ancak hıdane hakkı "*bi-hasebi's-şer' mezkûr İskender'e hükm*" olunmuştur.

3.5. Borçlar Hukuku

Bu başlık altında, sicilimizde yer alan ve kadınların bizzat taraf olduğu özel borç ilişkileri ele alınacaktır. Bu hususa ilişkin kayıtlara bakıldığında, kadınların birçok akit içerisinde yer aldığı müşahede edilmektedir.

3.5.1. Satım Akdi

Sicilimizde doğrudan veya dolaylı olarak satım akdinin varlığını tespit ettiğimiz birçok kayıt mevcuttur. Mahkeme kayıtlarının kesin delil teşkil etmesi, satım akdinin çoğu kez mahkeme önünde yapılmasını veya mahkemede yapılmasa bile mahkemede tahrir ettirilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu kayıtlara bakıldığında, kadınların da alım satım işlemlerinde aktif rol oynadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. İlk olarak kadınların bâyi (satıcı) konumunda buldukları kayıtları inceleyeceğiz¹¹⁵. V. 6b-5'te Sultane adlı kadın, bir asmalı bağ mülkteki hissesini satmıştır. V. 7b-3'teki hüccet, Muhsine bt. Abdülkadir'in ölmeden önce satmış olduğu bir eve ilişkindir. Muhsine'nin bir varisi, daha önce bahçeyi dava ettiğini; ancak alıcının söz konusu bahçeyi Muhsine'den aldığını kanıtladığını ikrar etmiştir. V. 47b-3'te Elena adlı zimmiyye, ölen kocası Yori'nin muhallefatından bir miktar kettanı, satması için Sozro adlı zimmiye vermiştir. Mezkûr zimmi kettanı satıp parasını Elena'ya verdiğini ve Elena da kendisinin de bir miktar kettanı satıp parasını aldığını ikrar etmiştir. Elena ve Sozro'nun bu ikrarları, ölen Yori'nin Lefter adlı çocuğunun vasisi talebiyle deftere kaydedilmiştir. V. 51a-3'te Anola adlı kadın, Nuhtese adlı karyede bulunan evini, asmalı bağ

¹¹⁵ Bkz.: V. 6b-5, 7b-3, 47b-3, 51a-3, 53a-1, 70b-3; vI. 8a-1, vI. 8a-2.

mülkünü ve şirahanesini satması için Sozro adlı zimmiye vekalet vermiştir. V. 53a-1'de ise Elena adlı zimmiye bir ev satmış; ancak satım akdinin geçerli olmadığı ileri sürülmüştür¹¹⁶. V. 70b-3'te de ismi verilmeyen bir kadının bir kıt'a yer sattığı görülmektedir. Son olarak vI. 8a-1 ve devamı niteliğindeki 8a-2'deki miras uyuşmazlığında Şazide bt. Hasan'ın, kendisine mehr-i müecceline karşılık olarak verilen bir değirmeni sattığı anlaşılmaktadır.

Kadınların satılan bir malda müşteri (alıcı) olduğuna dair üç kayda rastladık¹¹⁷. V. 10b-1'de Abdişah adlı kişi, oğlundan kendisine kalan evlerdeki hissesini Şemsi adlı kıza temlik ettiğini ikrar etmiş ve “*sıhhat-i bey'e ve teslime hükm-i şer'î lâhık*” olduğu kayda geçirilmiştir. V. 12b-4'te Aynî ve Fatıma adlı kız kardeşlerin, 1500 akçaya ev hissesi aldıkları anlaşılmaktadır. Son olarak v. 27b-2'de Anola bt. Yori, kardeşiyle müşterek olduğu ve kardeşinin kendi hissesini başkalarına sattığı asmalı bağ mülkteki hisseyi, muhtemelen şufa hakkını kullanarak satın almıştır¹¹⁸.

3.5.2. Karz Akdi

Hanefi ekolünce karz akdi, piyasada emsali bulunan bir malın (misli mal), emsali daha sonra ödenmek üzere birine verilmesi şeklinde tanımlanmıştır¹¹⁹. Kayıtlara baktığımızda, kadınların karz borcu aldıkları ve karz borcu verdikleri görülmektedir.

¹¹⁶ “*Vech-i tahrîr-i hurûf budur ki tâbi'-i Yomra Mahorida nâm karyede Ramazan nâm müteveffânun eytâm-ı sigârına kibel-i şer'den vasi olan Murad b. Abdullah Kirako b. Hristofor Mahorida nâm zimmiyi meclis-i şer'a ihzâr idüp vasisi olduğım yetimlerin karye-i mezbûrede vâki' evlerin hilâf-ı şer'i alup bozmuşsin diyü da'vâ itdükde mezbûr zimmi ben Elena nâm avretde[n] ve mezbûrân yetimlerin (bö.) satun aldum diyü cevap virdükde mezbûre Elena kâfir olup ve mezbûrân yetimler dahi sagır olup bey'leri (...?) olmaduğı vasi Murad el-mezbûr talebi ile kayd-ı sicil olındı fi 9 Rebî'ulevvel sene 965.*”

¹¹⁷ V. 10b-1, 12b-4, 27b-2.

¹¹⁸ “*Vech-i tahrîr-i hurûf budur ki mezkûr Sozro ve oğlu Lefter meclis-i şer'a gelüp Hoç Beravelak nâm karyede vâki' Serabo b. Yori nâm zimmiden satun alup müşteri ile müşterek inde cîrânihâ ma'lûmu'l-hudûd asmalı bağ mülkde olan sülüsân şâyi' hissemizi işbu hâmilü'l-kitâb Anola bt. Yori nâm kız karındaşına yüz elli akçaya satdık ve teslim-i mebi' ve kabz-ı semen eyledik diyü ikrâr eylediler kazıyye mezbûre talebi ile sicil olunup ve yedine hüccet virildi fi 27 Zi'l-hicce sene 964.*”

¹¹⁹ H. Yunus Apaydın, “Karz”, *DİA*, C. 24, s. 521.

V. 20b-3'te Arin bt. Sozro mahkemeye gelmiş ve “*Sümlid b. Yori nâm zimmîden otuz dört sikke-i altun karz-ı hasen aldım el-ân zimmetimde lâzîmü'l-edâ deyndir*” şeklinde ikrarda bulunmuştur. V. 59a-2'de Peşe adlı kadın mahkemeye gelmiş ve “*müseccel karz-ı hasenden işbu bâ'isü't-tahrîr Kostandin b. Sozro Mastera nâm zimmîde yedi yüz akça hakkım olup hâliyâ bundan bi't-tamâm aldım kabz idüp haklaşdım bâkî zimmetinde nesnem yokdur*” diye ikrar etmiştir. V. 61a-1'de Peşe bt. Mihâl Kazgan nâm zimmiye mahkemede “*muhzır Hüseyin b. Abdullah nâm kimesneye karzdan üç yüz yirmi yedi akça lâzîmü'l-edâ ve vâcibü'l-kazâ deynim vardır*” ikrarında bulunmuştur. V. 66b-1'de Ahmed b. Abdullah, 300 akçalık karz borcu dolayısıyla Sozro b. Kostandin Çeron ve Ozokiye bt. Kirako'yu dava etmiştir. Davacılar iddiayı inkâr etmiş ve yemin ederek davadan kurtulmuşlardır. V. 83b-4'te ise Mariya adlı kadın 300 akça karz alıp, borca güvence olarak da alacaklıya bir kazganı rehin vermiştir.

Karz hususuna ilişkin son olarak v. 54a-4'teki kayda değineceğiz. Bu kayıta Makale adlı kadın, Kirako adlı zimmiyi dava etmiş ve kocasının 150 akçalık karz borcunu talep etmiştir. Kirako bu iddiayı inkâr etse de, Makale şahitle iddiasını kanıtlamıştır.

3.5.3. Diğer Özel Borç İlişkileri

Bu başlık altında değineceğimiz kayıtlar da özel borç ilişkileri içermektedir. Bu kayıtlar sayıca az olduğu için ayrı başlıklar altında incelenmek yerine, bu kısımda ayrı ayrı ele alınacaktır.

İki adet kayıta kadınların kira ilişkisi kurduğu görülmektedir. v. 39a-1'de Beşe bt. Davud, dükkân kirasından tüz akça alıp kabzettiğini ikrar etmiştir. V. 84a-2'de ise Anola adlı kadın, kendisine ve sagir oğluna ait evi, Dimitri b. Filibo Mencene adlı zimmiye yıllık 150 akçaya icareye vermiştir.

Kayıtlarımızda, kadınların muamele-i şer'îye ile borç aldığına da rastladık. V. 28b-3'te Alo Hatun bt. Paskal Hoyar adlı kadın mahkemeye gelmiş ve “*Zerger Süleyman b. İskender nâm kimesneden mu'mele-i şer'îyye tarîkı ile tarih-i defterden bir yıl va'de ile bin iki yüz akça*”

aldığını ve borcuna güvence olarak evini rehin verdiğini ikrar etmiştir. V. 76b-2'de ise Sozora adlı kadın mahkemeye gelmiş ve ölen kocasının “*muamele-i şer'iyeye ile aldığı akçanın aslından ve ribhından üç bin akça borcu vardır diyü bi't-tav' ikrâr*” etmiştir.

V. 41b-1'de Züleyha adlı kadın 1200 akça kıymetinde bir çift altın bileziğinin Şaban b. Turasi'de emanet olduğu görülmektedir. VI. 7a-2'de de İskender b. Abdullah mahkemeye gelmiş ve “*Murad b. Ali nâm kimesnenün taht-ı nikâhında iken vefât iden Şehriban bt. Hamza nâm sagîrenün mâl-ı mevrûsından sâbıkân benüm zimmetimde olan beş yüz akçasın ben mezbûrenün validesine teslim eyledim*” şeklinde ikrarda bulunmuştur. Murad b. Ali ise bu iddiayı inkâr etmiş ve dava bu şekilde kalmıştır. Bu kayıтта Şehriban'ın İskender'de olan 500 akçalık hakkının hangi ilişkiye dayandığı belli değildir. V. 64b-3'te ise Harsi bt. Sava, ölen kocasının 3340 akçalık borcu dolayısıyla hapsolan oğlu Sümlid'e iki aya kadar kefil olmuştur¹²⁰.

Bu kısımda değineceğimiz son kayıt hizmet akdine ilişkindir. V. 50a-1'de Süleyman b. Abdullah'ın hizmetinde çalışan Hadice adlı balığ kız, Süleyman'a hizmet etmekten hoşnut olmadığını ve kardeşi Mehmed ile gitmek istediğini söyleyerek icazet istemiştir. Süleyman da Hadice'yi mahkemede kardeşi Mehmed'e teslim etmiştir.

3.6. Miras Hukuku

İslam hukukunda şer'î intikale irs, tevarüs ve veraset gibi isimler verilmekte, şer'î miras hukuku da feraiz ya da ilm-i feraiz olarak bilinmektedir. Murisin terekesenin hisselerine ayrılması ve bu hisselerin mirasçılara nasıl ve hangi hallerde geçeceği hususları feraiz başlığı altında

¹²⁰ “*Vech-i tahrîr-i hurûf budur ki Harsi bt. Sava nâm zimmiyye avret meclis-i şer'a gelüp işbu Kostandin Gonukla'nun müteveffâ Sümlid Cemsiki(?) nâm zevcim zimmetinde deyn olan üç bin üç yüz kırk akça hakkı için habs olan Liyos b. müteveffâ-yı mezbûr Sümlid'e tarih-i defterden iki aya dek edâ etmezse zarar-ı mala ben kefil oldum diyü ikrâr idüp kefil olduğu mezkûr Kostandin Gonukla talebi ile kayd-ı sicil olındı fi 8 Rebi'ulâhîr sene 965.*”

incelenmektedir¹²¹. Osmanlı Devleti'nde de -miri arazinin intikali hariç olmak üzere- şer'î miras hukuku tatbik edilmiştir¹²².

Sicilimizde kadınların rol aldığı miras uyuşmazlıklarına başlamadan önce birkaç hususu belirtmek gerekir. Öncelikle kadınların eşlerinden, ebeveynlerinden, kardeşlerinden ve diğer yakınlarından kendilerine intikal eden miras hisselerini rahat bir şekilde dava ettikleri gözlemlenmiştir. Şahit olduğumuz ilginç bir husus da, kadınların en çok miras uyuşmazlıklarının takibi için vekil tayin etmiş olmalıdır. Bununla birlikte miras haklarını bizzat takip eden kadınlar da az değildir.

Kayıtların tutuluş biçimi birbirlerine yakın olduğu için tüm kayıtlara değinilmeyecek; ancak kayıtların bütünü dipnotlarda gösterilecektir. Kadınların bir şekilde yer aldığı miras uyuşmazlıklarına 42 adet kayda rastladık¹²³. Şimdi bu kayıtların birkaçına değineceğiz.

V. 14b-3'te Hesnâ adlı kadına vekâleten kocası Receb b. Nasuh, Hesnâ'nın babasının muhalefatına ilişkin olarak halasını dava etmiştir. Ancak olayın ardından 15 yıl süre geçtiği için mahkeme davaya bakmamıştır¹²⁴. İslam hukukunda zamanaşımı, borcu sona erdiren bir sebep olarak değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla zamanaşımı bir şahsi veya aynı hakkın özüne dokunmaz, sadece belli durumlarda bu hakkın ileri sürülmesine ve dava açılmasına engel teşkil eder¹²⁵. Osmanlı Devleti'nde

¹²¹ Feraiz ilmi Fıkıh ilminin bir bölümü olduğu halde İslam alimleri feraiz ilmine müstakil bir ilim itibarı göstermiştir. Bu ilmin müstakil bir ilim sayılmasının sebebi akli ve nakli sebepleri kendisinde barındırmasıdır. (Mahmud Esad Bin Emin Seydişehri, **Delilleriyle İslam Miras Hukuku**, Çev. İsmail Hakkı Uca, İstanbul, Esra Yayınları, 1994, s. 18.); Ahmet Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, C. III, İstanbul, OSAV Yayınları, 2012, s. 50.

¹²² Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, C. III, s. 50.

¹²³ Bkz. v. 14b-3, 19b-2, 22a-2, 26b-2, 27a-2, 28a-1, 29a-3, 32b-2, 33a-3, 34b-b-2, 38b-3, 39a-5, 39b-4, 41a-1, 41b-3, 48b-4, 51b-3, 53a-3, 58b-4, 60b-2, 64b-4, 69a-1, 70a-1, 70b-4, 72b-3, 73b-1, 74b-3, 76a-3, 76a-4, 76b-3, 81a-5, 81b-3, 82a-3, 84a-1, 85a-3, 85b-2, 86a-2, 92a-2; vİ. 3b-3, 6b-1, 6b-2, 8a-2.

¹²⁴ "...husûs-ı mezbûrın ardından on beş yıl zaman mürîr ütdüğine mezkûr Receb mu'terif olmağın istimâ'-yı da'vâ olunmayup kazıyye bi't-taleb sebt-i sicil olındı fı 4 Zi'l-ka'de sene 964."

¹²⁵ Osman Kaşıkçı, "Zaman Aşımı", **DİA**, C. 44, s. 115.; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 402.

Kanuni Sultan Süleyman devrinde Ebussuud Efendi'nin arzıyla alacak, vedia, ariyet, miras davaları ile vakıf mallarda tasarruf, tevliyet ve mukâta'a gibi hallerde 15 yıl, miri arazinin tasarrufuna ilişkin davalarda 10 yıllık zamanaşımı süreleri tespit edilmiştir¹²⁶. Bu kayıta da 15 yıllık zamanaşımı hususunun mahkemece göz önüne alındığı görülmektedir.

V. 32b-2'de Peşe bt. Abdullah mahkemeye gelmiş ve ölen kocasının muhallelatının kendisine, kocasından olma oğluna ve kocasının diğer bir avretinden olan Mentеше adlı oğluna kaldığını söylemiş; miras taksimi yapılmadan kendi oğlunun da öldüğünü belirterek kocasından ve oğlundan kendisine kalan hisseyi Mentеше'nin vasisinden talep etmiştir. Neticede taraflar arasında 465 akçaya sulh sağlanmıştır.

V. 33a-3' te Behlül Çelebi b. Hasan Ağa'nın ölen babasının muhallelatını üvey anası Zahide Hatun bt. Rüstem Beg'den talep ettiği belirtilmiş, Zahide'nin de buna karşılık mehir ve miras hissesini Behlül'den dava ve talep etmek için kocasına vekâlet verdiği kaydedilmiştir.

V. 58b-4'te Nalbend Ali b. Süleyman mahkemeye gelmiş, vefat eden Abdurrahman adlı üvey oğlunun eşine mehr-i müecceli için 250 akça verdiğini; ancak daha sonra üvey oğlunun Aişe adlı kız kardeşinin gelip kardeşi Abdurrahman'ın bütün malını dava edip kendisinden aldığını belirterek verdiği mehir bedelini geri istemiştir. Akabinde taraflar arasında sulh sağlanmıştır.

V. 84a-1'de ise kardeşler arasında bir miras ihtilafının varlığı görülmektedir. Hane bt. Mustafa ve kardeşi Mehmed, ebeveynlerinden kalan muhallelat hususunda nizalı olmuş; ancak taraflar arasında 6 sikke altına sulh sağlanmıştır. VI. 8a-2'de ise Saliha ve Rabia adlı kız kardeşler vekâlet vererek anneleri Şezâde'yi dava etmişlerdir. Babalarından kalan bir bab değirmi Şezâde'nin satıp kendilerine ait hisseyi vermediğini ileri sürmüşlerdir. Ancak satılan değirmenin daha önce mehr-i müeccelinin bir kısmına karşılık Şezâde'ye verilmiş olduğu şahitlerce

¹²⁶ Ekinci, a.g.e., s. 516.

kanıtlanmıştır. VI. 2a-3 Menustiye ve Pereşkovi(?) adlı kız kardeşler, amcalarının vefat eden kızından kendilerine münhasır olduğunu iddia ettikleri muhallefâtı murisin üvey kızlarından dava etmişlerdir. Bu hususta da 110 akça karşılığında sulh sağlanmıştır. Yine vI. 6b-2’de Yâr Ali Ağa ve eşi Hesnâ, vefat eden kızlarının mehr-i müeccelini ve kendilerine “*irs-i şer’le müteveccih olan sūduseyn*” hisseleri olan 7700 akçayı damatlarından tastamam almışlardır. VI. 3b-3’te de Hafsa bt. İsmail adlı kadın, vefat eden zevcinin üç bin akça mehr-i müeccelinden ve muhallefâtından kendisine düşen payı, çocuklarına vasi olan İneyet b. Hızır adlı kişiden talep ettiğinde “*vasi-i mezkûr nizâ’ idüp sicill-i mahfuza nazar*” olunmuş ve “*fi’l-vâki’ mezbûrun zikr olunan mehr-i müecceli üç bin akça idüğü sicilde mukayyed*” bulunmuştur. Davalı vasi hibe iddiasında bulunmuş, iddianın inkarı üzerine kendisine “*mehl-i şer’î*” verilmişse de iddiasına kanıt bulamamıştır. Bunun üzerine “*mezbûreye yemin virüliüp müddeâ hükm olunmak sadedinde iken muslihûn tavassut idüp husûs-ı kazıyye tarafeyn rızaları ile bin beş yüz akçaya sulh*” olunmuştur.

Bir kısmına kısaca değindiğimiz mirasa ilişkin kayıtlar, kadınların oldukça aktif bir şekilde miras haklarını takip ettiklerini açıkça göstermektedir. Dikkat edileceği üzere, miras uyuşmazlıklarının tamamına yakınında sulh sağlanmıştır. İslam hukukunda tarafların sulh yoluna müracaat etmesi, insanların sulha aracı olması teşvik ve tavsiye edilmiştir¹²⁷. Dolayısıyla aile arası uyuşmazlıkların söz konusu olduğu miras uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyetinin daha yoğun yapılması ve uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözülmeye çalışılması, bu teşvik ve tavsiyenin bir neticesi olsa gerektir.

3.7. Eşya Hukuku

Bu başlık altında kadınların mülkiyet hakkına ilişkin ihtilafları ve şuf’a, rehin vs. gibi ilişkileri ele alınacaktır. İslam hukukunda mülkiyet, hukuki bir engel olmadığı sürece inhisari ve herkese karşı ileri sürülebilir

¹²⁷ Hamdi Döndüren, “Mü’minler Arasında Sulh ve Savaş”, *Altınoluk*, Ekim 1990, Sa. 56, s. 38.

nitelikte bir tasarruf yetkisi bahşeden bir haktır¹²⁸. İslam hukukçularına göre mülkiyet ilişkisi sadece nesnelere üzerindeki mülkiyetle sınırlı değildir. Nesnelere yararlanma hakkı yani menfaatler üzerinde de mülkiyet hakkı kurulabilir¹²⁹.

Mülkiyet hakkını tanımlarken, bu hakkın herkese karşı ileri sürülebileceğini ifade ettik. Dolayısıyla bir kimsenin mülkiyet hakkına tecavüz söz konusu olduğu durumlarda hukuki ihtilafların ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır. Bizde burada özellikle kadınların mülkiyetinde olan herhangi bir mala tecavüzün söz konusu olduğu kayıtları inceleyeceğiz. Kadınları eşya üzerindeki tasarruflarının bir kısmına borçlar hukuku bahsinde değindiğimiz için bu hususa yeniden değinmeyeceğiz.

3.7.1. Mülkiyet İhtilafları

Sicilimizde baktığımızda, kadınların mülkiyete ilişkin ihtilaflar dolayısıyla mahkemeye gelip davacı olduğu veya dava edildiği görülmektedir¹³⁰. Mülkiyet hakkına tecavüz söz konusu olduğunda “tasarrufa mani” olma gerekçesiyle mahkemeye gelmektedir.

V. 7a-4'te Fatıma bt. Topçı Süleyman, annesinden kalma bahçe ve bahçe içerisindeki ev hususunda “*tasarrufuma mâni' olursun*” gerekçesiyle Nalbend Ali b. Abdullah'ı dava etmiştir. Davalının iddiayı inkar etmesi üzerine iddasını şahitle kanıtlamıştır. V. 7a-5'te de Elena adlı kadın, Kaloyero adlı zimmiyle husumet ettiği ev hususunda “*hüccetim vardır tarih-i defterden beş güne dek hüccetimi getirmezsem zikrolunan ev bilâ-nizâ' mezkûr Kaloyero'nun olsun diyü şart*” etmiştir. V. 10a-5'te Fatıma bt. Mirali, Estefano b. Kirako'yu “*Horovi nâm karyede vâki' babamdan müntakil bir ev yeri ve bir bağçe ve asmalu ağaçları zabt ve tasarruf idüp bana mâni' olursun*” iddiasıyla dava etmiştir. Estefano, söz konusu mülklerin kendisine 200 akçaya Fatıma'nın babası Mirali'nin sattığını gösteren bir hüccet ibraz etmiştir. Mahkeme, Fatıma'nın hücceti

¹²⁸ Fahri Demir, **İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı**, 5. bs., Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2012, s. 127.

¹²⁹ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 341.; Demir, **a.g.e.**, s. 125.

¹³⁰ Bkz.: v. 7a-4, 7a-5, 10a-5, 16a-1, 16a-2, 25a-5, 27b-1, 36b-2, 42a-1, 42b-2, 72a-3, 89b-3.

inkar etmesi üzerine beyyine talep etmiş; ancak “*beyyine sadedinde iken muslihûn tavassut idüüb altmış beş akçaya sulh*” olunmuştur. V. 16a-1’de Peşe bt. Lefter, Hırıstodlu b. Sozus’u “*babamdan intikal idüüb müteveffâ kızkarındaşımla müşterek evden hissesin bana satdı diyü cümle benim hissemi bile zabt idüüb benim tasarrufuma mâni’ olursun diyü da‘vâ*” etmiştir. Hırıstodlu ise evi aldığını ikrar etmiştir. V. 16a-2’de Peşe b. Lefter’in mezkur husumet için vekil tayin ettiği görülmektedir. V. 27b-1’de ise Anola bt. Yori, babasından kendisine ve Serabo adlı kardeşine kalan ve kardeşiyle müşterek tasarrufta buldukları bir kıta asmalı bağ mülk hususunda Sozor b. Hırıstodol’u “*hâliyâ mezkûr Sozro zıkr olunan asmalu bağ mülkden mezkûr karındaşın Serabo’dan satun aldım diyü benim sülüs şâyi’ hissemın tasarrufuna mâni’ olur diyü da‘vâ*” etmiştir. Davalı ise, Serabo’bun Anola’nın söz konusu mülkteki hissesine karşılık olarak muhalledattan başka hisse verdiğini ve mülkün tamamını Anola’nın huzurunda iki sikke altın karşılığında kendisine ve Lefter adlı oğluna sattığını iddia etmiştir. Anola bı iddiayı inkar etmiş ve davalılara beyyine için “*mehl-i şer‘i*” verilmiştir. V. 27b-2’de ise husumet konusu olan mülkteki “*sülüs şâyi’*” hissenin davalılar tarafından Anola’ya satıldığı görülmektedir¹³¹.

V. 42a-1 ve 42b-2 kayıtları aynı olayı konu edinmektedir. Burada Fatıma bt. Latif, bazı taşınmazlar hususunda oğlu Numan b. Sinan Çelebi’yi dava etmiştir. Fatıma’nın iddiasına göre şer‘an yarı hissesi kendisine ait olan bu taşınmazları oğlu Numan müstakil tasarruf etmektedir. Numan ise bu mülklerin babasından kendisine müstakil olarak intikal ettiğini ve validesinin bu mallarda hissesinin olmadığını iddia etmiştir. Ancak her iki kayıta da davacının iddiasını şahitlerle ispat ettiğini ve söz konusu taşınmaz malların yarı hissesinin Fatıma’ya

¹³¹ “*Vech-i tahrîr-i hurûf budur ki mezkûr Sozro ve oğlu Lefter meclis-i şer‘a gelüp Hoç Beravelak nâm karyede vâki’ Serabo b. Yori nâm zimmiden satun alup müşteri ile müşterek inde cîrânihâ ma‘lûmu’l-hudûd asmalu bağ mülkde olan sülüsân şâyi’ hissemizi işbu hâmilü’l-kitâb Anola bt. Yori nâm kız karındaşına yüz elli akçaya satdık ve teslîm-i mebi’ ve kabz-ı semen eyledik diyü ikrâr eylediler kazıyye mezbûre talebi ile sicil olunup ve yedine hüccet virildi ft 27 Zi’l-hicce sene 964.*”

verildiğini görmekteyiz. V. 89b-3'te de Menostiye adlı kadın kocasına vekalet vererek, babasından kalma asmalı bağ mülkünü “*bi-gayri hak alup zabt ve tasarruf*” eden Lefter adlı kimseyi dava etmiştir. Davalı ise söz konusu mülkü Konstandin adlı kişiden satın aldığını ve yirmi yıldır tasarruf ettiğini, mülkün Menostiye'ye ait olduğu hususunda bilgisinin olmadığını ikrar etmiş ve dava bu şekilde kayıt altına alınmıştır. V. 86a-3'te de ilginç bir istihkak davası görülmektedir. Aynî bt. İlyas adlı kadın, gemisine bindiği Konstandin adlı zimmi reisi¹³², gemide taşınan sandığını ve birtakım esbabını vermediği gerekçesiyle dava etmiştir. Davalının iddiayı inkar etmesi üzerine Aynî'den beyyine istenmiş; ancak Aynî, şahidinin olmadığını belirterek yemin teklifinde bulunmuştur. Böylece zimmi reis zimmetini bu iddiadan temizlemiştir. V. 36b-2'de bulunan kayıt da ilgi çekicidir. Hesnâ bt. Bayram, Mustafa b. Hızır'ı “*işbu taht-ı nikâhında olan Hesnâ benim cariyem olup bundan akdem Hamza Ağa'nın evinde emânet koyup ben Tokat'a girdüm idi hâliyâ senin yedinde buldum babam Bayram'dan irs-i şer'le intikâl etmiş cariyemdir taleb iderin*” diye dava etmiştir. Davalı ise bu hususu bilmediğini, Memi b. Takyeci İskender'in “*hidmetkarımdır*” diye cariyeyi kendisine verdiğini söylemiştir. Bunun üzerine cariyeye Hesnâ'ya sorulmuş, o ise Hesnâ bt. Bayram'a miras olarak intikal ettiğini ikrar etmiştir¹³³. V. 37a-1'de ise Mustafa b. Hızır ve Hesnâ'nın muhalaa ile boşandıkları görülmektedir.

Kadınların malik oldukları mallar üzerindeki tasarruf haklarını kullanmalarına dair ilginç bir kayıt mevcuttur. VI. 10a-4'te Aişe bt. Abdullah, asmalı bağ mülkünün 1/3'lük hissesini Baba İvan b. Vasil adlı zimmiye kullanması için vermiş ve “*sâir emlakı gibi mutasarrıf olup bu bâbda mezkûr (...?) Baba İvan nâm zimmîye kimesne mâni' ve mezâhim*

¹³² Reis, gemi kaptanı demektir. Deniz ve deniz taşımacılığına dair hukuki terimler için bkz.: Fethi Gedikli, in: “XV. Ve XVI. Yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde Deniz Taşımacılığına Dair Bazı Hukuki Terimler ve Düzenlemeler”, **Osmanlı Hukuku – Makaleler-**, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 2012, s. 115-148.

¹³³ “*...Bayram nâm kimesnenin cariyesi idüm ~~et~~ mezbûr Bayram vefat itdükdün sonra işbu bâ'isü't-tahrîr kızı Hesnâ'ya irsle intikâl itdüm hâliyâ bunun cariyesiyim diyü ikrâr iddükdün mezbûre Hesnâ talebi ile kayd-ı sicil olındı fî 18 Muharrem sene 965.*”

olmaya diyü hüsn-i itirâf”ta bulunmuştur. Burada Aişe’nin yaptığı fiil hibe akdini veya intifa hakkının devrini andırmaktadır.

Mülkiyet hakkını ihlal fiillerinde kadınlar daima mağdur konumda değildir. Defterimizdeki bir adet kayıta mülkiyet hakkını ihlal eden ve bu nedenle dava edilen kişi bir kadındır. V. 72a-3’te Pervane bt. Mustafa, halası Elena’yı dava etmiştir. Davacının iddiasına göre, babası Mustafa’nın ve Elena’nın babası Yori adlı zimmi hayattayken, bir ev, yedi kıta boz yer ve başka birtakım taşınmazlarını kendisine satmış; ancak Yori vefat ettikten sonra kızı Elena tasarrufuna mani olmuştur. Elena ise taşınmazların yarısının kendisine yarısının da Pervane’ye satıldığını iddia etmişse de, davacı iddiasını şahitlerle ispatlamış ve taşınmazlar davacıya hükmolunmuştur.

3.7.2. Şuf’a

Mecellede şuf’a, satılan bir taşınmazı aynı bedelle satın alandan almak şeklinde tanımlanmıştır¹³⁴. Buradaki satın alma mal sahibinin rızai bir akdiyle değil de hakim kararıyla gerçekleştiğinden dolayı şuf’a hakkının kullanılması mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlama olmaktadır¹³⁵. Bu sınırlamanın amacı, ortak ve komşular arasında sağlanmış olan huzur ve uyumun, yeni bir malik tarafından zarara uğraması ihtimalini engellemektir¹³⁶.

Defterimize baktığımızda 2 adet kayıta kadınlar şuf’a talebinde bulunmuştur. V. 9a-2’de Arin ve Ozokiye adlı kız kardeşler, babalarından intikal etmiş dört pare asmalı bağ mülkü kardeşleri Kosta ile “*müşâ’ ve müşterek tasarruf*” ederken, Kosta’nın kendi hissesini başkasına sattığını belirterek şuf’a tuttuklarını sicile kaydetmişlerdir. Yine v. 26b-3’te Marola ve Elena adlı kız kardeşler, kardeşleri Fili’nin, babalarından kalan asmalı mülkteki hissesini satın alan Aişe bt. Abdullah’ı dava etmiş ve şuf’a haklarını kullandıklarını belirtmişlerdir. Aişe ise satın aldığı mülkteki müşterek mülkiyeti ikrar etmiştir.

¹³⁴ MAA, md. 950.

¹³⁵ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 352.

¹³⁶ **A.y.**

Sonuç

Çalışmamızın giriş bölümünde, Batı toplumunda, İslam'da kadının toplumsal hayatta hor görüldüğü ve köle statüsünde değerlendirildiği yargısının bulunduğunu ve bu kanının günümüzde de devam ettiğini ifade etmiştik. Ancak sicillerdeki kayıtlar değerlendirildiğinde, bu kanıyı çürütecek birçok örnekle karşı karşıya bulunmaktayız. Ataerkil bir aile yapısının bulunduğu Osmanlı Devleti'nde kadının geri plana atıldığını ve toplumsal hayatta etkin bir rol oynamadığını söylemek mümkün olamamaktadır.

Elimizdeki kayıtları hak arama hürriyeti bağlamında değerlendirdiğimizde, kadınların da en az erkekler kadar bu haklarını kullanabildiklerini görmekteyiz. Kimi durumlarda dava için vekalet vermiş olsalar da, kayıtların büyük çoğunluğunda davalarını bizzat takip etmişlerdir. Kocalarını, kardeşlerini ve diğer aile bireylerini mahkemeye şikayet edebilmişlerdir. Mesela oğlunun "*bilâ-emr ve bilâ ma'rifet'il-kâdi*" subaşı tarafından asılması sonucu Melike Bula'nın girdiği hukuk mücadelesi takdire şayandır. Bu kayıttan yola çıkarak Osmanlı Devleti'nde kadı marifeti olmaksızın kimsenin yargılanamayacağı ve cezalandırılmayacağı hususu ve bu hususun halk tarafından bilindiği açıktır. Üstelik bu iddiayı dile getiren de bir kadındır.

Kadınların ceza hukukuna ilişkin olarak kendilerine veya yakınlarına yönelik cezai yaptırım gerektiren fiillerde mahkemeye gelerek "mucebini" talep ettiği görülmektedir. Bununla birlikte umumi adap ve aile düzenine karşı suç olarak nitelendirebileceğimiz fiilleri işlediği sabit görülen kadına sürgün cezası verilmiştir. Bu örnek dışında, incelediğimiz sicilde kadının cezai yaptırıma tabi tutulduğuna rastlanmamıştır.

İncelediğimiz defterde, az olmakla birlikte kadın kölelerin varlığına rastlanmıştır. Kayıtlarda cariyeye alım satımının yapıldığı, cariyenin tereke dahilinde mirasçılara intikal ettiği ve cariyeye mülkiyeti hususunda ihtilaf yaşandığı tespit edilmiştir. Yine bir tane kayıtta kadın ve erkek kölelerin sahipleri tarafından birbirleriyle evlendirildiği de vakidir. Sonuç itibarıyla

defterde kadın kölelerin varlığı tespit edilmiş olsa da, kayıtların tümü nazara alındığında Trabzon'da köleliğin yaygın olduğu söylenemez.

Kadınların aile hukukuna ilişkin konularda mahkemeye gelmesi diğer hususlara oranla daha fazladır. Özellikle muhalaa türü boşanmalarda ve boşanan, eşleri gaip olan veya ölen kadınlar, eşlerinden talep ettikleri mehir, nafaka ve diğer alacakları için sıkça kadıya müracaat etmiştir. Kocalarının nafaka yükümlüğünü yerine getirmediği durumlarda kadının mahkemeye gelip boşanma talep ettiği görülmektedir. Yine muhalaa türü boşanmalarda kadınlar birtakım maddi haklarından feragat edebilmiştir. Bununla birlikte kadınların vasilik görevini üstlendikleri de vakidir. Bir kayıтта, nişanlandığı kızını namzedine vermeyen baba, kızının akıl ve baliğ olup namzedine varmaya gönlünün razı olmadığını söylemiştir. Dolayısıyla zorla evlendirme gibi bir hususun olmadığı ve evlilikte kadının rızasının arandığı görülmektedir. Bir diğer kayıтта ise gayrimüslim kadın mahkemede, kendisine iki namzedin talip olduğunu ve bu namzedler içinden evlenmeye rızasının olduğu kişiyi ikrar edebilmiştir. Verdiğimiz son iki örnek, genel bir değerlendirme yapabilmek açısından eksik görülse de, kanımızca o dönem toplumu için önemli sayılabilecek vakalardır. İncelediğimiz kayıtlarda çok eşliliğe rastlamamız da vurgulanması gereken bir husustur.

Kadınların borç ilişkileri değerlendirildiğinde karşımıza açık fikir verebilecek örneklere rastlanmaktadır. Kadınların ev, değirmen, bahçe vb. gayrimenkuller satabilmiş veya satın alabilmiştir. Yine kadınlar karz ve muamele-i şer'ıye ilişkisiyle borçlanabilmiş ve kimi zaman aldıkları bu borçlara güvence olarak bir mallarını rehin verebilmişlerdir. Ayrıca kadınların karz borcu verdikleri, borca kefil oldukları ve taşınmaz kiraladıkları da olmuştur.

Kadınların miras haklarını da sıkı bir şekilde takip ettiği rahatça söylenebilir. Miras uyuşmazlıkları aile bireylerinden kaynaklandığı için çoğu zaman ebeveynler, kardeşler ve diğer akrabalar kadınlarca dava edilmiş ve kadınlar, kendilerine şer'an intikal eden miras paylarını alabilmiştir. Bu tür uyuşmazlıkların aile ilişkilerini yakından

ilgilendirmesi sonucu arabuluculuk faaliyetleri daha sık yapılmış ve bu uyuşmazlıkların tamamına yakını sulh ile neticelenmiştir.

Kadınlar, mülkiyet haklarına tecavüz durumlarında sıklıkla mahkemeye gelmiş; malik oldukları eşya üzerindeki tasarruf yetkilerini bizzat kullanmışlardır. Yine müşterek mülkiyetin vaki olduğu durumlarda, müştereklerden birinin hissesini satması halinde şufa talebinde de bulunmuşlardır.

Bütün bu değerlendirmelerden sonra, kadınlara ilişkin kayıtları incelediğimiz dönemle ilgili olarak şu hususlar vurgulanabilir: Öncelikle kadın, sosyo-ekonomik hayatın gerisinde değildir. Sahip oldukları hakları bilinçli bir şekilde kullanabilmekte ve bu haklara saldırı durumlarında rahat bir şekilde mahkemeye gelebilmektedir. Yine malik oldukları mallar üzerindeki tasarruf yetkilerini kullanabilmekte; alım-satım, kira, borç, kefalet vb. hukuki ilişkilerde yer alabilmektedir. Son olarak kadınların gerektiğinde kendi aile bireylerini dava edebilmesi, malları üzerindeki tasarruf yetkisini bizzat kullanabilmesi, nafakalarını temin etmeyen kocalarını şikâyet etmeleri ve muhalaa talebinde bulunmaları gibi hususlar, Osmanlı aile düzeninde klasik bir ataerkil yapının mevcut olmadığını da göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Abdulkadir, Udeh :**Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukâyeseli İslam Ceza Hukuku**,C. 1, C. 2, Çev. Ali Şafak, İstanbul, Kayıhan Yayınları, 2012.
- Akgündüz, Ahmed :**Şer‘iye Sicilleri Mâhiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler**, C.1, İstanbul, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1988.
: **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, C. III, İstanbul, OSAV Yayınları, 2012.
- Akman, Mehmet :**Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması**, İstanbul, Eren Yayıncılık, 2004.
- Ansay, Sabri Şakir :**Türk Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Apaydın, H. Yunus :“Karz”, **DİA**, C. 24, İstanbul, TDV, 2001, s. 520-526.
- Argıt, Betül İpşirli :“Osmanlı Hukuk Çalışmalarında Kadın”, **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi Türk Hukuk Tarihi Sayısı**, C. 3, S. 5, 2005.
- Avcı, Mustafa :**Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Konya, Mimoza Yayınları, 2010.
- Aydın, M. Akif :**Türk Hukuk Tarihi**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2012i
:İslam-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul, MÜİF Yayınları, 1985.
- Bakkaloğlu, Abdussamet :“Tefviz”, **DİA**, C.40, İstanbul, TDV, 2011, s. 310-311.
- Bardakoğlu, Ali :“Vesâyet”, **DİA**, C.43, İstanbul, TDV, 2013, s. 66-70.
:“Hidane”, **DİA**, C. 17, İstanbul, TDV, 1998, s. 467-471.

- Bostan, Hanefi :**XV-XVI. Asırlarda Trabzon Sancağında Sosyal ve İktisadi Hayat**, Ankara, TTK Basımevi, 2002.
:**Arşiv Belgelerine Göre Karadeniz'de Nüfus Hareketleri ve Nüfusun Etnik Yapısı**, İstanbul, Nöbetçi Yayınevi, 2012.
- Cin, Halil :**İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, Ankara, AÜHF Yayınları No:341, 1974.
- Cin, Halil- Akgündüz, Ahmed :**Türk Hukuk Tarihi**, C. II, 3. bs., İstanbul, OSAV Yayınları, 1995.
- Cin, Halil- Akyılmaz, Gül :**Türk Hukuk Tarihi**, 4. bs., Ankara, Sayram Yayınları, 2011.
- Demir, Fahri :**İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı**, 5. bs., Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2012.
- Devellioğlu, Ferit :**Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lügat**, 28. bs., Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları, 2011.
- Döndüren, Hamdi :“Mü'minler Arasında Sulh ve Savaş”, **Altınoluk**, Ekim 1990, Sa. 56.
- Düzdağ, Ertuğrul :**Kanuni Devri Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları**, İstanbul, Kapı Yayınları, 2012.
- Ekinci, Ekrem Buğra:**Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk**, 2. bs., İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2012.
- Fallmerayer, Jacob Philipp :**Trabzon İmparatorluğunun Tarihi**, Çev. Ahmet Cevat Eren, Ankara, TTK Basımevi, 2011.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin :**Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.
:**İslam Hukukunda Kölelik ve Cariyelik**, İstanbul, Beyan Yayınları, 1996.
- Gedikli, Fethi :“1560-1566 Yıllarında Akçaabat ve Köylerinin Sosyal ve Hukuki Durumu”, in: **Osmanlı**

- Hukuku –Makaleler-**, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 2012.
:“XV. ve XVI. Yüzyıllarda Osmanlı Devleti’nde Deniz Taşımacılığına Dair Bazı Hukuki Terimler ve Düzenlemeler”, in: **Osmanlı Hukuku –Makaleler-**, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 2012.
- Gerber, Haim :“Social and Economic Position of Women in an Ottoman City, Bursa, 1600-1700”, **International Journal of Middle East Studies**, Sa. 12, No:3, 1980.
- Goloğlu, Mahmut :**Trabzon Tarihi Fetihten Kurtuluşa Kadar**, Trabzon, Serander Yayınları, 2000.
- Gökbilgin, M. Tayyip:“XVI. Yüzyıl Başlarında Trabzon Livası ve Doğu Karadeniz Bölgesi”, **Belleten**, C. XXVI, Sa. 102, Ankara, TTK Basımevi, 1962.
- Heyd, Uriel :Studies In Old Ottoman Criminal Law, Oxford, At The Clarendon Press, 1973.
- İlgürel, Mücteba :“Şer‘iye Sicilleri Toplu Katoloğuna Doğru”, İÜEFTD, Sa. 28-29, 1975, s. 123-166.
- Jennings, Ronald C. :“Woman in Early 17th Century Ottoman Judicial Records: The Sharia Court of Anatolian Kayseri”, in: **Studies on Ottoman Social History in the Sixteenth and Seventeenth Centuries: Women, Zimmis and Sharia Courts in Kayseri, Cyprus and Trabzon, İstanbul, Isis Press, 1999.**
:“The Society and Economy of Maçuka in the Ottoman Judicial Registers of Trabzon, 1560-1640”, in: **Studies on Ottoman Social History in the Sixteenth and Seventeenth Centuries: Women, Zimmis and Sharia Courts in**

- Kayseri, Cyprus and Trabzon, İstanbul**, Isis Press, 1999.
- Kahveci, Nuri :**İslam Hukuku Açısından Nişanlılık**, İstanbul, Rağbet Yayınları, 2007.
- Kaşıkçı, Osman :“Zaman Aşımı”, **DİA**, C. 44, İstanbul, TDV, 2013, s. 114-116.
- Lowry, Heath W. :**Trabzon Şehrinin İslamlaşması ve Türkleşmesi 1461-1583**, Çev: Demet Lowry, Heath W. Lowry, 2. bs., İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 1998.
- Lowry Heath W., Emecen Feridun :“Trabzon”, **DİA**, C. 41, İstanbul, TDV, 2012, s. 296-301.
- Mahmud Esad Bin Emin Seydişehir:**Delilleriyle İslam Miras Hukuku**, Çev. İsmail Hakkı Uca, İstanbul, Esra Yayınları, 1994.
- Sava Paşa :**İslam Hukuku** Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, C. II, Çev. Baha Arıkan, İstanbul, Kitabevi Yayınları, t.y.
- Şakir Şevket :**Trabzon Tarihi**, Haz. İsmail Hacifettahoğlu, İstanbul, Kurtuba, 2013.
- Şimşek, Rasim :**Trabzon Belediye Tarihi I Osmanlı Dönemi**, Trabzon, Trabzon Belediyesi Kültür Yayınları, 1993.
- Tekindağ, Şehabeddin :“Trabzon”, MEB İslam Ansiklopedisi, C. XII/1, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi, 1997.
- Turan, Ali :“1815 Numaralı Trabzon Şer'iyeye Sicilinin Transkripsiyonu ve Hukuki Değerlendirmesi”, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Tursun Bey :**Tarih-i Ebü'l-Feth**, Haz. Mertol Tulum, İstanbul, İstanbul Fetih Cemiyeti Yayınları, 1977.

- Üçok Coşkun, Mumcu Ahmet,
Bozkurt Gülnihal :**Türk Hukuk Tarihi**, 10. bs., Ankara, Savaş
Yayınevi, 2002.
- Yaman, Ahmet :**İslam Aile Hukuku**, 8. bs., İstanbul, MÜİF
Vakfı Yayınları, 2011.
- Yavuz, Cevdet :“Dava”, **DİA**, C. 9, İstanbul, TDV, 1994, s. 12-
16.
- Zeydan, Abdülkerim:**İslam Hukukuna Giriş**, Çev. Ali Şafak,
İstanbul, Kayıhan Yayınları, 2011.

YETKİSİZ TEMSİL

Arş. Gör. Adem YELMEN¹

ÖZET

Bu çalışmanın konusu “yetkisiz temsil” dir. Yetkisiz temsil, TBK. m. 46-47’de düzenlenmiştir. Bu çalışmada, öncelikle yetkisiz temsil kavramı açıklanmıştır. Ardından yetkisiz temsilin ortaya çıkma şekilleri ele alınmıştır. Akabinde yetkisiz temsilin hüküm ve sonuçları, tarafların her biri açısından ayrı ayrı olarak ayrıntılı bir şekilde incelenmiş ve çalışma tamamlanmıştır. Nihayet çalışma sırasında edindiğimiz kanaatler ise, “Sonuç” kısmında topluca yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Temsil, yetkisiz temsil, culpa in contrahendo, güven sorumluluğu

AGENCY WITHOUT AUTHORITY

ABSTRACT

The subject of this study is “Agency Without Authority”. Agency without authority is arranged in Turkish Code of Obligations Art. 46-47. In this study, firstly, the concept of agency without authority was described. Afterwards, appearance modes of agency without authority was examined. Later on, the terms and results of agency without authority was separately studied in detail with regard to each part and the study was completed. Finally, during our investigation we have convictions are located in “Result” in a mass.

Keywords: Representation, agency without authority, culpa in contrahendo, trust responsibility.

¹ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı.

I. GİRİŞ

Yetkisiz temsilin düzenlendiği TBK. m. 46-47'de herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Söz konusu hükümler, genel itibariyle yetkisiz temsilin hüküm ve sonuçlarına yöneliktir. Buna karşılık, yetkisiz temsilin hukukî niteliği veya hangi hallerin yetkisiz temsile vücut vereceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, genel olarak temsile ilişkin hükümlerden ve diğer ilgili düzenlemelerden birtakım sonuçlara varılmaktadır. Bunlar aşağıda ele alınmıştır. Bunların yanında bu çalışmanın esasını teşkil eden mesele ise, yetkisiz temsil halinde tarafların birbirlerine karşı olan hak ve sorumluluklarıdır. Bu kapsamda esas olarak, söz konusu hak ve sorumlulukların dayanağı, niteliği ve sonuçları açıklanmaya çalışılmıştır.

II. YETKİSİZ TEMSİL KAVRAMI

Bir kimsenin temsil yetkisi olmadığı halde başka bir kişi adına bir hukukî işlem veya sözleşme yapması, yetkisiz temsil olarak ifade edilmektedir². Burada yetkisi olmadan başkası adına hukukî işlem yapan kişiye “yetkisiz temsilci” denir³.

²Esener, Turhan; Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımdan Yetkisiz Temsil, Ankara 1963, s. 115; Berki, Şakir; Türk Borçlar Kanununda Temsil, BATİDER., C. VIII, S. 1, Y. 1975, s. 31; Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1976, s. 421; VonTuhr, Andreas (Çev: Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt: 1-2, Ankara 1983, s. 355; Özsunay, Ergun; Borçlar Hukuku I, 2. Baskı, İstanbul 1983, s. 143; İnan, Ali Naim; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1984, s. 229; Sungurbey, Ayfer Kutlu; Yetkisiz Temsil, Özellikle CulpaInContrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s. 10; Önen, Turgut; Borçlar Hukuku, Ankara 1996, s. 80; Eren, Fikret; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 453; Kocayusufoğlu, Necip; Borçlar Hukuku'na Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 5. Tıpkı Baskı, İstanbul 2010, s. 719-720; Erdoğan, İhsan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 100; Akıntürk, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2006, s. 73; Akyol, Şener; Türk Medenî Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 449; Kayıhan, Şaban; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 158; Akıncı, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Hazırlanmış 5. Baskı, Konya 2011, s. 132; Nomer, Haluk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, İstanbul 2012, s. 106; Reisoğlu, Safa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul 2012, s. 159; Antalya, Gökhan; 6098 Sayılı Türk Borçlar

Yetkisiz temsilin söz konusu olabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Öncelikle, yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme yapılmış olmalıdır⁴. Yetkisiz temsilcinin, bu sözleşmeyi başka biri özellikle temsil olunan adına yapmış olması gerekir⁵. Nihayet temsilen işlem yapan, temsil yetkisine sahip olmamalıdır⁶.

Yetkisiz temsil, vekâletsiz iş görmeden farklı bir müessesedir⁷. Gerçekten de yetkisiz temsilcinin sadece hukukî işlem yapması söz konusudur⁸. Oysa vekâletsiz iş gören hukukî işlemler yapabileceği gibi, salt maddî fiillerde de bulunabilir⁹. Yetkisiz temsilcide temsil yetkisi yoktur, vekâletsiz iş göründe ise vekâlet yoktur¹⁰. Vekâlet sözleşmesi ile temsil yetkisi ise birbirinden farklı kavramlardır¹¹. Yetkisiz temsilciyle

Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2012, s. 400; BGE 51 II 219, (BSK OR I – RolfWatter/YvesSchneller, Art. 38 N 2).

³Esener, Turhan; Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, (BK. m. 1-40) Ankara 1969, s. 276; Tunçomağ, s. 421; İnan, s. 229; Eren, s. 453; Kocayusufoğlu, s. 720; Karahasan, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, Ankara 2003, s. 406; Deryal, Yahya/Genç, Cemal; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 188.

⁴Esener, Temsil, s. 115-116; Aynı Yazar, Borçlar, s. 576; Özsunay, s. 143; Sungurbey, s. 10; Eren, s. 453; Karahasan, s. 406; Süleyman, Faris İ.; Mukayeseli Olarak Türk ve Irak Hukukunda Temsil, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009, s. 101; Altın, Fatma Zeynep; Yetkisiz Temsil, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009, s. 3.

⁵Esener, Temsil, s. 116; Aynı Yazar, Borçlar, s. 576; Özsunay, s. 144; Eren, s. 453; Karahasan, s. 406; Süleyman, s. 98; Altın, s. 6.

⁶Esener, Temsil, s. 117; Aynı Yazar, Borçlar, s. 576; Özsunay, s. 143; Eren, s. 453; Karahasan, s. 406; Süleyman, s. 103; Altın, s. 9.

⁷Kırca, İsmail; Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller, AÜHFĐ., C. 44, S. 1-4, Y. 1995, s. 443.

⁸Sungurbey, s. 26; Akyol, s. 459.

⁹Nitekim düşen bir atın yerden kaldırılması, batan bir geminin enkazının çıkarılması, dağda kalan bir kimsenin kurtarılması, onarım yapılması, ürün kirasında sözleşme sınırlarını aşan düzenlemeler yapılması gibi hukukî işlem niteliğinde olmayan fiillerin yapılması da vekâletsiz iş görme olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sungurbey, s. 26.

¹⁰Sungurbey, s. 29; Kırca, s. 444.

¹¹Vekâlet bir sözleşmedir. Bu niteliği itibariyle iki kişi arasında karşılıklı irade açıklamalarının uyuşması ile meydana gelir. Oysa temsil, temsil olunanın tek taraflı irade açıklamasıyla temsilciye verdiği yetkidir. Akyol, s. 459.

üçüncü kişi arasındaki ilişki, dış ilişki niteliğindedir¹². Bu dış ilişkiye TBK. m. 46-47’de yer alan yetkisiz temsil kuralları uygulanır. Buna karşılık, yetkisiz temsilciyle temsil olunan arasındaki ilişki bir iç ilişkidir¹³. Bu ilişkiye ise TBK. m. 526 vd.’daki vekâletsiz iş görme kuralları uygulanır.

III. YETKİSİZ TEMSİLİN ORTAYA ÇIKMA ŞEKİLLERİ

Yetkisiz temsil ilişkisi çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bunlar şu şekilde sayılabilir:

- Yetkisiz temsil olunan, yetkisiz temsilciye hiç temsil yetkisi vermemiş olabilir¹⁴. Veya verilen yetki herhangi bir şekilde sona ermiş ve dolayısıyla temsilci işlem anında yetkisiz olabilir. Yine temsil yetkisi henüz verilmemiş olabilir.
- Temsilci, bir hukukî ilişkide veya sözleşmeyi yaparken verilen yetkinin sınırlarını aşmış olabilir¹⁵. Burada yetkisizlik, kural olarak sadece aşılan miktar bakımından söz konusu olur.

¹²Sungurbey, s. 32; Kırca, s. 443-444.

¹³Sungurbey, s. 32.

¹⁴Tunçomağ, s. 421; Eren, s. 453; Kocayusufoğlu, s. 720; Akıntürk, s. 73; Akyol, s. 451; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 105; Akıncı, s. 132; Uygur, Turgut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I Madde 1-236, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 391; Kılıçoğlu, Ahmet M.; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 16. Baskı, Ankara 2012, s. 245; Reisoğlu, s. 159; Karahasan, s. 406; Antalya, s. 400; Süleyman, s. 94; Özdemir, Şule Albayrak; Türk Borçlar Hukukunda Temsil, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009, s. 29; Cihan, Ali Hulki; Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010, s. 10; Altın, s. 30 vd.

¹⁵Esener, Temsil, s. 121; Eren, s. 453; Kocayusufoğlu, s. 720; Akıntürk, s. 73-74; Akyol, s. 452; Akıncı, s. 132; Uygur, s. 391; Kılıçoğlu, s. 245; Reisoğlu, s. 159; Karahasan, s. 406; Antalya, s. 400; Süleyman, s. 107; Cihan, s. 9; Altın, s. 35 vd.

- Temsil yetkisi geçersiz olabilir. Meselâ temsil yetkisini veren fiil ehliyetine sahip olmayabilir¹⁶. Bu durumda da yetkisiz temsil söz konusudur¹⁷.
- Temsilci, temsil olunanın talimatlarına aykırı bir hukukî işlem veya sözleşme yapmış olabilir¹⁸.
- Müşterek temsil yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda, temsilcilerden sadece biri temsil olunan adına işlem veya sözleşme yapmış olabilir¹⁹.
- Kanunî temsil ile tüzel kişilerin temsilinde, kanunî temsil ile tüzel kişilerin temsilcileri yetkisiz olarak hukukî işlem yapmış olabilir²⁰.
- Temsilci, temsil yetkisini kötüye kullanmış olabilir²¹.

IV. YETKİSİZ TEMSİLİN HÜKÜM ve SONUÇLARI

Yetkisiz temsilde temsilcinin yaptığı sözleşme, kurulmuş olmakla birlikte yetkisiz temsil olunanın hukuk alanında hüküm ve sonuçlarını doğurmaz²². Bu sonuç Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Gerçekten de Yüksek Mahkemenin bir kararında; *“Temsil kudreti olmayan annenin mümessil sıfatıyla yaptığı tasarruf, temsil edilmek istenen kimsenin yarar ve zararına hiç bir hüküm ve netice doğurmaz”* ifadelerine yer verilmiştir²³. Temsil olunan onayncaya kadar sözleşme, eksik bir

¹⁶Esener, Temsil, s. 122; Tunçomağ, s. 421; Akyol, s. 455; Akıntürk, s. 74.

¹⁷Eren, s. 453; Kocayusufpaşaoğlu, s. 720; Karahasan, s. 406; Akyol, s. 455; Antalya, s. 400.

¹⁸Eren, s. 453; Kocayusufpaşaoğlu, s. 720; Antalya, s. 400; Özdemir, s. 29.

¹⁹Eren, s. 453; Kocayusufpaşaoğlu, s. 720; Akyol, s. 456; Antalya, s. 400.

²⁰Eren, s. 453.

²¹Kocayusufpaşaoğlu, s. 720; Akyol, s. 457.

²²Gönensay, A. Samim; Borçlar Hukuku 1. Cilt, İstanbul 1948, s. 142; Tunçomağ, s. 421; Esener, Temsil, s. 121; Özsunay, s. 143; İnan, s. 228; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/Özdemir, Refet; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 97; Sungurbey, s. 37; Oftinger, Karl/Jeanpretre, Raymond (Çev: Kemal Dayındarlı); Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1990, s. 160; Eren, s. 454; Uygur, s. 391; Kılıçoğlu, s. 245; Karahasan, s. 406; Antalya, s. 401.

²³ 1. HD., T. 04.06.1985, E. 1985/5206, K. 1985/7255, (KBİBB). Yargıtay'ın aynı doğrultudaki tespit edilen diğer kararları için bkz. 13. HD., T. 26.01.1993, E. 1993/36,

sözleşmedir²⁴. Bu durumda “askıda hükümsüzlük, eksiklik”²⁵ söz konusu olur²⁶.

Temsil olunan, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemleri onayabilir. Bu durumda TBK. m. 46/I gereğince, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem temsil olunanı bağlar. Onama, yetkisiz temsilci tarafından yapılan bir hukukî işleme veya sözleşmeye, daha sonra temsil olunanca verilen onaydır²⁷. Onama için herhangi bir özel şekil şartı bulunmamaktadır²⁸. Onamanın

K. 1993/459; 15. HD., T. 09.03.2006, E. 2005/7437, K. 2006/1321; 14. HD., T. 20.04.2007, E. 2007/2409, K. 2007/4635; 3. HD., T. 04.02.2002, E. 2002/414, K. 2002/1200; HGK., T. 19.10.2011, E. 2011/12-549, K. 2011/644, (KBİBB).

²⁴Tunçomağ, s. 421; VonTuhr, s. 356; Özsunay, s. 143; Eren, s. 454; Kocayusufpaşaoğlu, s. 721.

²⁵ Eksiklik, kanunda sözleşme için öngörülen bazı unsurların noksan olmasına denir. Eksiklik halinde sözleşme kurulmuştur. Ancak, kanun tarafından öngörülmüş bazı unsurlar bu sözleşmede yer almamaktadır. Bu sebeple, kurulmuş olan sözleşmenin hüküm ve sonuçları meydana gelmez. Burada bahsedilen sözleşme için bir askı durumu söz konusudur. Başlangıçta eksik olan unsurların daha sonra tamamlanması mümkündür. Bu durumda, sözleşme hüküm ve sonuçlarını başlangıçtan itibaren tam olarak meydana getirir. Eksik unsur veya olay eklenmezse, sözleşme tamamlanamaz ve böylece kesin olarak hükümsüz hale gelir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 333; Öztan, Bilge; Medenî Hukukun Temel Kavramları, 37. Bası, Ankara 2012, s. 33; Kocayusufpaşaoğlu, s. 593; Oğuzman/Öz, s. 184; Başpınar, Butlan, s. 21; Deryal/Genç, s. 179; Bozkurt, Enver; Genel Hukuk Bilgisi, Ankara 2011, s. 50; Işıқтаç, Yasemin; Hukuk Başlangıcı, İstanbul 2010, s. 184; Antalya, s. 112; Esener, s. 213; Hatemi, Hüseyin; Medeni Hukuk’a Giriş, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 2012, s. 170; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 511.

²⁶ Esener, Temsil, s. 121; Aynı Yazar, Borçlar, s. 578; Tunçomağ, s. 421; İnan, s. 228; Sungurbey, s. 44; Eren, s. 454; Kocayusufpaşaoğlu, s. 721; Deryal/Genç, s. 188; Kayıhan, s. 158; Akıncı, s. 132; Nomer, s. 106; Uygur, s. 391; Reisoğlu, s. 159; Karahasan, s. 406; Akyol, s. 462; Antalya, s. 400.

²⁷ Bir kimse tarafından yapılan bir hukukî işlemin etkili olması, hüküm ve sonuçlarını doğurması bir başka kimsenin irade beyanına bağlı ise, bu irade beyanına “muafakat onay” denir. Onay verilinceye kadar hukukî işlem etkisiz, yani hükümsüzdür. Onay zaman yönünden ikiye ayrılır. Zaman itibarıyla önceden verilen onaya “izin”; sonradan verilene ise “onama=icazet” denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 455. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında göre de, “onama, temsilcinin hareketlerini daha sonradan hukukî hale getiren, temsilciye veya üçüncü kişiye yöneltilen bir irade beyanıdır.”. BGE 101 II 222. Bkz. OFK-Schöbi, OR 38 N 4.

²⁸ VonTuhr, s. 356.

muhatapı kural olarak üçüncü kişidir²⁹. Onama, geçmişe etkili sonuçlar doğurur³⁰. Böylece onama, yetkisiz olarak yapılan sözleşmeyi sanki baştan itibaren temsil yetkisi varmış gibi geçerli hale getirir³¹. Bu husus Yargıtay kararlarına da yansımıştır³².

Bazı istisnai durumlarda, temsil yetkisi bulunmamasına ve onama verilmemesine rağmen, yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmeler temsil olunanı bağlar³³. Bu haller, özellikle temsil olunanın temsil yetkisini üçüncü kişilere bildirmesi ve onların da iyiniyetli olmaları durumunda söz konusu olur³⁴. Bu husus genellikle dış temsil yetkisinin olduğu durumlarda kendisini gösterir³⁵. Bunun yanında yetkisiz temsilcinin iş ve

²⁹ Akyol, s. 463. Bununla birlikte, onama, temsilciye yöneltilerek yapılabilir. VonTuhr, s. 356. BGE 101 II 222. Bkz. OFK-Schöbi, OR 38 N 4.

³⁰ Tunçomağ, s. 421; VonTuhr, s. 356; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 97; Önen, s. 81; Oftinger/Jeanpretre, s. 160; Eren, s. 455; Nomer, s. 106; Uygur, s. 391; Karahasan, s. 406; Akyol, s. 463; Antalya, s. 402.

³¹ Gönensay, s. 143; Tunçomağ, s. 421; Berki, Temsil, s. 31; VonTuhr, s. 356; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 98; Önen, s. 81; Eren, s. 455; Deryal/Genç, s. 188; Nomer, s. 106; Hatemi/Gökyayla, s. 105; Uygur, s. 391; Kılıçoğlu, s. 246; Karahasan, s. 406; Akyol, s. 463; Antalya, s. 402; Çiçek, Banu; Türk Borçlar Hukukunda İradi Temsil Yetkisinin Sona Ermesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010, s. 19.

³² Gerçekten de Yüksek Mahkemenin bir kararına göre; "...38. maddedeki (bir kimse salahiyyetli olmadığı halde diğer bir şahıs namına bir akit yaptığı takdirde, bu şahıs bu akde icazet vermedikçe alacaklı ve borçlu olmaz) hükmünden çıkan anlam, sonradan verilen icazetin yetkisiz temsilcinin daha önce yapmış olduğu işlemleri de içine alacağı ve bu işlemlere geçerlilik vereceği yolundadır." Bkz. HGK. T. 11.12.1963, E. 1963/65, K. 1963/100, (KBİBB). Yargıtay'ın aynı doğrultuda tespit edilen diğer kararları için bkz. HGK., T. 03.06.1964, E. 1964/182, K. 1964/392; HGK., T. 07.04.1965, E. 1965/1-26, K. 1965/149; HGK., T. 14.10.1972, E. 1968/2-712, K. 1972/836; 1. HD., T. 24.03.2004, E. 2004/2636, K. 2004/3322; 19. HD., T. 30.06.2011, E. 2011/8772, K. 2011/8805, (KBİBB).

³³ Eren, s. 458.

³⁴ Eren, s. 458.

³⁵ Temsil yetkisinin, temsil olunan tarafından sözleşme yapılacak üçüncü kişiye bildirilmesine dış temsil yetkisi denir. Dış temsil yetkisinin, temsil olunan tarafından üçüncü kişilere bildirilmesiyle onlara güven verilmiş olur. Bu güvenin sonucu olarak üçüncü kişilerin, bildirilen temsil yetkisinin varlığı hakkındaki iyiniyetleri korunur. Söz konusu temsil yetkisinin sınırı da TBK. m. 41 göz önünde tutularak çizilir. Buna göre, Başkası adına ve hesabına temsil kamu hukukundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere; temsil hukuksal bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir. Temsil yetkisi

işlemlerinin temsil olunan tarafından benimsenmiş olması da aynı sonucu doğurmaktadır. Bu durum, Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin bir kararında “*Yetkisiz temsilcinin düzenlediği başka çekleri temsil edilen benimseyip ödediğine göre, dava konusu çekten sorumlu tutulmak gerekir.*” ifadesine yer vermiştir³⁶. Yine Yargıtay'ın diğer bir kararına göre de, “*Yetkisiz temsilcinin iş ve işlemlerinin temsil edilen tarafından benimsendiğinin ispatı davacıya aittir.*”³⁷. Görüldüğü üzere, temsil olunanın benimsemesinin ispatı külfeti, üçüncü kişiye aittir.

Temsil olunanın onaması halinde, sözleşme kurulduğu ve kural olarak sorumluluğu gerektirecek bir durum gündeme gelmediği için, herhangi bir mesele yoktur³⁸. Asıl mesele, temsil olunanın onama vermemesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda taraflar bakımından ortaya çıkan sonuçlar ise, aşağıda her bir taraf açısından ayrı ayrı incelenmiştir.

A. Yetkisiz Temsilci Bakımından

Temsilci, yetkisiz temsilde başkası adına hareket ettiği için hiçbir zaman ilgili sözleşmenin tarafı haline gelmez³⁹. Bununla birlikte, sözleşmenin onanmaması, yetkisiz temsilciyi üçüncü kişinin bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmek mecburiyetinde bırakır⁴⁰. Gerçekten de TBK. m. 47'de, üçüncü kişiye, sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı uğradığı zararlar için yetkisiz temsilciden tazminat isteme hakkı tanınmıştır⁴¹. Burada hükme bağlanan tazminat, menfi zararın giderilmesi

üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimle göre belirlenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 436 vd.

³⁶ 19. HD., T. 30.11.1993, E. 1992/9367, K. 1993/8158, (KBİBB).

³⁷ 15. HD., T. 16.04.2002, E. 2002/60, K. 2002/1870, (KBİBB).

³⁸ Bununla birlikte somut duruma göre gecikme zararı gündeme gelebilir. Bu hususa aşağıda yer verilmiştir. Bkz. IV, C.

³⁹ Eren, s. 458; Antalya, s. 400.

⁴⁰ Belgesay, Mustafa Reşit; Hukuki Muamelelerde Temsil, İstanbul 1941, s. 138; Gönensay, s. 144; Tunçomağ, s. 423; Özsunay, s. 144; VonTuhr, s. 358; İnan, s. 229; Önen, s. 82; Eren, s. 458; Akyol, s. 536; Akıncı, s. 132; Uygur, s. 393; Antalya, s. 402.

⁴¹ Yargıtay da bu sonucu kararlarına yansıtmıştır. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin bir kararına göre, “*İcazetin bulunmaması halinde uğranılan zararın mümessil sıfatını*

kapsamındadır⁴². Bunun için ise, yetkisiz temsilcinin kusurlu⁴³ olmasına gerek yoktur⁴⁴.

TBK. m. 47/II' e göre, hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir. Ancak bunun için öncelikle yetkisiz temsilcinin kusurlu olması gerekmektedir. Bunun yanında somut durumun “hakkaniyet”⁴⁵ gerekleri, diğer zararların tazmin edilmesini de haklı kılmalıdır. Temsilcinin kusuru ile hakkaniyet gerekliliği, birbirini tamamlayıcı rol oynayabilir. Temsilcinin kusuru hafifse, hakkaniyet gereksinimi geniş ve derin olmalıdır⁴⁶. Aksine temsilcinin kusuru ağır ise, bu takdirde hakkaniyet şartı hafif tutulmalıdır⁴⁷.

takınan kimse tarafından karşılanması gerekir.” Bkz. 14. HD., T. 20.04.2007, E. 2007/2409, K. 2007/4635, (KBİBB).

⁴²Belgesay, s. 138; Kaneti, Selim; İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), Ankara 1968, s. 75; Tunçomağ, s. 423; Özsunay, s. 144; İnan, s. 229; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 100; Önen, s. 82; Eren, s. 458; Kocayusufoğlu, s. 734; Akyol, s. 536; Nomer, s. 107; Hatemi/Gökyayla, s. 105; Uygur, s. 393; Reisoğlu, s. 160; Karahasan, s. 415.

⁴³ Aşağıda izah edildiği üzere, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun esası, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanmaktadır. Culpa in contrahendo sorumluluğunda ise “kusur” şartı aranmaktadır. Bununla birlikte, sözleşme görüşmelerinden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlâl edilmesinin sadece kusurun varlığı halinde culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açacağı kuralına, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu ile kanunî bir istisna getirilmiştir. Demircioğlu, Huriye Reyhan; Güven esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (CulpaInContrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s. 211.

⁴⁴ Bir görüş, yetkisiz temsilcinin mutlak olarak kusursuz olmasına rağmen sorumlu olacağı yönündeki çoğunluk fikrine katılmamaktadır. Bu görüşe göre, öyle istisnai durumlar söz konusu olabilir ki, yetkisiz temsilcinin üçüncü şahsa karşı sorumlu olması uygun ve adil olmaz. Bkz. Akyol, s. 538. Kanaatimizce de söz konusu görüş isabetlidir.

⁴⁵ “Hakkaniyet, hâkimin takdiri demek değildir. Hakkaniyet arturumu, haklı vakıalara dayanmak mecburiyetindedir.”. BGE 106 II 133. Hakkaniyet, özellikle sözleşmenin hükümsüz kalmasından dolayı kâr kaybının olduğu durumlarda gündeme gelir. Bkz. BSK OR I – RolfWatter/YvesSchneller, Art. 39 N 9.

⁴⁶Akyol, s. 537-538.

⁴⁷Akyol, s. 538.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, niteliği itibariyle sözleşme görüşmelerinden (culpa in contrahendo'dan)⁴⁸ doğan sorumluluktur^{49, 50}. Gerçekten de yetkisiz temsilci, temsil yetkisinin varlığına ve dolayısıyla kurulan sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracağına dair üçüncü kişi nezdinde uyandırdığı haklı güvenin ihlâlinden sorumludur⁵¹. Bu sebeple burada haksız fiil sorumluluğu değil, TMK. m. 2/I gereğince güven ilkesine dayanan özen⁵² yükümlülüğü, aydınlatma, bilgi verme borçlarının ihlâlinden doğan sözleşme sorumluluğuna ilişkin kurallar uygulanmalıdır⁵³. Söz konusu sorumluluk, sözleşme görüşmeleri esnasında temsilcinin uymak mecburiyetinde olduğu aydınlatma yükümlülüğü ile dürüst davranma yükümlülüğünün ihlâlinden doğmaktadır⁵⁴. Görüldüğü üzere yetkisiz temilde, birçok culpa in contrahendo vakiasından farklı olarak, sorumluluk süjesi, kurulması amacıyla görüşmelerine girilen sözleşmenin taraflarından birisi değildir⁵⁵. Gerçekten de temsilci, görüşmeleri yapılan sözleşmede taraf

⁴⁸ Temsilci, temsil yetkisi bulunmadığı halde, varmış gibi üçüncü kişi ile sözleşme yapmak üzere temas eder. Bu bir "işlem teması"dır. Söz konusu temas sebebiyle, temsilci ile üçüncü kişi arasında,culpa in contrahendo'nun dayanağını teşkil eden bir "koruma ilişkisi" veya bir "güven ilişkisi" oluşur. Culpa in contrahendo, zamanla güven teorisinin gelişmesiyle onun şemsiyesi altında kalmıştır, fakat sorumluluk sorunlarının taraflar arasında dağıtılmasında hakem rolünü oynamaya devam etmiştir. Akyol, s. 525, 533.

⁴⁹ Esener, Temsil, s. 134; Aynı Yazar, Borçlar, s. 583; Tunçomağ, s. 424; Sungurbey, s. 118; Eren, s. 458; Kocayusufpaşaoğlu, s. 734; Akyol, s. 536; Nomer, s. 107; Karahasan, s. 414; Oğuztürk, Burcu Kalkan; Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 64; Altın, s. 104; Antalya, s. 402; BSK OR I – RolfWatter/YvesSchneller, Art. 39 N 5.

⁵⁰ BGE 104 II 94. Bkz. OFK-Schöbi, OR 39 N 5. Uygulamada da sorumluluğun hukukî dayanağı olarak kısmen haksız fiil kısmen de sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri göz önünde tutulur. BGE 104 II 94, BGE 108 II 419. Bkz. OFK-Schöbi, OR 39 N 5.

⁵¹ Demircioğlu, s. 209.

⁵² Temsil yetkisi varsa temsilci, bunu temsil olunanın çıkarlarına ters düşmeyecek şekilde kullanmalıdır. Yani temsilci görevini sadakat ve özen ile yerine getirmelidir. Sungurbey, s. 118; Kocayusufpaşaoğlu, s. 750; Başpınar, Veysel; Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 54.

⁵³ Eren, s. 458; Karahasan, s. 414.

⁵⁴ Sungurbey, s. 118; Eren, s. 458; Karahasan, s. 414.

⁵⁵ Demircioğlu, s. 209.

sıfatını taşımamaktadır⁵⁶. Bu durum ayrıca, temsilcinin kurulacak sözleşmenin ifasından sorumlu tutulamamasının da sebebidir⁵⁷. Buradan çıkan sonuç şudur: culpa in contrahendo'da sorumluluk süjesi, kurulmasına girilen sözleşmenin taraflarına göre değil, haklı güveni ihlâl eden davranışın sahibine göre belirlenir⁵⁸.

B. Yetkisiz Temsil Olunan Bakımından

Yetkisiz temsil ilişkisinde, kural olarak temsilcinin yaptığı işlem temsil olunanı bağlamayacağı gibi, onun aleyhine bir tazminat da doğurmaz⁵⁹. Zira yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmenin tarafı, yetki vermeği için temsil olunan değildir⁶⁰. Yetkisiz temsilci de sözleşmeyi kendi adına yapmadığını üçüncü kişiye bildirdiği için, o da sözleşmenin tarafı olmaz⁶¹. Temsil olunan, yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmeyi kural olarak onaylamak mecburiyetinde de değildir⁶².

Temsil olunan, temsil hususunda üçüncü kişilerde belirli bir kanaatin doğumuna yol açan bir hukukî görünüş yaratmışsa bunun sonuçlarına katlanır⁶³. İyiniyetli üçüncü kişiler, söz konusu hukukî

⁵⁶Culpa in contrahendo sorumluluğunda sorumluluk süjesinin kurulacak sözleşmenin tarafı sıfatını taşıması gerekmez. Çünkü culpa in contrahendo sorumluluğu, görüşmeleri yapılan sözleşmenin kurulup kurulmadığından bağımsız olduğu gibi, geçerli veya geçersiz şekilde kurulmuş olan sözleşmeden de gerek kaynağı gerekse tarafları yönünde bağımsızdır. Culpa in contrahendo da haklı güvenin ihlâline bağlanan bir sorumluluk söz konusudur. Yetkisiz temsilde temsil yetkisinin varlığına ve dolayısıyla kurulan sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracağına dair güveni yaratan kural olarak temsil olunan değil, yetkisiz temsilcidir. Demircioğlu, s. 209.

⁵⁷Demircioğlu, s. 209.

⁵⁸Demircioğlu, s. 209.

⁵⁹Berki, Şakir; Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, Üçüncü Tab'ı, Ankara 1962, s. 122; Özsunay, s. 143; İnan, s. 228; Sungurbey, s. 37; Önen, s. 80; Akyol, s. 544; Eren, s. 454.

⁶⁰Eren, s. 454.

⁶¹Eren, s. 454. Bu hususun bir istisnası bulunmaktadır. Gerçekten de TTK. m. 678'e göre, temsile yetkili olmadığı halde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeden bizzat sorumludur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Manav, Seda Türkan; Temsilci Vasıtasıyla Kambyo Taahhüdünde Bulunma, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007, s. 62 vd.

⁶²Sungurbey, s. 49; Akyol, s. 493.

⁶³Esener, Temsil, s. 120; Sungurbey, s. 40; Akyol, s. 546.

görünüşe göre yaptıkları işlemler bakımından korunur⁶⁴. Bununla birlikte, işlemin ayakta kalmadığı ve dolayısıyla temsil olunanın bunun neticesi olarak “sorumluluğunun” gündeme geleceği durumlar da olabilir. Bu kapsamda, temsil olunanın sorumluluğu, culpa in contrahendo sorumluluğuna vücut verebileceği gibi, somut duruma göre güven sorumluluğu kapsamına da girebilir⁶⁵.

Temsil olunanın yetkisiz temsilcinin davranışlarından sorumluluğu “yardımcı şahsın davranışlarından sorumluluk” kapsamında da gündeme gelebilir. Gerçekten de yetkisiz temsilci, TBK. m. 116 anlamında “yardımcı şahıs” konumunda ise, temsil olunan onun davranışlarından bu kapsamda sorumlu tutulur⁶⁶. Buna karşılık, yetkisiz temsilci, somut durum uyarınca TBK. m. 66 anlamında çalışma yardımcısı da olabilir. Bu durumda ise çalışma yardımcısı konumundaki yetkisiz temsilci, kendisine verilen bir işin görülmesi dolayısıyla temsil yetkisi olmamasına karşın üçüncü kişi ile sözleşme yapmışsa, adam çalıştırmanın sorumluluğu gündeme gelebilir⁶⁷.

Yetkisiz temsilcinin hareketleri, kural olarak temsil olunanı bağlamamakla birlikte zarara uğratabilir. Bu durumda temsilci, temsil olunan ile aralarında vekâlet veya hizmet gibi bir sözleşme ilişkisi varsa sözleşmeden doğan sorumluluğa, aksi halde haksız fiile ve har halde vekâletsiz iş görenin sorumluluğuna tâbi olur⁶⁸.

⁶⁴Esener, Temsil, s. 120; Sungurbey, s. 40; Akyol, s. 546.

⁶⁵Temsil olunanın culpa in contrahendo sorumluluğu gündeme gelebilmesi için, yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme görüşmelerinde önemli bir rolünün veya herhangi bir surette ona izafe edilebilecek bir kuvvetli bağının olması gerekir. Bu husus her durumda olmayabilir. Bununla birlikte doğrudan olmasa da temsil olunanına izafe edilebilecek bir bağlantı mevcut olabilir. İşte culpa in contrahendo sorumluluğu sınırını aşan bu gibi durumlarda dar anlamda güven sorumluluğu gündeme gelir. Dar anlamda güven sorumluluğu ile culpa in contrahendo büyük oranda örtüşmektedir. Fakat culpa in contrahendo, koruma yükümlülüklerinin sadece sözleşme görüşmelerindeki ihlâlini ifade ettiğinden, güven sorumluluğu kavramı, culpa in contrahendo sorumluluğundan daha geniştir. Bkz. Demircioğlu, s. 161 vd.

⁶⁶Sungurbey, s. 137; Kocayusufpaşaoğlu, s. 745-746; Akyol, s. 536.

⁶⁷Sungurbey, s. 139; Akyol, s. 549.

⁶⁸Eren, s. 459; Kocayusufpaşaoğlu, s. 749; Antalya, s. 406.

C. Üçüncü Kişi Bakımından

Yetkisiz temsilde üçüncü kişi, temsil olunan tarafından onama açık veya örtülü olarak reddedilinceye kadar sözleşmeyle bağlıdır^{69, 70}. Konunun düzenlendiği TBK. m. 46'da, askı durumu süresine ilişkin herhangi bir bilgi yer almamaktadır. Bununla birlikte, TBK. m. 46/II'de, süre meselesinin olumsuz sonuçlar doğurmasını engellemeye yönelik bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunandan, "uygun bir süre"⁷¹ içinde bu hukukî işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemle bağlı olmaktan kurtulur. Yetkisiz temsil olunan, bu süre içerisinde olumsuz bir cevap verir veya hiç cevap vermezse, onama verilmediği için sözleşme tarafları bağlamaz⁷². Bunun sonucu olarak da, askı durumu ortadan kalkar ve kesin hükümsüzlük sebebiyle sözleşme geçersiz hale gelir⁷³.

⁶⁹Esener, Borçlar, s. 579; Tunçomağ, s. 422; Özsunay, s. 144; Tekil, Fahiman; Borçlar Hukuku, İstanbul 1980, s. 119; VonTuhr, s. 357; İnan, s. 228; Sungurbey, s. 44; Eren, s. 457; Deryal/Genç, s. 188; Nomer, s. 106; Uygur, s. 391; Kılıçoğlu, s. 245; Karahasan, s. 413; Antalya, s. 400.

⁷⁰ BGB. §. 178'de ise aksi bir düzenleme mevcuttur. Gerçekten de söz konusu paragrafta göre, sözleşmenin kurulduğu anda temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmeyen üçüncü kişi, buna dayanarak icazet verilinceye kadar sözleşmeden cayabilir. Dolayısıyla üçüncü kişi, dilerse temsil olunana dilerse yetkisiz temsilciye yöneltebileceği tek taraflı bir irade beyanı ile söz konusu sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulabilir. Sözleşmenin bu şekilde kesin olarak hükümden düşürülmesinden sonra da, temsil olunan onama vererek sözleşmeyi kurtarma imkânını kaybeder. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufoğlu, s. 728-729; Akyol, s. 466; İnceoğlu, Murat; Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 362-363.

⁷¹ Uygun süre meselesi Alman Medenî Kanunu'nda yer bulmuştur. Gerçekten de, BGB. §. 177/II'den temsil olunanın, kendisine başvurudan itibaren "iki hafta" içerisinde cevabını bildirmemesi halinde, onun onay vermeyi reddettiği anlamı çıkarılmaktadır. Bununla birlikte söz konusu iki haftalık süre tarafların anlaşması ile veya üçüncü kişiye tek taraflı olarak artırılabilir. Bunların yanında, uygun süre meselesi, taraflar arasındaki ilişkinin mahiyeti, sözleşmenin konusu, dürüstlük kuralı ve güven ilkesi göz önünde tutularak tayin edilmelidir. Akyol, s. 479; İnceoğlu, s. 403.

⁷² Özsunay, s. 144; VonTuhr, s. 358; Eren, s. 457; Karahasan, s. 413.

⁷³ Tunçomağ, s. 423; Özsunay, s. 144; Eren, s. 457; Kocayusufoğlu, s. 722; Uygur, s. 392; Reisoğlu, s. 160; Karahasan, s. 413; Antalya, s. 400.

Temsil olunanın sözleşmeyi onamaması, kural olarak üçüncü kişiye ondan tazminat isteme hakkı vermez⁷⁴. Bunun tek istisnası, temsil olunanın bu davranışının TBK. m. 44/II'ye göre bir culpa in contrahendo teşkil etmesidir⁷⁵. Buradaki tazminat da kural olarak, menfi zararın giderilmesine yöneliktir⁷⁶.

Yukarıda ifade edildiği üzere, temsil yetkisinin varlığına güvenen üçüncü kişi, yetkisiz temsilciden bu yüzden uğradığı zararların tazminini culpa in contrahendo esasınca isteyebilir. Bununla birlikte, TBK. m. 47/I'e göre, üçüncü kişi, temsilcinin temsil yetkisinin olmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, temsilciden menfi veya bunun ötesindeki zararlarının tazminini isteyemez⁷⁷. Görüldüğü üzere tazminat talep edebilmesi için, üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerekmektedir⁷⁸. Üçüncü kişinin, yetkisiz temsilci ile onun yetkisizliğini bile bile sözleşme kurması, temelini TMK. m. 2'deki dürüstlük kuralından alan çelişki yasağına aykırılıktır⁷⁹. Bu durumun sonuçlarına ise üçüncü kişi katlanır. Nitekim bu husus YargıtayHukuk Genel Kurulunun bir kararına da konu olmuştur⁸⁰.

⁷⁴Eren, s. 457.

⁷⁵Eren, s. 457.

⁷⁶Eren, s. 457.

⁷⁷Belgesay, s. 140; Gönensay, s. 144; Berki, Borçlar, s. 122; Tunçomağ, s. 421; Önen, s. 82; VonTuhr, s. 359; Eren, s. 459; Kocayusufpaşaoğlu, s. 740; Nomer, s. 107; Uygur, s. 393; Kılıçoğlu, s. 247; Karahasan, s. 416; Akyol, s. 526.

⁷⁸VonTuhr, s. 359; OFK-Schöbi, OR 39 N 7. Ayrıca üçüncü kişinin iyiniyetli olması ve bu iyiniyetin korunması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Bir Yetki Belgesi İle Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK. m. 33/II, 34/III ve Karşısında BK. m. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Ankara 1990, s. 207-230.

⁷⁹Akyol, s. 542.

⁸⁰Söz konusu karara göre; *“Davalının yetki sınırlarını aşarak, davacının hesabından para çekmesi ve diğer davalı Bankaca nakit ödenmesi nedeniyle davacının zararı doğmuştur. Temsilcinin yetkisiz olduğunu ya da yetki sınırlarını aştığını bilen ya da bilmesi gereken üçüncü kişi, temsil edilen yönünden zararlı sonuçlar doğuran bir işlem nedeniyle sorumludur. Şu durumda; davacının mevduat hesabından, davalıya doğrudan nakit ödeyen davalı Banka; kendisinden beklenen özeni göstermeyip, mümessilin bu konuda yetkili olup olmadığını denetlememekle kusurludur.”* Bkz. HGK. T. 28.12.2005, E. 2005/11-724, K. 2005/781, (KBİBB).

Üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını ispat yükü ise, yetkisiz temsilciye aittir⁸¹.

Temsil olunanın onamaması halinde sözleşme sonuçlarını doğurmayacağından, temsilci ile üçüncü kişi, birbirlerine verdiklerini dava yoluyla geri isteyebilirler⁸². Taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin bu dava, hukukî niteliği itibarıyla bir istihkak (mülkiyet) davasıdır⁸³. Bunun yanında, özellikle karşı tarafın mallarıyla karışmış misli eşyanın söz konusu olduğu hallerde, TBK. m. 47/III gereğince “sebepsiz zenginleşme”⁸⁴ davası da açılabilir⁸⁵.

Temsil olunanın onamasına kadar geçen bekleme süresinde, üçüncü kişi gecikme yüzünden birtakım zararlara uğrayabilir. Bu gibi durumlarda, üçüncü kişi, (yetkisiz olduğunu bilen veya bilmesi gereken) temsilciden culpa in contrahendo esasına göre bir gecikme tazminatı talep edebilir⁸⁶. Yetkisiz temsilcinin bu bakımdan sorumlu olması için kusurlu olması şarttır⁸⁷.

V. SONUÇ

Yetkisiz temsil, bir kimsenin temsil yetkisi olmadığı halde başka bir kişi adına bir hukukî işlem veya sözleşme yapması olarak tanımlanmaktadır. Yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu sözleşme kurulmuştur. Bununla birlikte, bu sözleşme, yetkisiz temsil olunanın hukuk alanında kural olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Temsil olunan onama verirse, sözleşme, başlangıçtan itibaren yetkili temsil söz

⁸¹Eren, s. 459; Nomer, s. 107; Akyol, s. 542; Kılıçoğlu, s. 247.

⁸²Tekil, s. 121; VonTuhr, s. 358; Eren, s. 459.

⁸³Tunçomağ, s. 424; Tekil, s. 121; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 100; VonTuhr, s. 360; Eren, s. 459; Kocayusufpaşaoğlu, s. 750; Akıncı, s. 134; Nomer, s. 107; Uygur, s. 394; Karahasan, s. 417; Antalya, s. 406.

⁸⁴BGE 90 II 404, E. 5, 6; BGE 116 II 689, E. 3.b. Bkz. OFK-Schöbi, OR 39 N 14; BSK OR I – RolfWatter/YvesSchneller, Art. 39 N 10.

⁸⁵Kaneti, s. 75; Tunçomağ, s. 424; Özsunay, s. 145; Tekil, s. 121; İnan, s. 230; Eren, s. 459; Kocayusufpaşaoğlu, s. 750; Akıncı, s. 134; Nomer, s. 107; Uygur, s. 394; Karahasan, s. 417; Antalya, s. 406.

⁸⁶Kocayusufpaşaoğlu, s. 744; Akyol, s. 542; İnceoğlu, s. 428.

⁸⁷Akyol, s. 543; İnceoğlu, s. 429.

konusuymuş gibi geçerli olur. Temsil olunan onama vermezse, söz konusu üç taraf açısından farklı sonuçlar meydana gelir. Bu durumda yetkisiz temsilci, kural olarak üçüncü kişinin zararını karşılar. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, culpa in contrahendo esasına dayanır. Yetkisiz temsil olunanın, üçüncü kişiye karşı kural olarak herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Bununla birlikte, somut durum uyarınca temsil olunan, üçüncü kişiye karşı culpa in contrahendo veya dar anlamda güven sorumluluğu kapsamında sorumlu olabilmektedir. Üçüncü kişinin zararlarının tazminini isteyebilmesi için iyiniyetli olması gerekir. Üçüncü kişinin tazminini isteyebileceği zarar, menfî zarardır. Fakat temsilcinin kusurlu olması halinde menfî zararı aşan diğer zararlar da istenebilir. Bunların yanında yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi, birbirlerine verdiklerini ise dava yoluyla geri talep edebilirler.

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER.	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB.	: BürgerlichesGesetzbuch
BGE.	: EntscheidungendesSchweizerischenBundesgerichtes
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
m.	: madde
N.	: Nummer

- OR. : BundesgesetzüberdasObligationenrechtvom 30
März1911/18 Dezember 1936.
- s. : sayfa
- S. : Sayı
- T. : Tarih
- TBK. : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
- TTK. : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
- vd. : ve devamı
- Y. : Yıl

BİBLİYOGRAFYA

- AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Hazırlanmış 5. Baskı, Konya 2011.
- AKINTÜRK, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2006.
- AKYOL, Şener: Türk Medenî Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.
- ALTINER, Fatma Zeynep: Yetkisiz Temsil, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009.
- ANTALYA, Gökhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2012.
- BAŞPINAR, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: Hukuki Muamelelerde Temsil, İstanbul 1941.
- BERKİ, Şakir: Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, Üçüncü Tab'ı, Ankara 1962 (Kısaltılmışı: BERKİ, Borçlar).
- : Türk Borçlar Kanununda Temsil, BATİDER., C. VIII, S. 1, Y. 1975, s. 15-32 (Kısaltılmışı: BERKİ, Temsil).

- CİHAN, Ali Hulki: Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010.
- ÇİÇEK, Banu: Türk Borçlar Hukukunda İradi Temsil Yetkisinin Sona Ermesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Güven esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (CulpaInContrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.
- DERYAL, Yahya/GENÇ, Cemal : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.
- EREN, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 453.
- ESENER, Turhan: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımdan Yetkisiz Temsil, Ankara 1963 (Kısaltılmışı: ESENER, Temsil).
- : Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliği, (BK. m. 1-40) Ankara 1969 (Kısaltılmışı: ESENER, Borçlar).
- GÖNENSAY, A. Samim: Borçlar Hukuku 1. Cilt, İstanbul 1948.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim
Peter/WIEGAND, Wolfgang: BaslerKommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel, Bern und Zürich 2007, (BSK OR I – Bearbeiter/In, Art. 39 N 5).
- İNAN, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1984.
- İNCEOĞLU, Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.

- KANETİ, Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), Ankara 1968.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, Ankara 2003.
- KAYIHAN, Şaban: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 16. Baskı, Ankara 2012.
- KIRCA, İsmail: Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller, AÜHFD., C. 44, S. 1-4, Y. 1995, s. 443-450.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku'na Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 5. Tıpkı Baskı, İstanbul 2010.
- : Bir Yetki Belgesi İle Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK. m. 33/II, 34/III ve Karşısında BK. m. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Ankara 1990, s. 207-230 (Kısaltılmışı: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Temsil).
- KOSTKIEWICZ, JolantaKren/
NOBEL, Peter/ SCHWANDER, Ivo/
WOLF, Stephan : OR
SchweizerischesObligationenrecht, 2. Aufl., 2009
OrellFüssliVerlag AG, (OFK-Verfasser, OR 38 N
5).
- MANAV, Seda Türkan: Temsilci Vasıtasıyla Kambiyo Taahhüdünde Bulunma, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007.

- NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, İstanbul 2012.
- OFTINGER, Karl/JEANPRETRE, Raymond
(Çev: Kemal DAYINDARLI) : Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1990.
- OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan: Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- ÖNEN, Turgut: Borçlar Hukuku, Ankara 1996.
- ÖZDEMİR, Şule Albayrak: Türk Borçlar Hukukunda Temsil, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009.
- ÖZSUNAY, Ergun: Borçlar Hukuku I, 2. Baskı, İstanbul 1983.
- REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul 2012.
- SUNGURBEY, Ayfer Kutlu: Yetkisiz Temsil, Özellikle CulpainContrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.
- SÜLEYMAN, Faris İ. :Mukayeseli Olarak Türk ve Irak Hukukunda Temsil, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009.
- TEKİL, Fahiman: Borçlar Hukuku, İstanbul 1980.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1976.
- UYGUR, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I Madde 1-236, 2. Baskı, Ankara 2012.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ÖZDEMİR, Refet; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.
- VON TUHR, Andreas
(Çev.: Cevat Edege): Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt 1-2, Ankara 1983.

SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANI VE UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN HALLER

Arş. Gör. Betül DÜRGEN *
Arş. Gör. Adem YELMEN **

ÖZET

Bu çalışmayla sözleşme statüsü tarafından idare edilen hususlar ile sözleşme statüsü dışında kalan haller Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma I Tüzüğü), Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma II Tüzüğü ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) kapsamında değerlendirilmiştir.

Sözleşmenin kuruluşu, borçların ifası, hasarın ve yararın intikali, sözleşmenin yorumlanması ile sözleşmeden ve haksız fiilden doğan tazminat taleplerinin sözleşme statüsüne dâhil olan konular olduğu Roma I Tüzüğü'nde belirtilmiştir. Diğer yandan ehliyet, şekil, ifa şekli ve temsil gibi konuların sözleşme statüsü kapsamında ele alınmayacağı Roma II Tüzüğü'nde bildirilmiştir. Belirtmek gerekir ki, sözleşme öncesi yapılan görüşmelerden de birtakım sorumluluklar doğabilmekte ve bu sorumluluklar sözleşme statüsü kapsamında değerlendirilmektedir. Çalışmamızda hem sözleşme statüsü kapsamında değerlendirilen haller, hem de uygulama alanı dışında kalan haller ayrıntısıyla ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: sözleşme statüsü, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, kamu düzeni, doğrudan uygulanan normlar.

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.

** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

APPLICATION AREA AND APPLICATION EXCLUSIONS OF CONTRACT STATUS

ABSTRACT

Matters which are governed by contract status and except for the status was evaluated with this work under Covenant on the Law Applicable to the Obligation of the European Community Regulation (Rome I Regulation), the Convention Applicable to Non-Obligation Rome II Regulation and The Code on Private International Law and Civil Procedure.

The conclusion of contract, the fulfillment of obligations, transition of damage and benefit, interpretation of the contract and tort claims arising out of the matters are included in the contract status which is indicated within the Rome I Regulation. On the other hand issues like capacity, format contracts, fulfillment form and representation will not be discussed within the context of contract status which are regulated under the Regulation II. It should be stressed that the responsibility which may arise from the interviews before the conclusion of contract is considered within contract status. In this paper, both the assessed cases within the contract status and the remaining cases outside the area of application studied in detailed.

Keywords: Contract status, obligations arising from contract negotiations, public policy, directly applicable rules.

I. GİRİŞ

Sözleşme statüsü, objektif ve sübjektif kurallardan hareketle tespit edilen, milletlerarası unsur taşıyan sözleşmelerden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuktur¹. Sözleşmeden doğan bütün problemlere kural

¹ DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 300.

olarak sözleşme statüsü uygulanır²⁻³. Bununla birlikte, sözleşme statüsünün uygulama alanı dışında kalan bazı hususlar da bulunmaktadır.

- ² **EKŞİ**, Nuray, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004, s. 121; **DOĞAN**, Milletlerarası Özel, s. 300; **ŞANLI**, Cemal/**ESEN**, Emre/**ATAMAN**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2014, s. 277.
- ³ Sözleşme statüsünün tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNALP**, Gülören, Taşıma Sözleşmesine Uygulanan Hukuk, MHB., C. 2, S. 2, Y. 1982, s. 35 vd.; **ÇAKALIR**, Yalçın, Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 451; **TEKİNALP**, Gülören, Akdî İlişkilere Uygulanacak Hukuk: MÖHUK. m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi, MHB., C. 5, S. 1, Y. 1985, s. 28 vd.; **Aynı Yazar**, Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu, MHB., C. 8, S. 1, Y. 1988, s. 59 vd.; **ÇİLİNGİROĞLU**, Cüneyt, Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri, MHB., C. 9, S. 2, Y. 1989, s. 103 vd.; **TURHAN**, Turgut, İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, AÜHF.D., C. 41, S. 1-4, Y. 1991, s. 119 vd.; **ÜSTÜNDAĞ**, Saim/**KARSLI**, Abdurrahim, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 203 vd.; **EKŞİ**, Nuray, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, MHB., C. 17, S. 1-2, Y. 1997-1998, s. 153 vd.; **Aynı Yazar**, Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 116 vd.; **ÖZEL**, Sibel, Sözleşmesel İlişkide MÖHUK. M. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kurulunun Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, MHB., Engin Nomer'e Armağan, C. 22, S. 2, Y. 2002, s. 577 vd.; **KOCASAKAL**, Hatice Özdemir, İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 633 vd.; **Aynı Yazar**, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003, s. 1 vd.; **GÜNGÖR**, Gülin, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara 2007, s. 21 vd.; **TÜZÜNER**, Özlem, Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2007, s. 1 vd.; **ÖZTÜRK**, Neva Övünç, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006, s. 21 vd.; **KOCA**, Sema Çörtoğlu, Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk, GÜHF.D. C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 233 vd.; **RUHİ**, Ahmet Cemal, 27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara 2009, s. 279 vd.; **SÜRAL**, Bahar Ceyda, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROID (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü) Prensipleri, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir 2008, s. 5 vd.; **TURAN**, Gamze, Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, TBB.D., S. 77, Y. 2008, s. 88 vd.; **TARMAN**, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk

Bu kapsamda aşağıda gerek sözleşme statüsünün uygulama alanı ve gerekse uygulama alanı dışında kalan haller ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

II. SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak

Sözleşme statüsünün uygulama alanını ihtiva eden temel düzenleme, 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu'nda yer almaktaydı. Ancak 2008 yılında 1980 tarihli Roma Konvansiyonu yerine, Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma I - 592/2008 EC) kabul edilmiştir⁴. 17.12.2009 tarihinden itibaren imzalanan sözleşmelere, Danimarka dışında AB'ye üye tüm ülkeler açısından Roma I Tüzüğü uygulanmaktadır⁵. Konvansiyon'un 10. maddesine göre, taraflarca seçilen hukuk, özellikle sözleşmenin yorumuna, yerine getirilmesine, zararın değerlendirilmesi de dâhil mahkemenin usul hukuku izin verdiği ölçüde sözleşmenin ihlâlinin sonuçlarına, borcun sona erme sebeplerine ve sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçlarına ve zamanaşımına⁶ uygulanır⁷. Bu hüküm, Roma I Tüzüğü m. 12'de aynen

Seçimi, BATİDER., C. XXVI, S. 1, Y. 2010, s. 143 vd.; Aynı Yazar, Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, AÜHFD., C. 59, S. 3, Y. 2010, s. 521 vd.; DEMİRKOL, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010 s. 12 vd.; CANYAŞ, F. Ashı Bayata; Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi, HHFD., 1(1), 2011, s. 110 vd.; TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011, s. 350 vd.; EKŞİ, Nuray, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2012, s. 13 vd.; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Baskı, İstanbul 2014, s. 317 vd.

⁴ TARMAN, Zeynep Derya, Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü, BATİDER., C. XXV, S. 2, Y. 2009, s. 299.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. TARMAN, s. 299 vd; Aynı Yazar, s. 144-145.

⁶ Yargıtay da bir kararında; "MÖHUK.nun 8. maddesine göre, zamanaşımı, hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tabidir." ifadesine yer vermiştir. Bkz. 8. HD., T. 21.6.2012, E. 2012/5781, K. 2012/5961, (KBİBB). Aynı doğrultuda diğer kararlar için bkz. 11. HD., T. 15.6.1990, E. 1990/3552, K. 1990/4774; 11. HD., T. 28.5.1998, E.

korunmuştur⁸. Yine Konvansiyon'un 8. maddesinde sözleşmenin kuruluşu ve geçerliğinin de, sözleşmenin esasını idare edecek hukuka tâbi olduğu ifade edilmiştir⁹. Bu hüküm de Roma I Tüzüğü m. 10'da aynen yer almaktadır¹⁰. Ayrıca Roma I Tüzüğü m. 18/I'e göre, ispat yükü ve kanunî karineler, usule değil de maddî hukuka ait hususlar olduğu için, bunlar da sözleşme statüsüne tâbidir¹¹. Bunların yanında, Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma II Tüzüğü m. 2'de sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun da sözleşme statüsüne kapsamında değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır¹². Aşağıda bunların bir kısmı ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

B. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (*Culpa In Contrahendo* Sorumluluğu)

Sözleşme görüşmelerinde, taraflardan birinin kusurlu davranışı sonucu sözleşme kurulamayabilir ve geçersiz hâle gelebilir. İşte bu aşamada uğranılan zararın tazmini meselesi, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun (*culpa in contrahendo* sorumluluğunun) konusudur¹³. Milletlerarası unsur taşıyan borç ilişkilerinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun, kural olarak sözleşme statüsüne tâbi olduğu kabul edilmektedir¹⁴. Nitekim aynı sonuç, Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine

1998/383, K. 1998/3945; 19. HD., T. 17.5.2002, E. 2001/6649, K. 2002/3760; 4. HD., T. 13.2.2004, E. 2003/10163, K. 2004/1408, (KBİBB).

⁷ **EKŞİ**, Roma Konvansiyonu, s. 121; **TEKİNALP**, Bağlama Kuralları, s. 370-371; **KOCA**, s. 252.

⁸ **TARMAN**, Tüzük, s. 329.

⁹ **EKŞİ**, Roma Konvansiyonu, s. 122.

¹⁰ **TARMAN**, Tüzük, s. 326.

¹¹ **EKŞİ**, İş Sözleşmeleri, s. 130; **TARMAN**, Tüzük, s. 329.

¹² **DOĞAN**, Milletlerarası Özel, s. 305.

¹³ Sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DEMİRCİOĞLU**, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (*Culpa In Contrahendo* Sorumluluğu), Ankara 2009, s. 37 vd.

¹⁴ **AKINCI**, Ziya, Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992, s. 59; **TİRYAKIOĞLU**, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 48; **DOĞAN**, Milletlerarası Özel, s. 305.

Uygulanacak Roma II Tüzüğü'nde de yer almaktadır¹⁵. Gerçekten de Tüzük'ün 2. maddesinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşmeden doğan borç ilişkileri kapsamında kabul edilmiştir. Ayrıca Tüzük'ün 12. maddesinde de, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun, sözleşmenin kurulmasından bağımsız olarak sözleşme statüsüne tâbi olması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Avrupa Birliği içerisinde, zararlara neden olan haksız fiil ya da sözleşmeye kaynaklık eden normların çatışması ile ilgili bazı kurallar *culpa in contrahendo* kapsamında, özellikle en tartışmalı konulara, açıklık getirilmesi için yasalaştırıldı. Ne var ki, maalesef görüleceği üzere, sonuçlar çelişmektedir. Örneğin, Roma I Tüzüğü- sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuk bakımından- tartışmayı şu şekilde çözmeyi denemiştir:

“Sözleşmenin akdedilmesi görüşmeleri öncesi doğan borç ilişkileri EC no 864/2007 Tüzüğü'nün 12. maddesinde yorumlanmıştır. Bu tür borçlar bu bakımdan bu tüzüğün alan dışında tutulmaktadır.”

Diğer taraftan, atıf yapılan Roma II Tüzüğü'nün – Sözleşme dışı borçlara uygulanacak hukuk- madde 12'de şöyle belirtmektedir¹⁶:

Culpa in Contrahendo: Bir sözleşmenin akdedilmesi görüşmelerinden önce sözleşme dışı borçlara uygulanacak hukuk, sözleşmenin fiili olarak kurulup kurulmadığına bakılmaksızın sözleşmenin uygulandığı veya imzalanarak geçerli olacağı yer hukuku olmalıdır.

Oysa haksız fiiller bakımından, sözleşme kurulmamışsa ve dolayısıyla sözleşme statüsü tespit edilemiyorsa, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa haksız fiillere ilişkin genel kural uygulama alanı bulur¹⁷. Böylece MÖHUK. m. 34 uyarınca, haksız fiillerden doğan borçlar, kural olarak haksız fiilin işlendiği yer hukukuna

¹⁵ DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 305.

¹⁶ Vladimir Monsalve-Caballero, **The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations: An Approach from European and Latin American Laws**, revista de derecho, universidad del norte, 39: 126-148, 2013, ISSN: 0121-8697 (impreso) • ISSN: 2154-9355 (online), s. 141.

¹⁷ DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 306.

tâbidir. Bu husus Yargıtay'ın bir kararına da yansımıştır. Gerçekten de Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararına göre; “Milletlerarası hukuk mevzuatı gereğince haksız fiile ilişkin davalara bakma yetkisi fiilin gerçekleştiği ülke mahkemelerindedir.”¹⁸ Yine Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma II Tüzüğü m. 4/I'e göre de, haksız fiiller hakkında, onun meydana geldiği yer hukuku uygulanır¹⁹. Bununla birlikte, söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre, zarar gören ile zarar verenin mutad meskenleri aynı devlette bulunuyorsa, o devletin hukuku haksız fiile uygulanmalıdır²⁰.

C. Sözleşmenin Kurulması

Sözleşme, kural olarak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini birbirlerine açıklamalarıyla kurulur. Sözleşmenin kuruluşu, gerek hazırlar arasında ve gerekse hazır olmayanlar arasında olsun, kural olarak sözleşme statüsüne tâbidir²¹. Konvansiyon'da bu konu maddî geçerlik başlığı altında 8. maddede düzenlenmişti. Söz konusu madde, sözleşmenin şekli geçerliğine ilişkin olmayıp, onun kuruluşu ile ilgilidir²². Konvansiyon'un bu maddesi aynı şekliyle korunarak Tüzük m. 10'da yer almıştır²³.

Sözleşmenin kuruluşunun, onun esasına uygulanacak hukuka tâbi olmasının bir istisnası söz konusudur. Gerçekten de, MÖHUK. m. 32/II'de bu hususa yönelik bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, taraflardan birinin davranışının hukukî neticelerinin sözleşme statüsüne tâbi olması adil sonuçlar doğurmuyor ise, bu durumda, rızası olmayan tarafın itirazda bulunması halinde, onun mutad meskeni hukukunun uygulanması gündeme gelir. Konvansiyon'un 8/II. maddesinde de aynı

¹⁸ 11. HD., T. 5.2.2007, E. 2005/13470, K. 2007/1321, (KBİBB).

¹⁹ **TANRIBİLİR**, Feriha Bilge, Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu, GÜHFD., C. XIV, S. 2, Y. 2010, s. 126.

²⁰ **TANRIBİLİR**, s. 126.

²¹ **AKINCI**, s. 57-58; **TİRYAKIOĞLU**, s. 44; **DOĞAN**, Vahit, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, s. 125; **EKŞİ**, Roma Konvansiyonu, s. 122; **DOĞAN**, Milletlerarası Özel, s. 302.

²² **EKŞİ**, Roma Konvansiyonu, s. 122.

²³ **TARMAN**, Tüzük, s. 326.

doğrultuda bir düzenleme bulunmaktaydı²⁴ ve Tüzük m. 10/II'de de söz konusu hükme yer verilmiştir.

D. Sözleşmenin Geçerliliği

Milletlerarası unsur taşıyan sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde iki farklı sözleşmeden söz edilmektedir²⁵. Bunlardan ilki, tarafların hukuk seçimi yaptıkları sözleşmedir. Diğeri ise, taraflar arasındaki borç doğuran asıl sözleşmedir. Dolayısıyla hukuk seçimini ihtiva eden hüküm (sözleşme), asıl sözleşmeden bağımsız değerlendirilmektedir. Bu bakımdan, kural olarak, bu sözleşmelerden birinin geçersizliği diğeri etkilemez²⁶. Bu sebeple, her bir sözleşmenin geçerliliği, diğeriinden bağımsız olarak değerlendirilir. Sözleşmenin maddî geçerliliğine ilişkin MÖHUK. m. 32/I'e göre, "*Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.*" Görüldüğü üzere, sözleşmenin maddî geçerliliği, sözleşme statüsüne tâbidir. Konvansiyon'un 8. maddesinde de, aynı doğrultuda düzenleme yer almaktaydı. Nitekim Roma I Tüzüğü m. 10'da da bu düzenleme muhafaza edilmiştir. Yine yanılma, aldatma ve korkutma gibi iradeyi sakatlayan haller ile aşırı yararlanma (gabin)²⁷ da, sözleşmenin esasına ilişkin olduğundan sözleşme statüsüne tâbidir²⁸.

Sözleşmenin şekli geçerliliği ise MÖHUK. m. 7'de ele alınmıştır. Buna göre sözleşmeler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir. Şekli geçerlilik, Konvansiyon'un 9. maddesine göre de, sözleşme statüsüne veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna tâbi idi²⁹. Aynı düzenleme Roma I

²⁴ **EKŞİ**, Roma Konvansiyonu, s. 124.

²⁵ **DOĞAN**, Milletlerarası Özel, s. 301.

²⁶ **DOĞAN**, Milletlerarası Özel, s. 301.

²⁷ **TİRYAKİOĞLU**, s. 47.

²⁸ **AKINCI**, s. 58; **TİRYAKİOĞLU**, s. 47; **DOĞAN**, Bağlama Kuralı, s. 125; **EKŞİ**, İş Sözleşmeleri, s. 129; **Aynı Yazar**, Roma Konvansiyonu, s. 123; **KOCASAKAL**, Elektronik Sözleşmeler, s. 147.

²⁹ **EKŞİ**, Roma Konvansiyonu, s. 130.

Tüzüğü m. 11’de yer almaktadır³⁰. Görüldüğü üzere, sözleşmenin şekli geçerliliği, seçimlik olarak düzenlenmiştir. Böylece, bir hukukî işlem, yapıldığı yer hukukunun veya sözleşme statüsünün şekil kurallarına uygun olarak yapılmış ise şekil açısından geçerlidir³¹. Bu husus Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Gerçekten de Yüksek Mahkeme’nin bir kararına göre; “*Hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir*”³². Böyle bir esnek sistemin getirilmesinin amacı, tarafların ummadıkları bir şekli eksiklik sebebiyle sözleşmenin geçersiz olmasının önüne geçilmek istenmesidir³³.

E. Sözleşmenin Yorumu

Yorum, sözlüklerde genellikle bir metin, olay veya konuşma hakkında belli bir görüşe göre yapılan açıklamadır³⁴. Hukukî anlamda yorum ise, bir belgedeki ifadenin açıklanması, belirlenmesidir³⁵. Buradan hareketle, “*yorumlamak*”, kelime olarak; “*bir manaya yormak, açıklayıcı mana vermek, tabir etmek*”³⁶, “*yazıların manalarını açıklamak ve tespit etmek*”³⁷, “*bir işin esasını ortaya çıkarmak*”³⁸ anlamlarına gelen bir

³⁰ TARMAN, Tüzük, s. 328.

³¹ DOĞAN, Bağlama Kuralı, s. 124; KOCASAKAL, İnternet, s. 639; EKŞİ, Sigorta Sözleşmeleri, s. 32; ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE, s. 278.

³² 2. HD., T. 6.11.2008, E. 2008/13740, K. 2008/14696, (KBİBB). Aynı doğrultuda diğer kararlar için bkz. 2. HD., T. 2.6.2009, E. 2008/4290, K. 2009/10608; 2. HD., T. 29.9.1992, E. 1992/7372, K. 1992/8705; 13. HD., T. 12.10.1993, E. 1993/5631, K. 1993/7554, (KBİBB).

³³ EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 130; Aynı Yazar, Roma Konvansiyonu, s. 131; TARMAN, Tüzük, s. 328.

³⁴ AYVERDİ, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C. 3, İstanbul 2006, s. 3438.

³⁵ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 1510. Savigny, yorumu, ölü harflere yerleştirilen canlı düşüncelerin kendi düşüncelerimiz önünde yeniden hayat bulması olarak ifade etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan, Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul 2011, s. 3 vd.

³⁶ DOĞAN, D. Mehmet; Büyük Türkçe Sözlük, Ankara 2009, s. 1151.

³⁷ ÖZCAN, Hüseyin; Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 1975, s. 721.

³⁸ OFTINGER, Karl/JEANPRETRE, Raymond, (Çev: Kemal DAYINDARLI), Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1990, s. 59.

kavramdır. Yorum, hukukî işlemleri, bir müzik parçasını, bir romanı veya şiiri, bir tarihî olayı, hatta bir kelimeyi anlamlandırır. Bunlara anlam vermeye, hayat vermeye yönelik zihnî faaliyetlerin tümü yorumdur³⁹. Hukukî işlemin yorumu ise, onun tam olarak ne anlama geldiğini ve hukukî sonuçlarını belirlemek için yapılan inceleme ve zihnî çalışmaların tümüdür⁴⁰. Milletlerarası unsur taşıyan sözleşmelerde, tarafların iradelerini açık bir şekilde ifade etmemiş olmaları mümkündür. Buna sözleşmelerde genel işlem şartlarının kullanılmış olması da sebep olabilir⁴¹. Bu durumlarda, sözleşmenin ilgili hükmünün lafzından sonuç elde edilemeyeceğinden, tarafların gerçek amacının araştırılması ve tespiti gerekir⁴². İşte yapılacak bu yorum faaliyetinin, sözleşme statüsüne tâbi olduğu kabul edilmektedir⁴³. Nitekim bu husus, Konvansiyon'un 10. maddesinde belirtilmişti. Aynı düzenleme Roma I Tüzüğü m. 12'de de yer almaktadır.

F. Sözleşmenin İfası

Sözleşmenin ifası, Konvansiyon m. 10/I-b'ye göre, ifa usulü ve eksik ifa halinde yapılacak işlemler dışında sözleşme statüsüne tâbi idi⁴⁴. Söz konusu düzenleme Roma I Tüzüğü m. 12'de aynen korunmuştur. Bu kapsamda sözleşme statüsü, sözleşmenin üçüncü şahıs tarafından ifa edilip edilmeyeceği, ifa zamanı ve yeri, seçimlik borçların, para borçlarının veya karşılıklı edimlerin ifası gibi meseleler hakkında uygulama alanı bulur⁴⁵. Konvansiyon'da, sözleşmenin ifa usulü ve eksik ifası ise, sözleşme statüsü dışında bırakılmıştı. Bu hüküm Roma I Tüzüğü

³⁹ **AKYOL**, Şener; *Sözleşmenin Yorumu*, İstanbul 2010, s. 1. Bir müzik parçasının yorumu denilince, onun seslendirilmesi, seslendirmede ona verilen ruh ve ahenk anlaşılır. **AKYOL**, s. 1.

⁴⁰ **AKYOL**, s. 1.

⁴¹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **YELMEN**, Adem, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Ankara 2014, s. 74 vd.

⁴² **EKŞİ**, Roma Konvansiyonu, s. 125.

⁴³ **AKINCI**, s. 60; **TİRYAKIOĞLU**, s. 59; **EKŞİ**, Roma Konvansiyonu, s. 125.

⁴⁴ **EKŞİ**, Roma Konvansiyonu, s. 127.

⁴⁵ **TİRYAKIOĞLU**, s. 53; **EKŞİ**, Roma Konvansiyonu, s. 127.

m. 12/II'de de yer almaktadır. Bu durumda ifa yeri hukuku, ifa usulüne ve eksik ifanın sonuçlarına uygulanır (m. 10/II)⁴⁶.

G. Sözleşmenin Sona Erme Sebepleri

Sözleşmenin sona ermesi de, kural olarak sözleşme statüsüne tâbidir⁴⁷. Çünkü sona ermeye ilişkin sebepler ve sona ermenin alacağı bağlı fer'î hakları sona erdirip erdirmeyeceğine ilişkin meseleler, borcun esasını ilgilendirir⁴⁸. Bu kapsamda sözleşmede kararlaştırılan borç, ifa dışında farklı sebeplerle de sona erebilir. İşte Konvansiyon'a göre, borcu hangi sebeplerin, hangi şartlarda ve ne zaman sona erdireceği sözleşme statüsüne tâbi idi (m. 10/I-d)⁴⁹. Bu durum Roma I Tüzüğü'nde de (m. 12) yer almaktadır.

H. Sözleşmenin İhlâlinin Sonuçları

Sözleşmenin ihlâlinin sonuçları, Konvansiyon'a göre, hâkimin hukukunun usul kurallarının verdiği yetkiler içinde, zararın değerlendirilmesi de dâhil olmak üzere sözleşme statüsüne tâbi idi (m.10/I-c)⁵⁰. Roma I Tüzüğü'nde de (m. 12) aynı düzenleme yer almaktadır. Sözleşmenin ihlâlinin sonuçları, onu ihlâl edenin sorumluluğunu ve sözleşmenin ihlâli durumunda karşı tarafın hak ve yetkilerini kapsamaktadır⁵¹.

İ. Sözleşmenin Hükümsüzlüğünün Sonuçları

Konvansiyon'a göre, sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçları da sözleşme statüsüne tâbi idi (m. 10/I-e)⁵². Aynı düzenleme Roma I Tüzüğü'nde de (m. 12) muhafaza edilmiştir. Böylece sözleşmenin hükümsüzlüğü gündeme geldiğinde, tarafların edimlerinin ve bunların semerelerinin iadesi, faiz ve tazminat meseleleri sözleşme statüsüne göre çözüme kavuşturulur⁵³.

⁴⁶ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 127.

⁴⁷ AKINCI, s. 61; TİRYAKIOĞLU, s. 61; DOĞAN, Bağlama Kuralı, s. 128.

⁴⁸ TİRYAKIOĞLU, s. 61.

⁴⁹ AKINCI, s. 61 vd.; EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 127.

⁵⁰ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 128.

⁵¹ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 128.

⁵² EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 128.

⁵³ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 128-129.

III. SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN HALLER

Roma I Tüzüğü m. 12’de ehliyet, (seçimlik olan) şekil, sözleşmenin ifası ve eksik ifa halinde yapılacak işlemler sözleşme statüsü kapsamı dışında bırakılmıştır⁵⁴. Yine Roma I Tüzüğü m. 18/II’ye göre, ispat araçlarının neler olduğu, bunların kabul edilebilirliği, delillerin ikamesi, hangi delillerin kesin delil olduğu, tanıkların dinlenmesi, delillerin ispat gücü ve yargılamanın nasıl yapılacağı gibi hususlar hâkimin hukukuna veya m. 11 çerçevesinde işlemi geçerli kılan hukuka tâbidir⁵⁵. Ayrıca sözleşmenin ifasındaki pratik zaruretler ve koruma tedbirleri de zaman zaman sözleşme statüsünün dışında kalabilmektedir. Bunların yanında kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar meseleleri de sözleşme statüsünün uygulanmasını engelleyebilmektedir. Aşağıda bunlar ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

A. Genel Konular

1. Ehliyet

Ehliyet, kural olarak sözleşme statüsü kapsamı dışında tutulmuştur⁵⁶. Bunun sonucu olarak, her üye devletin mahkemesi, ehliyet konusunda kendi mevzuatını uygular⁵⁷. Nitekim MÖHUK. m. 9/I’e göre de, hak ve fiil ehliyeti, ilgilinin millî hukukuna tâbidir. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararına da yansımıştır. Gerçekten de söz konusu karara göre, “*yabancı unsurlu hukuki ilişkilerde hak ehliyeti 2675 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir.*”⁵⁸ Bununla birlikte gerçek kişilerin ehliyeti, Konvansiyon

⁵⁴ TARMAN, Tüzük, s. 329.

⁵⁵ TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 440; TARMAN, Tüzük, s. 329.

⁵⁶ AKINCI, s. 52; TİRYAKIOĞLU, s. 66-67; DOĞAN, Bağlama Kuralı, s. 121-122; EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 131; SARGIN, Fügen, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002, s. 208; EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 139.

⁵⁷ AKINCI, s. 52-53; KOCASAKAL, Elektronik Sözleşmeler, s. 146; EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 139; ÇELİKEL/ERDEM, s. 343.

⁵⁸ HGK., T. 10.2.1993, E. 1992/2-717, K. 1993/39, (KBİBB). Aynı doğrultuda diğer kararlar için bkz. 11. HD., T. 29.12.1988, E. 1988/2779, K. 1998/8004; 4. HD., T. 13.10.1959, E. 1959/6346, K. 1959/7158; 18. HD., T. 10.09.1997, E. 1997/7313, K.

kapsamından tamamen çıkarılmamıştı. Nitekim Konvansiyon'un 11. maddesinde konu ile ilgili bir düzenleme yer almaktaydı. Bu hüküm Roma I Tüzüğü m. 13'de de aynen korunmuştur⁵⁹. Buna göre, aynı ülkede bulunan taraflar arasında kurulan sözleşmelerde, bu ülke hukukuna göre ehliyet sahibi olan tarafın diğer bir ülke hukukuna göre ehliyetsiz olduğunun ileri sürülebilmesi, karşı tarafın sözleşme yapılırken onun ehliyetsiz olduğunu bilmesi veya kendi ihmali sonucunda anlamaması şartına bağlıdır⁶⁰.

Hak ve fiil ehliyetinde kural, ilgilinin millî hukuku olmasına rağmen, bu hususun bir istisnası bulunmaktadır. Gerçekten de MÖHUK. m. 9/II'ye göre, millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Yargıtay da bu hususa bir kararında yer vermiştir. Söz konusu karara göre, *"Millî kanun veya bu kanunun yollamada bulunduğu başka bir devlet kanununun ehil saymadığı bir kimse poliçenin imzalandığı memleket kanununa göre ehilse poliçeden sorumlu olur. Öncelikle poliçenin düzenlendiği veya imzalandığı ve imzacıyı ehil sayan yer kanunu uygulanır"*⁶¹.

2. Sözleşmenin İfa Usulü ve Eksik İfasında Yapılacak İşlemler

Konvansiyon m. 10/II'de, sözleşmenin ifa usulü ve eksik ifası durumunda yapılacak işlemler, ifanın yapıldığı yer hukukuna tâbi tutulmuştur⁶². Aynı hüküm Roma I Tüzüğü m. 12/II'de de yer almaktadır⁶³. İfa usulünün anlamı, hâkim tarafından kendi hukukuna göre tayin edilir⁶⁴. Bununla birlikte, ifa usulü kavramının kapsamına genellikle malların ölçülmesi, tartılması, alıcı tarafından kontrol edilmesi, incelenmesi, mallar

1997/7500, (SAKMAR, Ata/EKŞİ, Nuray/YILMAZ, İlhan, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, İstanbul 2001, s. 51 vd.

⁵⁹ TARMAN, Tüzük, s. 329

⁶⁰ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 139.

⁶¹ 12. HD., T. 9.3.2010, E. 2009/23883, K. 2010/5503, (KBİBB).

⁶² EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 139.

⁶³ TARMAN, Tüzük, s. 330.

⁶⁴ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 139.

alıcı tarafından teslim alınmazsa yapılacak olan işlemler ve ifa zamanında ödenecek paranın hangi şekilde hazır edileceği konuları girmektedir⁶⁵.

3. Sözleşmenin İfasındaki Pratik Zaruretler ve Koruma Tedbirleri

Sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıkabilecek pratik zaruretlere sözleşme statüsünün uygulanması birtakım sorunlara sebep olabilir. Meselâ, sözleşmede öngörülen ifa zamanı, ifanın yapıldığı ülkede tatil gününe denk geliyor olabilir⁶⁶. Bu durumda, ifa, gerçekleştiği yer hukukunun öngördüğü kurallara uygun yapılmışsa, sözleşme statüsüne uygun olmasa dahi geçerli kabul edilmektedir⁶⁷. MÖHUK. m. 33'de de konu ile ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre: *“İfa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır”*. Görüldüğü üzere, ifa sırasında gerçekleştirilen işlem ve filler, yapıldığı ülke hukukuna tâbi tutulmuştur.

MÖHUK. m. 33'de sözü edilen diğer bir husus da koruma tedbirleridir. Sözleşme konusu edimin ifasına kadar birtakım tehlikeler gündeme gelebilir. Bunların önüne geçilmesi için de bazı koruma tedbirlerinin alınması gereği hâsıl olmaktadır. Sözleşme konusu malların korunmasına hizmet eden tedbirlerin alınması, gecikmesinde sakınca olan hallerde mecburidir⁶⁸. Bu gibi hallerde, sözleşme statüsünde yer alan koruma tedbirlerinin araştırılması zaman kaybına sebebiyet verebilir. Bu durumda ise, tedbirden beklenecek fayda sağlanmaz⁶⁹. Dolayısıyla hâkim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, sözleşme statüsündeki hükümler yerine kendi hukukunu uygulayarak gerekli tedbirleri alır⁷⁰. Nitekim Roma I Tüzüğü m. 12/II'de de, malların korunmasına ilişkin tedbirler

⁶⁵ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 139; TARMAN, Tüzük, s. 330.

⁶⁶ DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 309.

⁶⁷ TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 382; DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 309.

⁶⁸ DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 309.

⁶⁹ DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 309.

⁷⁰ TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 382-383; DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 309.

konusunda, tedbirin alındığı ülke hukukunun dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır⁷¹.

B. Sözleşme Statüsünün Uygulanmasını Engelleyen Durumlar

Sözleşme statüsünün uygulanmasını engelleyen durumlar, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan normlar olmak üzere temelde iki başlık altında ele alınmıştır. Bunlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

1. Kamu Düzeni

Yabancılık unsuru taşıyan hukukî ilişkilere uygulanacak hukuk, kural olarak kanunlar ihtilafının gösterdiği hukuktur⁷². Bununla birlikte, kamu düzeni, milletlerarası özel hukukta, yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bir etkiye sahiptir⁷³. Nitekim MÖHUK m. 5'e göre, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır. Bu husus Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Gerçekten de Yüksek Mahkeme'nin bir kararında, *"Davanın görüldüğü mahkemenin bulunduğu memleketin kamu düzenine ve amir hükümlerine aykırı yabancı hukukun uygulanmayacağı genellikle kabul edilmektedir"*, ifadelerine yer verilmiştir⁷⁴. Yine Yüksek Mahkemenin diğer bir kararında da, *"Türk kamu düzenine aykırılık olması durumunda Türk hukuku uygulanır"*, ifadelerine yer verilmiştir⁷⁵. Kamu düzenin söz konusu niteliği, Konvansiyon'da da özel olarak düzenlenmişti. Gerçekten de 16. maddeye göre, Konvansiyon'daki kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuk, mahkemenin kamu

⁷¹ TARMAN, Tüzük, s. 330.

⁷² EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 133-134; Aynı Yazar, Roma Konvansiyonu, s. 144.

⁷³ AKINCI, s. 54; TIRYAKIOĞLU, s. 76; DOĞAN, Bağlama Kuralı, s. 130; EKŞİ, İş Sözleşmeleri, s. 133; SARGIN, s. 149; RUHİ, s. 43; EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 144; KOCASAKAL, İnternet, s. 640-641; Aynı Yazar, Elektronik Sözleşmeler, s. 145; ÇELİKEL/ERDEM, s. 344.

⁷⁴ 11. HD., T. 05.04.1979, E. 1979/1512, K. 1979/1798, karar metni için bkz. ÜSTÜNDAĞ/KARSLI, s. 206.

⁷⁵ 8. HD., T. 26.05.2011, E. 2010/5330, K. 2011/3103, (KBİBB). Aynı doğrultuda diğer kararlar için bkz. 9. HD., T. 6.7.1992, E. 1992/1621, K. 1992/7890; 2. HD., T. 2.2.1994, E. 1993/11964, K. 1994/1059; 18. HD., T. 25.2.1997, E. 1997/288, K. 1997/1496; 2. HD., T. 30.6.1999, E. 1999/5858, K. 1999/7609, (KBİBB).

düzenine açıkça aykırı ise uygulanmaz⁷⁶. Bu durumda kural olarak hâkim, kendi hukukunu uygular⁷⁷. Kamu düzenin uygulanmasındaki temel amaç, maddî hukuk adaletinin sağlanmasıdır⁷⁸. Kamu düzeninin dikkate alınması, taraflardan birinin bunu ileri sürmesine bağlı değildir⁷⁹. Hâkim, kamu düzenini re'sen dikkate almak mecburiyetindedir⁸⁰.

2. Doğrudan Uygulanan Normlar

a) Genel Olarak

Konvansiyon'da, doğrudan uygulanan normlarla ilgili birçok düzenleme yer almaktaydı. Gerçekten de, hukuk seçimi serbestisinin sınırlanması olarak m. 3/III⁸¹, tüketici sözleşmeleri açısından m. 5/II⁸², şahsî hizmet sözleşmeleri için m. 6/I⁸³, taşınmaz mallar üzerindeki aynı hakka veya kullanım hakkına ilişkin sözleşmelerin şekli geçerliliği açısından m. 9/VI⁸⁴ da ilgili hükümler bulunmaktaydı. Bunların yanında, doğrudan uygulanan normlarla ilgili 7. maddede genel bir düzenleme öngörülmüştü⁸⁵. Bunlarla birlikte Konvansiyon'da doğrudan uygulanan

⁷⁶ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 144.

⁷⁷ AKINCI, s. 55; EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 147.

⁷⁸ AKINCI, s. 54; TİRYAKIOĞLU, s. 78; DOĞAN, Bağlama Kuralı, s. 130.

⁷⁹ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 144.

⁸⁰ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 144.

⁸¹ Konvansiyon m.3/III; "Taraflarca yabancı bir hukukun seçilmesi, yabancı bir mahkemenin seçimi ile tamamlansın veya tamamlanmasın, seçim zamanında sözleşme ilişkisiyle ilgili diğer bütün unsurların bağlantılı olduğu ülkenin, anlaşmayla kendilerinden kaçınılamayacak hukuk kurallarının uygulanmasını engelleyemez". Bkz. EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 156-157.

⁸² Konvansiyon m. 5/II: "Taraflarca seçilen hukuk, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun müdahaleci kurallarının ona sağladığı korumadan tüketiciyi mahrum etme sonucunu doğuramaz". Bkz. EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 157.

⁸³ Konvansiyon m. 6/I: "Şahsi hizmet sözleşmelerinde taraflarca seçilen hukuk, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda uygulanacak hukuku gösteren m. 6/II'nin yönlendirdiği hukukun müdahaleci kurallarının işçiye sağladığı korumadan onu mahrum etme sonucunu doğuramaz". Bkz. EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 157.

⁸⁴ Konvansiyon m. 9/VI: "Bu maddenin 1 ve 4. paragraflarına rağmen, konusu taşınmaz mal üzerindeki bir aynı hak ve onun kullanılmasına ilişkin olan sözleşmeler, eğer taşınmaz bulunduğu ülkenin hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuk hangi hukuk olursa olsun müdahaleci şekilde düzenlenmiş şekil şartları varsa, bu nitelikteki şekil şartlarına tâbidir". Bkz. EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 157.

⁸⁵ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 157.

kuralların tanımı yapılmamıştı. Roma I Tüzüğü'nde doğrudan uygulanan kurallara yönelik bir tanım yer almaktadır. Gerçekten de, Tüzük m. 9/I'e göre, doğrudan uygulanan kurallar, devletin sosyal, ekonomik ve siyasî düzenini korumak amacıyla hizmet eden ve uygulanacak olan hukuktan bağımsız olarak doğrudan uygulanması gereken kurallardır⁸⁶⁻⁸⁷.

Doğrudan uygulanan normlar, hâkimin hukuku⁸⁸ kapsamında olabileceği gibi, yabancı hukukun normları da olabilir⁸⁹. Yabancı hukukun normları, genellikle sözleşme statüsü olarak devreye girer. Bununla birlikte istisnai bazı hallerde, üçüncü devletin doğrudan uygulanan normları da dikkate alınabilmektedir⁹⁰⁻⁹¹. Doğrudan uygulanan kuralların ilk iki ayırımının uygulanması konusunda doktrinde fikir birliği mevcut iken, üçüncü ayırım olan sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşmeye uygulanması ise doktrinde tartışmalı bir konudur⁹².

b) Hâkimin Hukukunun Doğrudan Uygulanan Normları

Milletlerarası unsur taşıyan bazı hukukî ilişkiler, hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları kapsamında yer alabilir. Bu gibi durumlarda hâkim, kendi mevzuatının öngördüğü şekilde karar vermek durumundadır. Diğer bir deyişle, ülke ile ilişkili bütün meselelerde

⁸⁶ TARMAN, Tüzük, s. 325.

⁸⁷ Roma I Tüzüğü m. 9/1 ile getirilen doğrudan uygulanan kurallar tanımı, kaynağını *Arblade* davasından almaktadır (*Arblade Cases* C-369/96 [1999] ECR I-8453 and C-374/96[1998] ECR I-8385, para. 31; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0369> (Erişim Tarihi: 10.03.2015).

⁸⁸ Hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları Tüzük m. 9/II'de düzenlenmiştir.

⁸⁹ KOCASAKAL, Hatice Özdemir, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul 2001, s. 36 vd.; DOĞAN, *Milletlerarası Özel*, s. 306; TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, s. 378.

⁹⁰ MÖHUK. m. 31'de, üçüncü devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için, sözleşmenin bu devlet hukuku ile sıkı ilişki halinde olması gerektiği ifade edilmiştir. Üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları Roma I Tüzüğü m. 9/III'de de düzenlenmiştir. Buna göre, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları, sadece ifa o ülkede yapılacaksa dikkate alınır.

⁹¹ Doğrudan uygulanan normlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 8 vd.

⁹² TARMAN, *İş Sözleşmeleri*, s. 543.

uygulanmak amacı ile çıkartılmış bir normun söz konusu olduğu durumlarda, hâkim, kendi hukukunun bu emrine uymak mecburiyetindedir⁹³. Meselâ MÖHUK. m. 6'da Türk hukukunun doğrudan uygulanan normlarına yönelik bir düzenleme yer almaktadır. Gerçekten de, söz konusu hükme göre: *“Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır”*. MÖHUK. m. 31'de ise sözleşmeden doğan ilişkilerde doğrudan uygulanan kurallar ayrıca düzenlenmiştir⁹⁴. Görüldüğü üzere, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren durumlara yönelik özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, söz konusu hallerde Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulanır. Yine, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun hâkimin hukukunun normlarını sınırlayamayacağına Konvansiyon m. 7/II'de de yer verilmişti⁹⁵. Aynı düzenleme Roma I Tüzüğü m. 9/II'de de yer almaktadır. Taşınır Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkındaki La Haye Sözleşmesinin 17. maddesinde de, sözleşme ile tespit edilen kuralların, mahkemenin tâbi olduğu devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına engel olmayacağı açıkça belirtilmiştir⁹⁶. Bu husus Yargıtay'ın bir kararına da yansımıştır. Söz konusu kararda: *“MÖHUK 31. maddeye göre yabancılık unsuru taşıyan borç doğurucu hukuki ilişkilerden kaynaklanan davalarda taraflara yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılma yönünde tanınan hakkın kamu düzeni veya*

⁹³ KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 33; EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 166; KOCASAKAL, İnternet, s. 641; DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 306.

⁹⁴ MÖHUK. m. 31: *“Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır”*.

⁹⁵ KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 34; EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 166.

⁹⁶ KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 34.

münhasır yetki esasının geçerli olduğu hallerde uygulanamayacağı...” ifadesi yer almaktadır⁹⁷.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki Roma I Tüzüğü'nün 16. maddesine göre, kamuyu ilgilendiren özellikle ekonomik, sosyal ve siyasî menfaatlerin korunması amacını ihtiva eden normlar, doğrudan uygulanan norm olarak kabul edilmektedir⁹⁸. Görüldüğü üzere, milletlerarası unsur taşıyan ilişkiler bakımından da geçerli olan doğrudan uygulanan normlar, muhteva itibarıyla devlet düzeninin korunması ve devletin icra faaliyetleri ile özel bir bağlantısı olan normlardır⁹⁹. Bunlarla birlikte, doğrudan uygulanan normlar, sözleşme statüsünün veya yabancı hukukun uygulanmasına bütünüyle engel teşkil etmez¹⁰⁰. Bunlar, sadece ilgili oldukları hallerde uygulama alanı bulur.

c) Yabancı Hukukun Doğrudan Uygulanan Normları

Yabancı hukukun doğrudan uygulanan normları ya sözleşme statüsünün ya da sözleşme ile yakın ilişki halinde olan üçüncü ülkenin hukuku olarak gündeme gelebilmektedir¹⁰¹. Bu kapsamda hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk, onu bütünüyle idare eder¹⁰². Bu sebeple söz konusu hukuk, emredici hükümler de dâhil olmak üzere sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanır. Bunun neticesi olarak da, hukukî ilişkinin tâbi olduğu hukukun doğrudan uygulanan normları söz konusu ilişki bakımından uygulama alanı bulur. Nitekim aynı husus Konvansiyon m. 7/I'de de belirtilmişti¹⁰³. Ancak Roma I Tüzüğü m. 9/III ile, genel kurala ilaveten üçüncü ülkelerin hukuku bakımından yeni bir düzenleme getirilmiştir.

⁹⁷ 11. HD., T. 8.4.2009, E. 2008/10582, K. 2009/4282, (KBİBB).

⁹⁸ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 169; DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 306-307.

⁹⁹ DOĞAN, Bağlama Kuralı, s. 99-100; KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 33; EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 166; TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 380; DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 307; ÇELİKEL/ERDEM, s. 344; ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE, s. 278.

¹⁰⁰ DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 307.

¹⁰¹ DOĞAN, Bağlama Kuralı, s. 104; EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 160; DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 307.

¹⁰² AKINCI, s. 58; TİRYAKIOĞLU, s. 44; DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 308.

¹⁰³ EKŞİ, Roma Konvansiyonu, s. 160.

Buna göre, üçüncü devletin doğrudan uygulan kuralları ancak o ülke aynı zamanda ifa devleti ise dikkate alınır¹⁰⁴. MÖHUK. m. 31’de ise, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabilmesi için, sözleşmenin o ülkenin hukuku ile sıkı ilişki halinde olması şartı aranmaktadır. Bununla birlikte, bu prensibin istisnaları gündeme gelebilir. Gerçekten de hâkim, bu hususa kendi hukukunun kamu düzeni sebebiyle birtakım sınırlamalar getirebilir¹⁰⁵. Dolayısıyla hâkim, kendi hukuku ile sözleşme statüsünün veya üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları çakıştığında, kendi hukukunu uygular.

Roma Konvansiyonu’nda sözleşme ile yakın ilişki içerisindeki üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını düzenleyen 7/1 maddesinin temelini *Alnati* kararı oluşturmaktadır. Hollanda Yüksek Mahkemesi yabancı bir devletin hukukunun kendi sınırları dışında da uygulanmasının önemli olduğu durumlarda, Hollanda mahkemelerinin bu durumu dikkate alabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, önemli durumlarda ilgili devletin hukukunun uygulanmasına tarafların seçtikleri hukuktan önce ve öncelikli olarak uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Hollanda Yüksek Mahkemesi, uluslararası ve ulusal düzeyde herhangi bir yazılı metin bulunmamasına rağmen, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devlete ait bazı kuralların uyuşmazlığa uygulanabileceğine hükmetmiştir¹⁰⁶.

Sözleşme ile yakın ilişki içerisindeki üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması konusunda Kıta-Avrupası ile *common law* sistemi farklı yaklaşımlar sergilemektedir. İsviçre’de de benzer uygulamalar söz konusu olup, bu konu da İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk düzenlemelerinde açıkça yer almıştır. Hollanda ve İsviçre başta olmak üzere Kıta Avrupasındaki devletler konuya daha olumlu yaklaşırken, *common law* sistemi (örneğin İngiltere ve Avustralya) ise dirençli bir yaklaşım sergilemektedir. Örneğin; İngiltere bazı mahkeme

¹⁰⁴ TARMAN, Tüzük, m. 325.

¹⁰⁵ DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 308.

¹⁰⁶ KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 57.

kararlarında, kendi kanunlarına göre geçerli olan sözleşmeleri, sözleşme ile sıkı bağlantılı olan üçüncü ülkelerin hukuklarını dikkate olarak geçersiz kılmıştır¹⁰⁷. Yine de İngiltere Roma Konvansiyonu'nun sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını düzenleyen 7/1 maddesine çekince koymuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nden daha yumuşak olsa da Kanada hukukunun konuya yaklaşımı belirsizdir¹⁰⁸. Amerikan Kanunlar İhtilafı Hukuku, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına izin vererek tarafların belirlediği hukuka rağmen sözleşme ile bağlantı içerisindeki üçüncü bir devletin emredici hükümlerinin uygulanabileceğini düzenlemiştir¹⁰⁹.

Yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için gerekli olan “sıkı ilişki” kıstasının çok geniş kapsamlı olması eleştiri konusu olmuştur. “Sıkı ilişki” kıstasının kapsamının belirlenememesi nedeniyle, bu kıstasın mevzuat düzenlemesi için uygun olmadığı dile getirilmiştir. Bundan dolayı, Roma Konvansiyonu'ndaki “sıkı ilişki” kıstası Roma I Tüzüğü'nde kullanılmamıştır. Roma I Tüzüğü madde 9/3'deki ifadede sadece “sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edildiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına...”¹¹⁰ etki tanınabileceği belirtilmiştir. Sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin

¹⁰⁷ *Regazzoni v. KC Sethia (1944) Ltd* [1958] AC 301; <http://www.uniset.ca/other/css/1958AC301.html> (Erişim Tarihi: 03.03.2015).

¹⁰⁸ **KOCASAKAL**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 60.

¹⁰⁹ **SYMEONIDES**, Symeon, American Private International Law, The Netherlands 2008, s. 197-198;

https://books.google.com.tr/books?id=71BhIQMe8EwC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=SYMEONIDES,+Symeon,+American+Private+International+Law,+The+Netherlands+2008,&source=bl&ots=G6a9YDaV_c&sig=YdMOygh0BDs8IpdKZLxt1zGxTUA&hl=tr&sa=X&ei=rhn2VPaSEcv0UurLgMAL&ved=0CEEQ6AEwBA#v=onepage&q=SYMEONIDES%20Symeon%20American%20Private%20International%20Law%20The%20Netherlands%202008%2C&f=false (Erişim Tarihi: 03.03.2015).

¹¹⁰ **ÇELİKEL-ERDEM**, s. 385.

doğrudan uygulanan kurallarına ancak sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılması halinde etki tanınabileceğini de maddede ifade edilmiştir¹¹¹.

Roma Konvansiyonu'nun 7. maddesi Konvansiyonun hazırlık aşamasında ve Roma I Tüzüğü'nün hazırlanması aşamasında en fazla tartışılan madde olmuştur¹¹². Bu tartışmalar nedeniyledir ki, konvansiyonun 22/1(a) maddesi konvansiyona taraf devletlerin m. 7/1'e çekince koyabilme imkânı getirmiştir. Bunun bir nedeni üye devletlerin hukuk sistemlerinde doğrudan uygulanan kurallar konusunda farklı uygulamalar olması, diğer nedeni ise maddenin uygulanacak hukuk konusunda belirsizlik yaratması endişesinin varlığıdır. Başka bir ifadeyle, bu maddenin uygulamada meydana getireceği sorunlar ve zorluklar ile ilgili endişeler nedeniyle bu maddeye çekince konulmasına olanak tanınmıştır¹¹³. Bu imkandan Almanya, Birleşik Krallık, İrlanda, Lüksemburg, Letonya, Portekiz ve Slovenya yararlanarak m. 7/1'i uygulamak istememişlerdir. Roma I Tüzüğü'nde düzenlenen sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını ise Danimarka dışında Avrupa Topluluğu'ndaki bütün devletler kabul etmiş ve uygulamaya koymuştur¹¹⁴.

¹¹¹ **ERKAN**, Mustafa, MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, GÜHFD, C. XV, S. 2, Y. 2011, s. 108.

¹¹² **KÖSOĞLU**, Mehmet, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, *MHB* 2008, Y. 28, S. 1-2, s. 166; **EKŞİ**, Konvansiyon, s. 168.

¹¹³ **EKŞİ**, Konvansiyon, s. 171-173.

¹¹⁴ **ERKAN**, s. 112.

IV. SONUÇ

Sözleşme statüsü, kural olarak sözleşmeden doğan bütün hususlara uygulanmaktadır. Sözleşme statüsünün uygulama alanına girmeyen bazı haller değerlendirilmek üzere bu çalışma kaleme alınmıştır.

Çalışmada, sözleşme statüsünün uygulama alanına girmeyen durumlar ele alınmadan önce, sözleşme statüsünün uygulama alanı değerlendirilmiştir. Konunun düzenlendiği Roma I Tüzüğü m. 12'ye göre, taraflarca seçilen hukuk, özellikle sözleşmenin yorumuna, yerine getirilmesine, zararın değerlendirilmesi de dâhil, mahkemenin usul hukuku izin verdiği ölçüde sözleşmenin ihlâlinin sonuçlarına, borcun sona erme sebeplerine ve sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçlarına ve zamanaşımına uygulanır. Sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği konuları da aynı tüzüğün 10. maddesine göre sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabidir. Maddi hukuka ait hususlardan olan ispat yükü ve kanuni karineler Roma I Tüzüğü'nün 18. maddesine göre, sözleşme statüsüne tabi konulardandır. Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun sözleşme statüsü kapsamında sayılması gerekliliği ise Roma II Tüzüğü'nde bildirilmiştir.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) sözleşmeden doğan borç ilişkileri kapsamında değerlendirilmiş ve sözleşmenin kurulmasından bağımsız olarak sözleşme statüsüne tabi olduğu şüpheye yer bırakmayacak şekilde Roma II Tüzüğü'nde hükme bağlanmıştır. Bu noktada sözleşmenin fiili olarak kurulup kurulmadığının bir önemi olmaksızın sözleşmenin uygulandığı veya imzalanarak geçerli olacağı yer hukukunun uygulanabilirlik kazandığını da bildirmek gerekir. Diğer taraftan sözleşmenin kurulamamış olmasından dolayı sözleşme statüsünün belirlenemediği durumlarda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, haksız fiillere uygulanan genel kurallara göre belirlenecektir.

Ehliyet, şekil, sözleşmenin ifası, eksik ifa halinde yapılacak işlemler, ispat araçlarının neler olduğu, bunların kabul edilebilirliği, delillerin ikamesi, hangi delillerin kesin delil olduğu, tanıkların

dinlenmesi, delillerin ispat gücü ve yargılamanın nasıl yapılacağı konuları sözleşme statüsünün kapsamı dışında kalmaktadır. Sözleşmenin ifasındaki pratik zaruretler ve koruma tedbirleri mevcut duruma göre sözleşme statüsü dışında sayılabilirken, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar meseleleri de, sözleşme statüsünün uygulanmasını engelleyebilmektedir.

Sözleşme statüsünün uygulanmasını engelleyen “kamu düzeni” ve “doğrudan uygulanan normlar” konusu çalışmada ayrıca başlıklandırılarak ele alınmıştır. Kural olarak uygulanması gereken hukukun, mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda uygulama alanı bulamayacağı, bu durumda hakimin re’sen durumu göz önünde bulundurarak kendi hukukunu uygulaması gerektiği özel olarak düzenlenmiştir.

Kamuyu ilgilendiren, özellikle de ekonomik, sosyal ve siyasi menfaatlerin korunması amacını taşıyan kurallar olarak nitelendirilen doğrudan uygulanan kurallar, hakimin hukuku kapsamında olabileceği gibi yabancı hukukun normları arasında da olabilir. Sözleşme statüsünün uygulanmasına bütünüyle engel olmayan bu kuralların içerik olarak devlet düzeninin korunması ile doğrudan ilgili olması ve her devletin doğrudan uygulanan kurallar konusunda farklı düzenlemeler yapmış olma ihtimaline karşın doğacak sorunların önüne geçebilmek amacıyla Roma I Tüzüğü, bu konuda devletlere çekince koyabilme imkânı getirmiştir.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER.	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HHFD.	: Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
m.	: madde
MHB.	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK.	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya	: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992.
AKYOL, Şener	: Sözleşmenin Yorumu, İstanbul 2010.

- CANYAŞ, F. Aslı Bayata: Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi, HHFD., 1(1), 2011, s. 110-121.
- ÇAKALIR, Yalçın :Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 451-500.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul 2012.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt : Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri, MHB., C. 9, S. 2, Y. 1989, s. 103-120.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.
- DEMİRKOL, Berk : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010.
- DOĞAN, Vahit : İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996 (Kısaltılmışı: DOĞAN, Bağlama Kuralı).
- : Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Ankara 2013 (Kısaltılmışı: DOĞAN, Milletlerarası Özel).

- EKŞİ, Nuray : Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, MHB., C. 17, S. 1-2, Y. 1997-1998, s. 153-162 (Kısaltılmışı: EKŞİ, Konvansiyon).
- :Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 116-148 (Kısaltılmışı: EKŞİ, İş Sözleşmeleri).
- : Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004 (Kısaltılmışı: EKŞİ, Roma Konvansiyonu).
- : Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2012 (Kısaltılmışı: Sigorta Sözleşmeleri).
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul 2011.
- ERKAN, Mustafa : Möhük Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, GÜHFD. C. XV, S. 2, Y. 2011, s. 81-121.
- GÜNGÖR, Gülin :Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara 2007.
- KOCA, Sema Çörtoğlu:Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk, GÜHFD. C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 233-257.
- KOCASAKAL, Hatice Özdemir: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul

- 2001 (Kısaltılmışı: KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar).
- :Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003 (Kısaltılmışı: KOCASAKAL, Elektronik Sözleşmeler).
- : İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 633-650 (Kısaltılmışı: KOCASAKAL, İnternet).
- KÖSOĞLU, Mehmet :Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, *MHB* 2008, Y. 28, S. 1-2, s. 147-172.
- OFTİNGER, Karl/JEANPRETRE, Raymond, (Çev: Kemal DAYINDARLI) : Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1990.
- ÖZEL, Sibel : Sözleşmesel İlişkide MÖHUK. M. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, *MHB.*, Engin Nomer'e Armağan, C. 22, S. 2, Y. 2002, s. 577-617.
- ÖZTÜRK, Neva Övünç: ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006.

- RUHİ, Ahmet Cemal :27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara 2008.
- SAKMAR, Ata/EKŞİ, Nuray/YILMAZ, İlhan: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, İstanbul 2001.
- SARGIN, Fügen : Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002.
- SÜRAL, Bahar Ceyda :Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROID (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü) Prensipleri, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir 2008.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/FİGANMEŞE, İnci Ataman; Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge : Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu, GÜHFD., C. XIV, S. 2, Y. 2010, s. 121-140.
- TARMAN, Zeynep Derya : Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü, BATİDER., C. XXV, S. 2, Y. 2009, s. 299-332 (Kısaltılmışı: TARMAN, Tüzük).
- :Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, AÜHFD., C. 59, S. 3, Y. 2010, s. 521-550 (Kısaltılmışı: TARMAN, İş Sözleşmeleri).
- : 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi, BATİDER., C. XXVI, S. 1, Y. 2010, s. 143-

- 171 (Kısaltılmışı: TARMAN, Hukuk Seçimi).
- TEKİNALP, Gülören : Taşıma Sözleşmesine Uygulanan Hukuk, MHB., C. 2, S. 2, Y. 1982, s. 35-41 (Kısaltılmışı: TEKİNALP, Taşıma Sözleşmesi).
- : Akdî İlişkilere Uygulanacak Hukuk: MÖHUK. M. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi, MHB., C. 5, S. 1, Y. 1985, s. 28-31 (Kısaltılmışı: TEKİNALP, Hukuk Seçimi).
- : Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu, MHB., C. 8, S.1, Y. 1988, s. 59-70(Kısaltılmışı: TEKİNALP, Akdi Borç Statüsü) .
- : Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011 (Kısaltılmışı: TEKİNALP, Bağlama Kuralları).
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.
- TURAN, Gamze : Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, TBBD., S. 77, Y. 2008, s. 88-119.
- TURHAN, Turgut : İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, AÜHFD., C. 41, S. 1-4, Y. 1991, s. 119-149.
- TÜZÜNER, Özlem : Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006.

- ÜSTÜNDAĞ, Saim/KARSLI, Abdurrahim: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara 1996.
- YELMEN, Adem : Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2013
- YILDIRIM, Ayça : Milletlerarası Özel Hukukta Banka Teminat Mektuplarına Uygulanacak Hukukun Tespiti, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2012.

GELİŞEN TEKNOLOJİNİN DOĞURDUĞU YENİ BİR SUÇ TÜRÜ: KREDİ KARTI (POS) TEFECİLİĞİ

Arş. Gör. Burak BİLGE*

*“İktisadî hayatın gayrimeşru ilişkileri, toplumu
adaletsizliğe ve merhametsizliğe sevk eder”.*

ÖZET

Çalışmamızın konusu “Gelişen Teknolojinin Doğurduğu Yeni Bir Suç Türü: Kredi Kartı (POS) Tefeciliği”dir. TCK m. 241’de düzenlenen ve bugün toplumda en çok işlenen suçlardan biri olan tefecilik, toplum ve devlet için ciddi bir vakıdır. Tefecilik suçu gelişen teknoloji ile birlikte yeni yöntemlerle işlenmektedir. POS tefeciliği, tefecilikte en çok tercih edilen yöntemlerden biridir. POS tefeciliğinde menfaatlerin risksiz bir şekilde hemen temin edilmesi, bunda önemli rol oynar. POS tefeciliği, devletin vergi gelirlerini ciddi şekilde etkiler ve zarara uğramasına sebep olur. Ayrıca diğer kişilerin de ekonomik sıkıntı içine düşmelerine neden olur. Gerekli denetimlerle bu suçun işlenmesinin önüne geçilmesi kamu menfaati bakımından önem arz eder.

Anahtar Kelimeler: Tefecilik Suçu, Pos Tefeciliği, Gelişen Teknoloji, TCK m. 241.

THE POS USURY: A New Type of Crime Engendered by Devoloping Technology

ABSTRACT

This study relates to “The POS (Point of Sale) Usury: A New Type of Crime Engendered by Devoloping Technology”. The usury which is regulated under the article 241 of Turkish Penal Code as one of the crimes, is considered as a serious fact for both the society and the state. Morover as a result of devoloping technology, this crime is committed

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı,
burakbilge06@gmail.com

with new methods such as POS. Since providing immediate risk free interest plays a major role in the POS usury, this method became one of the most favored method of usury. In fact, POS usury seriously affects the tax revenues and as a consequent damages both the country's economy and the people who barrowed modey. Therefore preventing this crime with the necessary measures has a significant importance for the public interest.

Keywords: Usury Crime, The POS (point of Sale) Usury, Devoloping Technology, Article 241 of Turkish Penal Code.

I. GENEL OLARAK

Paranın insan hayatına önemli bir değer olarak girmesi ile birlikte, güçlü sermayeye sahip olan kişiler, ellerinde bulunan para üzerinden kazanç sağlama yoluna başvurabilmektedir. Ekonomik bakımdan zor durumda olan bireyler de, sözü edilen sermaye sahiplerinden, geri ödemede büyük risk barındıran ödünç para alma yolunu seçmektedir. Gerçekten de ödünç para verenin (sermaye sahibinin) ödünç para alan kişinin içinde bulunduğu zor durumdan faydalanarak haksız bir kazanç sağladığı bu sistemin meşruiyeti günümüze kadar hep tartışılmıştır. Bu sistem “tefecilik” olarak adlandırılmış ve gelişen ekonomik sistem içerisinde ödünç verme faaliyetlerinin kontrolsüz yapılmasının önlenmesi amacıyla çoğu hukuk sisteminde yasal düzenlemeler yapılarak, (yasal izinler dışında yapılması halinde) suç olarak kabul edilmiştir.

Türk Hukuku'nda tefecilik suçu ilk olarak 2279 sayılı “Ödünç Para Verme İşleri Kanunu”nun 17. maddesinde düzenlenmiş ve bu hüküm 5237 sayılı “Türk Ceza Kanunu”nun yürürlüğe girmesine kadar uygulanmıştır. 2279 sayılı Kanun uzun süre uygulandıktan sonra, tefecilik kavramının ne olduğunun izahı bakımından önem arz eden “90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname” yürürlüğe girmiştir. Ancak aynı KHK'nın 17. maddesinin 3. fıkrası ile 2279 sayılı Kanun'un tefecilik suçuna ilişkin ceza hükümlerini içeren 17. maddesi korunmuştur. 90 sayılı KHK kanunlaşmadan 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu” m. 52/1 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Tefecilik suçu 5237 sayılı TCK m. 241’de, “*kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Tefecilik suçuna dair yapılan bu düzenleme ekonomik ve teknolojik şartların gelişmesi ile birlikte, bu suçu tanımlama ve suçun işlenmesini önleme konusunda yetersiz kalmaktadır. Zira tefecilik suçu günümüzde, görünürde ödünç para verme işlemi olmaksızın da işlenmektedir.

Günümüz ticari hayatında gelişen teknolojiye paralel olarak bankalardan temin edilen kredi kartları alışverişlerde sıklıkla kullanılmaktadır. Çünkü elinde her zaman nakit para bulunmayan kişi için kredi kartları acil nakit para ihtiyacını karşılamada büyük kolaylık sağlamaktadır. Kredi kartı paraya gerçek anlamda alternatif bir ödeme aracı¹ olmakla birlikte kredi kartının bu özelliği çeşitli suçların işlenmesine de sebep olabilmektedir. Günümüzde yasal olarak ödünç para verme yetkisine sahip olmayan kişiler (satıcılar) bankaların vermiş olduğu kredi kartlarını araç olarak kullanarak “POS² (Point of Sale) Tefeciliği” suçunu sıklıkla işlemektedirler.

Çalışmamızda tefecilik suçunun yeni bir işleniş şekli olan POS tefeciliği suçunu inceleme konusu yapılacaktır. Bu kapsamda öncelikle, tefecilik suçuna ilişkin genel bilgiler verilecek ve suçun kredi kartının araç olarak kullanılması ile işlenmesinin hukuki ve sosyal boyutları üzerinde durulacaktır. Hemen belirtelim ki, tefecilik suçuna ilişkin verilecek genel bilgilerde tefecilik suçunun unsurları üzerinde durulacağından, ayrıca POS tefeciliğine ilişkin yapılan açıklamalarda suçun unsurları üzerinde durulmayacaktır. Diğer yandan asıl konumuz POS tefeciliği olduğundan

¹ İŞGÜZAR, Hasan; Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003, s. 29.

² POS cihazı kredi kartlarının işlem yapabilmesi için sokulduğu cihazdır. Bu cihazlar, kısaca POS veya diğer adı olarak POS aleti olarak da bilinir. POS cihazının açılımı “Point of Sales Terminal” yani satış noktaları terminalidir. Müşterilerin ödeme noktalarında nakit kullanmadan ödeme yapmasını sağlar. Kredi kartlarının çiplerindeki bilgiyi okumaya, otomatik olarak onay alma ve satış tamamlamaya yarayan elektronik cihazlardır. Kredi kartı üreten her bankanın müşterilerine kolaylık olması amacıyla, üye işyerleri aracılığıyla POS cihazı ile hizmet vermesi gerekmektedir. (<http://www.eticaret.com/e-ticaret-sozlugu/pos-cihazı-nedir/> Erişim Tarihi: 24.03.2015).

tefecilik suçuna ilişkin doktrinde yer alan tartışmalı meselelere ayrıntılı olarak değinilmeyecektir.

II. TEFECİLİK SUÇUNA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Tefecilik suçu, 5237 sayılı TCK'nın Özel Hükümler Kitabının, Toplum Karşı Suçlara İlişkin 3. kısmının Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlığını taşıyan Dokuzuncu Bölümünde düzenlenmiştir. Suçun düzenlendiği TCK m. 241 hükmüne göre "*Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*". Devamında TCK m. 242'ye göre, "*Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*". Tefecilik suçunda korunan hukuki değer, suçun maddi ve manevi değeri ile hukuka aykırılık unsurları aşağıda ele alınmıştır.

A. TEFECİLİK SUÇUNDA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

İçtima-i hayatta insanlar arasında birçok olay meydana gelmekte ve bunların bir kısmı ceza hukukunun ilgi alanına girmektedir. Hangi eylemlerin ceza hukukunun alanına gireceğine kanunilik ilkesi gereği kanun koyucu karar verecektir. Kanun koyucunun bir eylemi suç haline getirirken, onu bu düzenlemeye iten düşünce korunan hukuki yarar olarak ifade edilmektedir³. Her suç, bireye ve topluma ait belirli bir varlık veya menfaati ihlal ettiği için, kendine mahsus bir hukuki konuya sahiptir⁴.

Tefecilik suçu, TCK'nın "*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*" başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Suçun söz konusu yerde düzenlenmesi göz önüne alınarak bu suçla korunan hukuki değer serbest piyasa ekonomisinin, yani ekonomik hayatın işleyişinin ve güvenliğinin korunması olduğu ifade edilmiştir⁵. Çünkü ülke

³ SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara 2012, s. 202.

⁴ TOROSLU, Nevzat; Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 221.

⁵ PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer; Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, Ankara 2008, s. 3463; ÖZBEK, Özer Veli/KANBUR, Nihat Mehmet/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku

ekonomilerinin istikrarlı bir büyüme seyri göstermeleri, devletin düzgün bir faiz politikası izlemesi ve faiz oranlarının düşük tutulmasıyla doğru orantılıdır⁶. Bu bakımdan faizli ödünç para verme işlemlerinin devlet kontrolünde ve devletin koyduğu hukuk kuralları kapsamında gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Tefecilik suçu ile korunduğu kabul edilen bir diğer değer de; faiz karşılığı ödünç para alan kişinin irade özgürlüğüdür. Kişinin acil para bulma gereksinimi dolayısıyla zor durumda kalması ve neticesinde aşırı faizle borç para alması, kişiyi sömürüye açık hale getirmektedir⁷. Aşırı faizle ödünç para almak zorunda kalan kişi, içinde bulunduğu müzayaka hali sebebiyle, iradesinde önemli bir zayıflık meydana gelmekte ve adeta tefeciye “*hayır*” diyememektedir⁸. Gerçekten de tefecilik suçunda genellikle ödünç alan kişi zor durumda olsa da, bunun her zaman doğru kabul edilmesi mümkün değildir⁹. Zira özellikle tefecilerin aracı olarak kullanıldığı durumlarda, taraflar özgür iradeyle hareket etmektedirler. Örneğin¹⁰ yurtdışından gelen ve elinde sermayesi bulunan bir kimsenin, tefeciye başvurarak, parasını alıp faiz karşılığında başkalarına ödünç vermesini istemesi, tefecinin de bunu kabul ederek faizi sermaye sahibi ile paylaşması olayında taraflar arasında irade serbestisinin zedelendiğinden bahsedemeyiz. Benzer şekilde bankalardan kredi almak çoğunlukla uzun bir süreci kapsar. Bankalardaki kredi alma prosedürüne takılmak

Özel Hükümler, 4. Baskı, İzmir 2012 s. 849; **GÜNAY**, Erhan; Tefecilik Suçu, Ankara 2012, s. 23; **ARSLAN**, Çetin/**AZİZAĞAOĞLU**, Bahattin; Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 1003-1004.

⁶<http://www.tcmb.gov.tr/research/discus/dpaper2.html>;

<http://ekonomi.milliyet.com.tr/basci-dusuk-faiz-ve-dengeli-buyume-dedi/ekonomi/ekonomidetay/13.03.2013/1679764/default.htm> (Erişim Tarihi: 02.17.2014).

⁷ **PARLAR**, Ali; Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara 2011, s. 17; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, Özel Hükümler, s. 849.

⁸ **İNÇİ**, Özen Z.; Tefecilik, Ankara 2014, s. 100.

⁹ **GİYİK**, Abdülkâki; Türk Hukukunda Tefecilik Suçu, Ankara 2014, s. 54.

¹⁰ Örnek için bkz. **GİYİK**, s. 54.

istemeyen bir kişi de tefeciye başvurabilmektedir. Söz konusu halde de kişilerin irade özgürlüğünün zedelendiğini söyleyemeyiz.

İrade özgürlüğünün etkilenmesi, failde bir yanıltma, aldatma kastının varlığına bağlıdır. Tefecilik suçu bakımından esasen failde bu yönde bir kandırma veya aldatma kastının olmaması, aksine ödünç alan kişinin kendi arzusuyla, faizle ödünç alması sebebiyle, irade özgürlüğünün korunması meselesi eleştirilmiştir¹¹. Gerçekten de fail, mağduru kendi belirlediği birtakım şartlar altında sözleşme yapmaya zorlamamış, bir baskı yapmamış olabilir. Aksine mağdur tamamen kendi özgür iradesiyle böyle bir sözleşme yapma iştiyakında bulunmuş olabilir. Diğer yandan aşağıda belirteceğimiz üzere bu suçla korunan hukuki değerın karma bir nitelik taşıması, tek başına irade serbestisinin bu eylemi meşru bir daireye sokmayacağını ifade etmek gerekir.

Son olarak sözleşme yapma özgürlüğünün bu suçla korunan hukuki değer arasında olduğu da savunulmaktadır. Kişilerin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntıdan faydalanan tefeci ile faizle ödünç para alan kişi arasında "*iradeye uygun olmayan*" sözleşme akdedilmektedir. Bu anlamda tefecilik suçu ile sözleşme yapma özgürlüğünün korunması amaçlanmıştır¹².

Doktrinde, çoğunlukla tefecilik suçunda korunan hukuki değerın karma nitelik taşıdığı savunulmaktadır¹³. Kanaatimizce tefecilik suçuyla hem bireysel değerler hem de toplumsal birtakım değerler koruma altına alınmıştır. Ancak serbest piyasa ekonomisi ve ekonomik hayatın korunması amacı, bireysel menfaatlere nazaran daha çok göz önünde bulundurulmaktadır. Özellikle suç tipinin TCK'da "*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*" başlığı altında düzenlenmesi bu görüşü

¹¹ İNCİ, s. 100.

¹² GÜNAY, s. 24; MERAN, Necati; Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları İle Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara 2005, s. 354; MERAN, Necati; Tefecilik Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, 2.Baskı, Ankara 2012, s. 19; İNCİ, s. 102.

¹³ Bkz. GÜNAY, s. 24; Parlar, s. 17; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 849; ÖZBEK, Özer Veli; Tefecilik Suçu, (TCK m. 241), CHD, Sayı 5, Yıl: Aralık 2010, s. 31.

desteklemektedir. Bununla birlikte tefecilik suçu kapsamında kabul edilen faizli ödünç para verme eylemi devletin izin verdiği yasal(!) kurumlar vasıtasıyla gerçekleştirilmekte ve karşılığında devlet vergi geliri elde etmektedir. Her ne kadar söz konusu faaliyetin yapılmasında birtakım kurumlara izin verilmesi, bireysel menfaatlerin korunmasına hizmet etse de ekonomik hayatın korunmasına ve böylelikle devletin vergi geliri elde etmesine daha fazla hizmet etmektedir.

B. SUÇUN MADDİ UNSURU

1. Suçun Maddi Konusu

TCK m. 241'e göre, suçun konusu paradır. Diğer bir deyişle, kazanç elde etmek amacıyla bir başkasına izin almaksızın ödünç verilen "*para*"¹⁴ tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturur¹⁵. Suçun konusunu oluşturan para, Türk parası veyahut yabancı para olabilir.

Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüş, para dışındaki unsurların kıymetli evrak veya altın, gümüş gibi- tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturmayacağıdır. Zira altın ve kıymetli evrak her ne kadar "*para gibi*" kullanılsa da, "*para*" değildir. Örneğin, bir kimse 50 tane küçük altını ödünç olarak bir başka kimseye verse ve karşılığında 70 altın olarak belirli bir zaman sonra geri alsın, tefecilik suçunu işlemiş sayılmaz. Her ne kadar burada tefecilik suçuyla amaçlanan kazanç elde edilip, suçla korunan hukuki değer ihlal edilse de tefecilik suçu oluşmaz¹⁶. Çünkü tefecilik suçunun konusu "*para*" ile sınırlanmıştır¹⁷. Dolayısıyla kanuni tanımda "*ödünç para vermek*" ibaresi kullanıldığından, bahsi geçen

¹⁴ Para: "*Devletçe bastırılan, üzerinde değeri yazılı kâğıt veya metalden ödeme aracı, nakit*" anlamına gelmektedir. (www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 24.03.2015).

¹⁵ Benzer görüşler için bkz. İNCİ, s. 111 vd.; ÖZBEK, s. 31; GÜNAY, s. 25 vd. ÖZGENÇ, İzzet; Tefecilik Suçu, GÜHFD, C. XIV, Yıl 2010, Sayı 1, s. 545-546; MERAN, Tefecilik, s. 25; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplumuna Karşı Suçlar, Ankara 2012, s. 435; MALKOÇ, İsmail; Açıklamalı ve İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2007, s. 1661; ÖZBEK / KANBUR/ DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 850.

¹⁶ İNCİ, s. 114.

¹⁷ GÜNAY, s. 25; Bununla birlikte Günay'a göre altın, ülkelerin para birimlerinin değerlerini ölçüt olarak dikkate aldıkları bir değer rezervidir.

kıymetlerin veya herhangi bir mal, ürün, eşya vb. verilmesi ile karşılığında kazanç elde edilmesi tefecilik suçuna vücut vermez¹⁸.

Birtek'e göre de, özellikle taşra kesiminde ve tarım işiyle uğraşanlar arasında söz konusu olan menkul kıymetin (altın vs.) belirli bir süre kullanılmasına karşılık, arazinin kira bedeli söz konusu olmaksızın kullanılması halinde de para söz konusu olmadığı için tefecilik suçu oluşmayacaktır¹⁹. Benzer şekilde tarımla uğraşılan bölgelerde, özellikle tarımsal kredi sorunlarından dolayı, tefecilik faaliyetleri fazlasıyla görülmektedir. Türkiye' de köylü ailelerin çoğunluğu, küçük üreticilerden meydana gelmekte ve küçük üretici çoğunlukla tefecilere, nadiren bankalara borçlanmaktadır²⁰.

Teknolojinin hızla gelişmesi, özellikle ekonomik suçların işleniş biçimlerini değiştirmiş, farklı araçlarla suçların işlenmesine zemin hazırlamıştır²¹. Tefecilik suçu da, yapılan kanuni tanım dışında farklı vasıtalarla işlenen suçlardan biri olmuştur. Her ne kadar kanunda, suçun maddi konusu "*para*" olarak belirtilmiş olsa da, uygulamada ekonomik değere sahip birçok araçla tefecilik suçu işlenmektedir.

TCK m. 241'de tefecilik suçu "*ödünç para vermek*" eylemine bağlı olduğundan, bunun dışındaki diğer ekonomik değere sahip araçlarla bu suçun işlenmesinin kabul edilmesi, "*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez*" ilkesine, yani "*kanunilik ilkesi*" ilkesine aykırılık teşkil eder. Bununla birlikte, altın gümüş gibi kıymetli madenlerin ve diğer ekonomik değere sahip araçların ve kıymetli evrakın bu suçun konusu kapsamına alınması, ceza hukukundaki "*kıyas yasağı*" ile çelişmektedir²². Bu nedenle, tefecilik suçunun işlenmesinde rol oynayan

¹⁸ ÖZBEK, s. 31; GÜNAY, s. 25; UĞUR, Hüsamettin; Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları Unsurlar ve Uygulama İlkeleri, THD, Sayı 8, Nisan 2007, s. 66.

¹⁹ BİRTEK, Fatih; Tefecilik Suçu (TCK m. 241), Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı 53-54, s. 33.

²⁰ HASSAN, Ümit; Tarımsal Kredi Sorunları-Özellikle Tefecilik, AÜSBFD, Cilt XXV, Sayı: 4, Ankara 1970, s. 87-119.

²¹ Benzer düşünce için bkz. İNCİ, s. 117.

²² ÖZGENÇ, Tefecilik, s. 546; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 850; Aksi düşünce için bkz. TOSUN, Kerim/ARTUÇ, Mustafa; Türk Hukukunda Suçlar ve

"para" dışındaki araçların, kanunilik ilkesi kapsamında TCK m. 241'e dâhil edilmesi gerekmektedir.

2. Fail ve Mağdur

Zorunlu olarak birden fazla kişinin fail olarak katılımıyla gerçekleşen suçlara çok failli suç adı verilmektedir²³. Öğretide Tefecilik suçunun çok failli (karşılaşma suçu biçiminde²⁴) bir suç tipi²⁵ olduğu kabul edilmektedir.

Tefecilik suçunun ortaya çıkabilmesi için ödünç para verenin varlığı kadar ödünç para alanın varlığı da şarttır. Zira ortada ödünç parayı talep eden olmadıkça, ödünç para veren de olmaz. Diğer bir deyişle, failler aynı amaca yönelik karşılıklı hareket etmektedirler. Burada taraflardan biri "almak", diğeri de "vermek" şeklinde karşılıklı hareket ettiklerinden, tefecilik suçunun karşılaşma suçu olarak çok failli bir suç olduğu söylenebilir²⁶.

TCK m. 241'in ifadesine göre, "ödünç para veren kişi" tefecilik suçunun failidir. Bunun dışında herhangi bir ifade kullanılmadığından, tefecilik suçunun faili "herkes" olabilir²⁷. Yani tefecilik suçu, özgü bir suç değildir.

Tüzel kişiler ceza hukuku bakımından, bir suçun faili olamadıkları için tefecilik suçunun da faili olamazlar²⁸. Ancak tefecilik suçu ile bir

Kabahatler İle Açıklamalı ve İçtihatlı Tüm Özel Ceza Yasaları, Cilt II, Ankara 2008, s. 1922.

²³ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2013, s. 481.

²⁴ Karşılaşma suçlarında, suçun meydana gelmesi için suçun işlenmesine katılan failler, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Fakat söz konusu gayenin oluşması için, farklı yönlerden hareket etmektedirler. Zıt yönlerden suçun işlenmesine sebep olan bu kişiler, işlenen suçun faili olarak sorumlu tutulurlar. Örneğin, Rüşvet suçu (ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 483).

²⁵ ÖZGENÇ, Tefecilik, s. 552; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 850.

²⁶ İNCİ, 120; Biz tefecilik suçunun, çok failli bir suç tipi olduğu görüşüne iştirak etmemekteyiz. Gerekçesi aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

²⁷ PARLAR, s. 19; GÜNAY, s. 36; MERAN, Tefecilik, s. 19; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN /BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 850; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3463.

²⁸ TCK m. 20/2: "Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır". Bu güvenlik tedbirleri ise TCK m. 60'da düzenlenmiştir.

tüzel kişi lehine haksız menfaat sağlanmış ise, TCK m. 242 hükmü gereğince, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir²⁹.

Tefecilik suçunda, ödünç para alanın sıfatı oldukça tartışmalı bir konudur. Doktrinde ve Yargıtay uygulamalarında farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bazı yazarlara göre, bu suçun mağduru toplumdur³⁰. Diğer görüş ise, ödünç para alanın doğrudan bu suçun mağduru olduğu yönündedir³¹.

İvaz karşılığında ödünç para alan kişinin cezalandırılmaması, söz konusu ödünç verme eylemi dolayısıyla mağdur edildiği anlamına gelmez. Her ne kadar tefeciliğe yönelik kanuni düzenlemelerin, bireyleri koruyucu görevi olsa da, bu, ödünç para alan şahsın mağdur edildiği anlamına gelmemelidir. Belirtilen sebeplerden ötürü tefecilik suçunun mağduru "*toplumu oluşturan ve istikrarlı makroekonomide yararı bulunan herkes*"tir³². Benzer şekilde, tefecilik suçunun TCK'da topluma karşı suçlar arasında düzenlenmesinden hareketle, ödünç para verme işleminin kanuna aykırı yapılmasından dolayı çıkarları ihlal edilen "*toplum*" bu suçun mağdurudur³³.

Diğer yandan, acil ekonomik kaynağa ihtiyaç duyan ve banka gibi finans kurumlarından çeşitli sebeplerden dolayı nakit ihtiyacını

TCK m. 60/1: "*Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir*".

TCK m. 60/2: "*Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda, özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır*".

²⁹ TCK m. 242: "*Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*".

³⁰ ÖZGENÇ, Tefecilik, s. 552; PARLAR, s. 19; YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Tahsin Hasan/ARTUÇ, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, C.V, Ankara 2010 s. 6713.

³¹ GÜNAY, s. 43.

³² ÖZGENÇ, Tefecilik, s. 552-553.

³³ PARLAR, s. 19.

karşılayamadığı için zor duruma düşen "gerçek kişi"nin tefecilik suçunun mağduru olduğu yönünde görüşler de vardır³⁴.

Yargıtay kararlarında; "şikâyetçi"³⁵, "mağdur", "tanık"³⁶ sıfatlarının ödünç para alan için kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay bir kararında, ödünç para alan şahsı "tanık" olarak ifade etmiştir³⁷. Bununla birlikte diğer bir kararında "tanık", "mağdur", "müşteki" kavramlarını ödünç para alan kişi için aynı anda kullanmıştır³⁸. Ağırlık kazanan görüş ise tefecilik suçunda, faiz karşılığı borç para alan kişi meşru zeminde bulunmadığından suçun mağduru olarak kabul edilemeyeceği şeklindedir³⁹. Ancak faiz karşılığı borç para alma eyleminin "meşru zeminde olmadığı" görüşüne açıklık getirilmelidir. Gerçekten de aynı "isteme" eylemi bankalardan yapıldığında meşru zeminde kabul edilmektedir. Çünkü bankaların faizli ödünç para verme eylemleri bankacılık faaliyeti kapsamındadır ve hukuka uygundur. Bu nedenle banka veya diğer finans kurumlarının "ödünç para verme" eylemleri meşru sayılmaktadır. Diğer yandan enflasyon oranı düzeyinde faiz istenildiğinde de tefecilik suçunun oluşmadığını söylemeliyiz. O halde enflasyon oranı baz alınarak gerçekleştirilen "verme" eylemi de meşru kabul edilmektedir. Faiz karşılığı ödünç para verme eylemini her durumda "gayri meşru" saymak, belirtilen gerekçelerle eleştirilmelidir.

³⁴ BİRTEK, s. 33; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 850-851; MERAN, Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, s. 355.

³⁵ Yarg. 7. CD, 20.5.2008 tarih, 2005/13052 E. ve 2008/13754 K.; Yarg. 4. CD, 23.11.2011 tarih, 2009/21672 E. ve 2011/22022 K.; Yarg. 4. CD, 14.2.2012 tarih, 2009/28169 E. ve 2012/2664 K. sayılı İlamlar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁶ Yarg. 7. CD, 18.2.2002 tarih, 2002/1464 E. ve 2002/1816 K. sayılı İlam (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁷ Yarg. 4. CD, 30.05.2011 tarih, 4059/7235 sayılı ilamı için bkz. GÜNAY, s. 42;

³⁸ Yarg. 7. CD, 08.02.2007 tarih, 17197/613 sayılı ilamı, "Müşteki, mağdur, ve tanık Mahmut Esat Yavaş'ın beyanlarına, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında...." (Karar için bkz. PARLAR/HATİPOĞLU, s. 34).

³⁹ Yarg. 4. CD, 22.02.2012 tarih, 2011/19511 E.ve 2012/3581 K. Sayılı karar (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı).

Diğer yandan ödünç alan açısından Yargıtay'ın, bir kavram kargaşasına sebep olduğu aşikârdır. Bununla birlikte söz konusu kavramların ceza muhakemesi kapsamında farklı anlamlar ihtiva ettiği unutulmamalıdır. Örneğin⁴⁰ şikâyet etmek şikâyetçi bakımından bir hak iken; tanıklık yapmak şikâyetten farklı bir yükümlülüktür. Kaldı ki, tefecilik suçunun re'sen kovuşturulduğunu göz önüne aldığımızda ödünç para alanı "şikâyetçi" olarak nitelendirmek tamamen hatalı bir değerlendirme olacaktır⁴¹. Diğer yandan şikâyet hakkının suçtan zarar görene ait olduğunu göz önüne aldığımızda, Yargıtay'ın bir kararında⁴², "*suçtan zarar görmeyen şikâyetçinin*" ifadesine yer vermesi de oldukça dikkat çekicidir (!).

Tefecilik suçunda ödünç para alan kişi için öğretide ve Yargıtay kararlarında oldukça farklı ifadelerin kullanılması anlam kargaşasına sebep olmaktadır. Ancak ödünç alanın sıfatını belirlemek oldukça önemlidir.

Tefecilik suçunun çok failli bir suç olduğu görüşüne şu gerekçelerle katılmamaktayız: İki ya da daha fazla kişinin katılımıyla işlenen suçlara "çok failli suçlar" ya da "zorunlu iştirak" adı verilmektedir⁴³. Çok failli suçlar tek bir fail tarafından işlenemez⁴⁴. Örneğin rüşvet ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma bu tür suçlardandır. Tefecilik suçunda ise sözü geçen çok failli suçlardaki gibi en az iki kişinin bulunması söz konusu değildir. Bir suçun çok failli bir suç olarak kabul edilmesi için, faillerin birden fazla olduğunun tipiklikte, yani suçun kanuni tanımında belirtilmesi gerekir⁴⁵. Örneğin rüşvet suçunu düzenleyen TCK m. 252'de, bu suçun oluşumunda birden fazla failin varlığının arandığı açıkça anlaşıldığı halde; böyle bir açıklık TCK m. 241 açısından mevcut değildir.

⁴⁰ Örnek için bkz. **GİYİK**, s. 68.

⁴¹ **GİYİK**, s. 68.

⁴² Yarg. 7. CD, 22.01.2007 tarih, 2005/18128 E. ve 2007/49 K. Sayılı İlam (Karar için bkz. **MERAN**, Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, s. 93-94).

⁴³ **BİRTEK**, Fatih; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 287.

⁴⁴ **HAKERİ**, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2011, s. 436.

⁴⁵ **HAKERİ**, s. 437.

Kanun koyucu tefeciliği, rüşvet suçunda olduğu gibi çok failli bir suç olarak kabul etseydi, kanuni tanımda "ödünç almaktan" veya "ödünç alan kişiden" de ayrıca bahsedirdi⁴⁶. Yani bir kimsenin fail olabilmesi için ya da eylemin çok failli suç sayılabilmesi için mutlaka tipiklikte gösterilmesi gerekir. TCK m. 241'de bu şekilde bir düzenleme olmadığından ödünç para alanı fail saymak, "kanunilik" ilkesine aykırıdır. Diğer yandan ödünç para alanı "cezalandırılmayan fail" olarak kabul etmek de belirtilen gerekçelerle mümkün değildir; kanun koyucunun böyle bir iradesi olsaydı, TCK m. 91/3'teki⁴⁷ hükme benzer bir hüküm tesis edebileceği göz ardı edilmemelidir⁴⁸.

Kanaatimizce ödünç alan kişinin mağdur olarak kabul edilmesi gerekir. Her ne kadar tefecilik suçu "*Topluma Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenlenmiş olsa da, gerçek kişiler de bu suçun mağduru olabilir. Öyle ise hem toplum hem de ödünç alan bu suçun mağduru. Tefeciden ödünç alan her kişi elbette ekonomik müzayaka içinde değildir. Hatta bazen savurganlık dahi kişiyi tefeciye yönlendirebilir. Ancak ödünç para verme eylemi neticesinde alınan "*aşırı faiz*" kişiye zarar vermekte ve mağdur etmektedir. Bu yukarıda ödünç vermenin meşru bir zemini olarak kabul edilen, enflasyon oranı düzeyinde gerçekleştirilmesi ile örtüşen bir düşüncedir. Yani faiz oranının "*aşırı olması*" (TBK m. 377, m. 388, m. 88 ve 3095 s. Kanun m. 1'de belirtilen oranın aşılması) halinde suç oluşacaktır. Ödünç para alanın söz konusu aşırı oranı kabul etmiş olması da mağdur olarak kabulüne engel değildir⁴⁹.

3. Fiil

TCK m. 241'e göre, tefecilik suçunu meydana getiren fiil, "*ivaz karşılığı ödünç para vermek*"tir⁵⁰. Tefecilik suçu, ödünç paranın, ivaz

⁴⁶ GİYİK, s.63.

⁴⁷ TCK m. 91/3: "Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında....".

⁴⁸ GİYİK, s. 63.

⁴⁹ GİYİK, s. 70.

⁵⁰ ÖZGENÇ, Tefecilik, s. 546; GÜNAY, s. 25; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 851.

karşılığı ödünç alana verilmesi ile tamamlanır⁵¹. Yani suçun tamamlandığı an, ödünç paranın verildiği andır. Diğer bir deyişle mülkiyetin ödünç alana geçmesi gereklidir. Bu noktadan hareketle, tefecilik suçunun *neticesi harekete bitişik bir suç* olduğunu söyleyebiliriz⁵². Tefecilik suçu neticesi harekete bitişik bir suç olduğu için kural olarak teşebbüse elverişli değildir⁵³.

Tefecilik suçunun oluşması bakımından ödünç verilen şeyin "*para*" olması gerekli olup, buna mukabil failin kazancının para olması şart değildir. Zira tefecilik; faiz veya her ne namla olursa olsun kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesidir. Öyleyse "*para*" yalnızca ödünç "*verme*" eyleminin konusudur. Karşılığında elde edilecek kazancın para olması gerekmez⁵⁴.

Failin elde etmiş olduğu kazancın miktarının az ya da çok olmasının tefecilik suçunun meydana gelmesi bakımından gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. *Günay*'a göre, elde edilen kazancın miktarının az ya da çok olmasının tefecilik suçunun oluşumu yönünden bir önemi yoktur⁵⁵. *Meran* da aynı görüşte olup, sağlanan kazancının miktarının önemli olmadığını ifade etmiştir⁵⁶. *Parlar*'a göre, failin elde ettiği değer (faizin) paranın piyasa koşullarında uğradığı değer kaybindan fazla olması gerekir⁵⁷. *Birtek*'e göre de, failin elde ettiği fazla değer piyasa değerleri üstünde bir değer olması veya diğer bir deyişle ödünç vermiş olduğu paranın piyasa şartlarında uğradığı değer kaybindan daha fazla olması

⁵¹ ÖZGENÇ, s. Tefecilik, s. 545; BİRTEK, Tefecilik, s. 32; YAŞAR/ARTUK/GÖKCAN, C. V, s. 6717.

⁵² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 851

⁵³ PARLAR, s. 19-20; Meran'a göre, "*hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda icra hareketlerinin failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulünü gerektirir. Örneğin, kazanç karşılığı verilecek paranın posta yoluyla gönderilip, ihbar üzerine yakalanmak suretiyle el konulmasında olduğu gibi*" (MERAN, Tefecilik, s. 32).

⁵⁴ GÜNAY, s. 28.

⁵⁵ GÜNAY, s. 28.

⁵⁶ MERAN, Tefecilik s. 27.

⁵⁷ PARLAR, s. 20.

gerekir. Normal piyasa koşullarındaki değer kayıplarını karşılayan faiz kazanç olarak değerlendirilmemelidir.⁵⁸.

Kanaatimizce tefecilik suçunun meydana gelmesi bakımından elde edilen kazanç oranı önemlidir. Esasen burada "elde edilen kazanç oranı" tabirinden ziyade, "*elde edilmesi amaçlanan*" kazanç oranı ifadesini kullanmak daha yerinde olacaktır. Zira tefecilik suçunun meydana gelmesi bakımından kazancın elde edilmiş olması gerekmediğinden, tefecilik suçu bir "amaç suç"⁵⁹. TCK m. 241'de elde edilmesi amaçlanan kazancın oranı ile ilgili herhangi bir düzenleme yoktur. Düzenleme böyle olunca, failin az miktarda dahi kazanç elde etmesi halinde tefecilik suçunun vücut bulacağı ileri sürülebilir ise de; bu TBK m. 387/1, m. 388 ve m. 88/2'de kişilere tanınmış olan ödünç sözleşmelerindeki kanuni faiz hakkının kısıtlanması anlamına gelir. Ancak TBK'nın belirtilen hükümleri ile TCK m. 241'in aynı konularda farklı hükümler içerdiği açıktır⁶⁰. Bu durum ise 6098 sayılı TBK'nın sonraki kanun olması ve tefeciliğin suç olarak kabul edilmesindeki hukuki etkenler dikkate alındığında, paranın enflasyon oranı düzeyinde uğradığı değer kaybının talep edilmesi, tefecilik suçuna vücut vermemelidir. Diğer yandan suçun oluşumu için ödünç para veren kişi de, "kazanç" elde etme kastı olmalıdır. Böyle bir kastın yokluğu tipikliğin gerçekleşmediği anlamına gelir. TBK kapsamında ödünç veren kişinin parasının uğradığı değer kaybını gidermek amacıyla kanunun kendine tanıdığı faizi talep etmesi halinde "*suç kastının yokluğu (kazanç elde etme kastının yokluğu)*" sebebiyle tefecilik suçunun oluştuğundan söz edemeyiz.

Tefecilik suçunun meydana gelmesi bakımından failin kazanç karşılığı ödünç para verme eylemini meslek haline getirmiş olması ve aynı eylem bakımından süreklilik şartlarının aranması gerekli değildir. Yani, TCK m. 241' e göre, tefecilik suçunun meydana gelmesi bakımından,

⁵⁸ BİRTEK, Tefecilik, s. 37

⁵⁹ GİYİK, s. 106.

⁶⁰ GİYİK, s. 108.

kazanç karşılığı ödünç para verme eyleminin bir kez yapılmış olması, suçun meydana gelmesi bakımından yeterlidir⁶¹.

Öğretide tefecilik suçunun oluşması bakımından failin kazanç karşılığı ödünç verme eylemini meslek edinmesi gerektiğini savunan görüşler de vardır⁶². Buna göre bir kez kazanç maksadıyla ödünç para vermek fiili, tefecilik suçuna vücut vermeyecektir. Yani süreklilik ve meslek edinme unsurları bu suç bakımından mutlak olması gereken şartlardandır.

Kanaatimizce tek bir kez dahi ivazlı ödünç para verilmesi tefecilik suçunu oluşturacaktır. Çünkü TCK m. 241 hükmüne baktığımızda, ivazlı ödünç verme eylemi bakımından tipiklikte bir süreklilik aranmamaktadır. Kanunda yazmasa dahi, eylemin mahiyeti gereği sürekli olması gerekir şeklinde yapılacak yorum kıyasa yol açan geniş yorum anlamı taşır. Bu da kanuna aykırılık teşkil eder.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden önce Yargıtay'ın istikrar kazanan görüşlerine göre, tefecilik suçunun oluşması bakımından "*birden fazla kişiye sürekli ve sistemli bir şekilde faiz karşılığı ödünç para verilmesi*" gerekmektedir⁶³. 01.06.2005 tarihinden sonra verilen kararlarda ise, faiz karşılığı ödünç para verme fiili bakımından sistemli ve sürekli olma koşulunun aranmaması ilke olarak benimsenmiştir⁶⁴.

⁶¹ BİRTEK, Tefecilik, s. 34; GÜNAY, s. 32; TOSUN/ARTUÇ, s. 1922; ÖZGENÇ, s. 547; Aksi yönde görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 435.

⁶² DONAY, Süheyl; Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 348.

⁶³ Yarg. 7. CD, 13.05.2003 tarih, 2002/21487 E. ve 2003/2679 K.; Yarg. 7. CD, 12.2.2004 tarih, 2003/3925 E. Ve 2004/1723 K.; Yarg. 7. CD, 28.6.2004 tarih, 2003/9395 E. ve 2004/9069 K. Sayılı İlamlar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 7. CD, 31.05.1999 tarih, 6012/6456 sayılı ilam ve Yarg. CGK, 03.07.1995 tarih, 7-207/236 sayılı ilam, nakleden ÖZGENÇ, s. 547, Dipnot No: 10.

⁶⁴ Yarg. 4. CD, 14.03.2012 tarih, 2011/20476 E. Ve 2012/5992 K. sayılı ilam (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 4. CD, 20.02.2012 tarih, 2010/2982 E. ve 2012/3276 K. Sayılı ilam (www.yargitaykarar.com).

C. MANEVİ UNSUR

Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi (psikolojik) bir bağdır⁶⁵. Tefecilik suçunda, ödünç para verme eyleminin "*kazanç elde etmek amacıyla*" gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yani kazanç elde etme amacı failin iradesini ortaya koyar. Dolayısıyla failin ödünç para verme esnasında ortaya koyduğu irade, bir kazanç elde etmeye yönelik değilse, yani ekonomik menfaat temini yönünde irade yok ise tefecilik suçunun varlığından söz edilemez⁶⁶.

Failde bulunan "*kazanç elde etme*" iradesi, tefecilik suçunun "*kasten*" işlenebilen bir suç olduğunu göstermektedir⁶⁷. Diğer bir deyişle, failin iradesi, yani kastı, ödünç para verme eyleminden ekonomik bir menfaat elde etmeye yöneliktir.

Doktrinde tefecilik suçunun özel kastla işlenebileceğini savunan görüşlerle birlikte⁶⁸, bu suç için genel kastın yeterli olacağını savunan görüşler de⁶⁹ mevcuttur. Tipiklikte geçen "*kazanç elde etme amacıyla*" ibaresinden hareketle suçun özel kastla işlenebileceği görüşü ağırlıktadır⁷⁰. Diğer yandan Özgenç, tefecilik suçunun oluşabilmesi için, kasttan bağımsız olarak, tefecinin "*kazanç elde etme amacıyla*" bir başkasına ödünç para vermesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle tefecilik suçu "*amaç suçtur*"⁷¹. Özgenç, burada genel kast-özel kast ayrımı yapmamış, saikin (amacın) kastı hazırlayan bir düşünce olmasından

⁶⁵ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 229; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 171.

⁶⁶ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3464; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, s. 1004.

⁶⁷ BİRTEK, Tefecilik, s. 37; İNCİ, s. 160; YÜKSEKKAYA, Bayram; Para İlişkisindeki Kanserli Hücre: Tefecilik Suçu (www.aghukuk.org/makale), (Erişim Tarihi: 03/04/2014).

⁶⁸ GÜNAY, s. 47; ÖZBEK, Tefecilik, s. 37; PARLAR, s. 23; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 436.

⁶⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. V, s. 6717.

⁷⁰ Bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 856; HATİPOĞLU/PARLAR, s. 3464; MERAN, Tefecilik, s. 32; MERAN, Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, s. 355; GÜNAY, s. 47; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 436.

⁷¹ ÖZGENÇ, Tefecilik, s. 553.

hareketle, "*suçun temel şekline ilişkin bir unsur*" olduğunu ifade etmiştir⁷². Aynı şekilde *Birtek*, kazanç elde etme amacının yani "*saik*"in suçun unsuru olarak düzenlendiğini ifade etmiştir. Buna göre, "*tefecilik suçu bakımından saik (kazanç elde etme amacı) suçun unsuru olarak düzenlenmiştir ve bu bakımdan failde kanunda aranan saikin bulunması zorunludur*"⁷³.

Kanaatimizce tefecilik suçundaki "kazanç elde amacı" suçun oluşması bakımından olmazsa olmaz bir unsurdur. Gerçekten de söz konusu suçta failin "amacı" kazanç sağlamaktır. Bu amaç failin kastının temelini oluşturur. Kazanç sağlama amacı olmaksızın, ödünç para verilmesi tefecilik suçuna vücut vermez. Yani tefecilik suçu "sadece" belirtilen amaçla işlenebilir. Öyleyse bu suç, yalnızca doğrudan kastla işlenebilirken, "*olası kastla*" işlenemez.

D. HUKUKA AYKIRILIK

Ceza hukukunda bir hareketin kanunda belirtilen suç tanımına uyması tek başına ceza sorumluluğunu doğurmaz. Tipiklikle beraber, o fiili hukuka uygun bir kapsama sokan bir sebebin de olmaması gerekir. Tefecilik suçu bakımından da, tipikliğin gerçekleştirilmesi yanında aşağıda ilgili suç açısından belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekir. Bu hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı tefeciliği suç olmaktan çıkarır.

Kazanç karşılığı ödünç para verme eyleminin yetkili makamlar tarafından verilen izin doğrultusunda yapılması halinde tefecilik suçunun varlığından söz edilemez. Yetkili makamlar tarafından alınan "*izin*"

⁷² Özgenç'e göre, "*amaç veya saik, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşüncedir. Yeni TCK'nın sisteminde, amaç veya saik, kastla özdeş veya kastın bir türü değildir. Bu bakımdan artık genel kast- özel kast ayırımı terk edilmiştir. Amaç veya saik, bazı suçlar açısından, suçun temel şekline ilişkin bir unsur teşkil etmektedir. Örneğin tefecilik suçu açısından kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesi halinde, amaç veya saik, ilgili suçun temel şekline ilişkin bir manevi unsuru oluşturmaktadır*" (ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 282-283).

⁷³ BİRTEK, Tefecilik, s. 37-38; Benzer görüş için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Cilt V, s. 6717.

hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir⁷⁴. Çünkü suç izin alınmaksızın ivaz karşılığı ödünç para verme eylemi sonucunda meydana gelmektedir⁷⁵.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında yer alan kredi işlemlerinin de hukuka aykırılık başlığı altında değerlendirilmesi gerekir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 4 hükmünde bankaların faaliyet konuları sayılmıştır. Bankacılık Kanunu m. 4/1-c'ye göre, bankalar nakdi, gayri nakdi her cins ve surette kredi verme işlemleri yapmayı haizdirler. Elbette m. 4/1-c hükmündeki faaliyetin gerçekleştirilmesi bazı izinlerin alınmasına bağlı kılınmıştır. Buna göre Bankacılık Kanunu m.6'da belirtilen kuruluş izni ile birlikte m.10'da yer alan faaliyet izninin alınmış olması gereklidir. Kuruluş veya Türkiye'de şube açma izni alan bankaların, Kurul'dan (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu-BDDK) ayrıca faaliyet izni almaları şarttır⁷⁶.

Bankacılık Kanunu'nun ilgili maddelerinde ifade edilmiş olan izinleri almadan kredi verme işlemlerinin gerçekleştirilmesi aynı Kanun'un 150. maddesine göre suç olarak kabul edilmiştir.

Buna göre; *"Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden yahut katılım fonu toplayan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu suçun bir işyeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir"*.

Görüldüğü gibi gerekli izinler yapılmadan gerçekleştirilecek bankacılık faaliyetleri ve nihayet kredi verme işlemi *"izinsiz faaliyette"*

⁷⁴ ÖZGENÇ, Tefecilik, s. 553.

⁷⁵ Burada yetkili makamlar tarafından izin almak suretiyle "ikrazatçılık" faaliyeti ile uğraşanlar ve "faktoring ve finansman şirketi" işlemleri kastedilmektedir.

⁷⁶ Böyle bir zorunluluğun getirilmesi olumlu veya olumsuz bir kararla sonuçlanacağı belirsiz olan bir hazırlık faaliyetinin, kuruluş izninin alınması aşamasında zarara yol açması önlenmek istenmiştir (BATTAL, Ahmet; Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 105).

bulunmak" suçuna vücut verecektir. Ayrıca TCK açısından Bankacılık Kanunu m. 6 ve m. 10'da belirtilen izinleri almadan kredi verme işlemlerinin yapılması tefecilik suçuna sebep olacaktır. Ancak önemle belirtelim ki Bankacılık Kanunu m. 150'de belirtilenler her halde tefecilik suçunu oluşturmaz. Çünkü bu maddenin genel olarak cezalandırdığı "*izinsiz faaliyette bulunmak*"tır. Tefecilik suçu ile izinsiz faaliyette bulunmak suçunun kesiştikleri nokta "*izinsiz kredi verme*" eylemleridir.

6361 sayılı "Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu" tefecilik suçu bakımından hukuka uygunluk sebebi içinde değerlendirilmektedir. Bu kanuna göre bir takım şirketler tefecilik suçunun unsurlarından biri olan ödünç verme faaliyeti gerçekleştirebilmektedirler. Diğer bir deyişle ödünç sözleşmeleri yapabilmektedirler. Tefecilik suçu anlamında söz konusu şirketlerin ödünç verme faaliyetleri daha çok faktoring ve finansman sözleşmeleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁷.

6361 s. Kanun'un 38. maddesinin 1. fıkrasında "faktoring sözleşmesi"nin tanımı yapılmıştır. Buna göre "*mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak suretiyle, faktoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra finansman veya faktoring garantisi fonksiyonlarından herhangi birini ya da tümünü içeren sözleşmedir*" biçiminde tanımlanmıştır. Yine aynı Kanun'un 39. maddesinde ise "finansman sözleşmesi" "*her türlü mal veya hizmet alımının, malı veya hizmeti satın alan gerçek veya tüzel kişinin nam ve hesabına mal veya hizmetin teslim veya temini ile birlikte doğrudan satıcıya ödeme yapılması suretiyle kredilendirilmesini öngören sözleşme*" şeklinde tanımlanmıştır.

Faktoring ilişkisi kapsamında, bir kimse başka bir kimseden "*vadesi gelmemiş*" alacağını, faktoring şirketine devreder ve faktoring şirketi de o kişinin vadesi gelmemiş mevcut alacağının çok büyük bir miktarını

⁷⁷ GİYİK, s. 112.

kendisine avans olarak öder. Alacağın vadesi geldiğinde ise söz konusu alacağı şirket tahsil ederek, yaptığı masrafları da düşerek elde kalan kısmı müşterisine devreder. Ayrıca faktoring şirketi, müşterisine verdiği avans tarihi ile vade tarihi arasında geçen süre için de, cari hesap faizi oranında faiz düşer⁷⁸. Faktoring şirketinin yapmış olduğu faaliyet sonrası aldığı faiz tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir. Zira 6361 sayılı Kanun'un 38. maddesi, bu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni kabul edilmelidir.

Öğretide faktoring şirketleri tarafından yapılan işlemlerin tefecilik suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni kapsamında tartışılmasının gereksiz olduğunu savunan görüş de vardır⁷⁹. Buna göre, faktoring şirketleri tarafından yapılan eylemler esasen "*senet kırdırma*" olarak ifade edilen işlemlerdir. Tefecilik suçunun da senet kırdırma suretiyle işlenmesinin ödünç para vermek şeklindeki "fiil" unsuruna uygun olmadığından hareketle, faktoring şirketleri eylemlerinin hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilmesi anlamsızdır. Hemen belirtelim ki; kanaatimizce de bu görüş tefecilik suçunun fiil unsuru göz önüne alındığında yerindedir. Ancak senet kırdırma şeklindeki usul, tefecilik suçu bakımından uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir yoldur. Bu nedenle faktoring şirketi işlemleri her halde tefecilik suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmelidir.

6361 sayılı Kanun m. 39'da, finansman sözleşmeleri bakımından, bir mal veya hizmetin başkası namına finansman şirketi tarafından alınması söz konusudur. Şirket ise ödediği bu bedeli kredilendirerek hizmet sunduğu taraftan tahsil etmektedir. Başkası namına alınan bu mal veya hizmet kazanç elde etmek amacıyla yapılan bir ödünç sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir⁸⁰. Ancak bu işlemler 6361 sayılı Kanun m. 39'a göre tefecilik suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilecektir.

⁷⁸ **TİRYAKİ**, Betül; Faktoring İşlemi ve Faktoring İşleminin Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 189-190.

⁷⁹ Bkz. **İNCİ**, s. 156.

⁸⁰ **GİYİK**, s. 113.

Hemen belirtelim ki, hem finansman şirketlerinin hem de faktoring şirketlerinin yapmış olduğu faaliyetler kapsamındaki ödünç sözleşmesinin tipik anlamda bir ödünç sözleşmesi olup olmadığı tartışılabilir. Ancak bu noktada söz konusu şirketlerin faaliyetlerinin hukuki niteliklerini incelemek konunun gereksiz uzaması anlamına gelecektir. Kaldı ki bu şirketlerin eylemleri tartışmasız tipik bir ödünç sözleşmesi olarak kabul edilse dahi, 6361 sayılı Kanun m. 38 ve 39 açık bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilecektir.

6361 sayılı Kanun kapsamında bahsi geçen şirketlerin ilgili faaliyetleri yürütebilmeleri için, söz konusu kanuna göre "kuruluş ve faaliyet izni" almaları gerekmektedir. Faktoring ve finansman şirketleri kuruluş ve faaliyet izni almaksızın eylem gerçekleştirirlerse, 6361 sayılı Kanun m. 46'ya göre, "*izinsiz faaliyette bulunma*" suçunu işlemiş olurlar. Buradaki amaç faktoring, finansal kiralama ve finansman şirketleri işlemlerinin izinsiz ve kontrolsüz bir şekilde gerçekleştirilmesinin engellenmesidir. Burada 6361 sayılı Kanun m. 46/1 ile 5237 sayılı Kanun m. 241 arasında bir içtima problemi doğmaktadır. Söz konusu şirketler yalnızca ödünç verme işlemleri gerçekleştirmediklerinden, diğer yapacakları faaliyetler de göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır⁸¹. Şayet bu faaliyetler ödünç verme işlemi içermiyorsa doğrudan 6361 sayılı Kanun m. 46/1 dikkate alınmalı, ödünç verme işlemi de içeriyorsa bu halde tefecilik suçunun gerçekleşmesi için aranan "*paranın değer kaybından yüksek faiz oranı*"nın olup olmadığına bakılmalıdır. O halde faiz (kazanç) paranın değer kaybından düşük ise, tefecilik suçu meydana gelmeyeceğinden içtima da tartışılmamalıdır. Eğer paranın değer kaybından yüksek ise bu halde izinsiz faaliyette bulunma ve tefecilik suçu birlikte gerçekleşmiş olacaktır. TCK m. 241'e göre özel norm olan 6361 sayılı Kanun m. 46/1 uygulama sahası bulacaktır.

6361 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce gerçek kişiler ikrazatçı sıfatıyla ödünç verme işlemleri gerçekleştirebilmekteydiler. Ancak 6361

⁸¹ GİYİK, s. 145.

sayılı Kanun m. 52/1 ile 90 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmıştır⁸². Böylelikle gerçek kişiler ödünç verme faaliyeti gerçekleştiremeyeceklerdir. Ancak 6361 sayılı Kanun geçici 5. maddesi “90 sayılı KHK döneminde” ikrazat faaliyeti ile uğraşan gerçek kişiler, 6361 sayılı Kanun’da yer alan faaliyetleri ancak BDDK’dan alacakları bir izin ile yürütebileceklerdir⁸³. Sonuç olarak ikrazatçılık, gerçek kişilerin ödünç verme işlemleri yapmaları bakımından 6361 sayılı Kanun ile bir hukuka uygunluk sebebi olmaktan çıkarılmıştır.

III. POS (Point of Sale) TEFECİLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte, ticari hayatta para yerine başka unsurlar kullanılmaya başlanmıştır. Böylece birtakım suçların işleniş şekilleri değişmiştir. Tefecilik suçunun da teknolojideki bu gelişmeyle paralel olarak değişik yöntemlerle işlendiği uygulamada sıklıkla görülmektedir.

POS tefeciliği olarak adlandırdığımız durum yukarıda bahsetmiş olduğumuz normal tefecilik ilişkisinden farklıdır. Normal bir tefecilik ilişkisinde ödünç almak isteyen kişi tefeciye başvurarak ödünç aldığı miktar karşılığı faiz ödemeyi taahhüt eder⁸⁴. Tefeci de kazanç elde etmek kastıyla ödünç verir.

⁸² 6361 sayılı Kanun m. 52/1: “...30/9/1983 tarihli ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır”.

⁸³ 6361 sayılı Kanun Geçici m. 5: “90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden aldıkları yetkiye istinaden ikrazatçılık faaliyetinde bulunanlar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde bu Kanunda sayılı faaliyetlerden birini yürütmek amacıyla Kuruma başvuruda bulunabilirler. Bu süre içinde mevcut sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklarının tahsiline yönelik işlemler dışında yeni bir ikrazatçılık faaliyetinde bulunamazlar. Kuruma başvuruda bulunan ikrazatçılar Kuruldan gerekli izinleri almak suretiyle faaliyetlerine faktoring, finansal kiralama veya finansman şirketi olarak devam edebilirler. Kurulacak bu şirketler bu Kanunun 5 inci maddesinin 74 birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan sermaye yükümlülüğünü üç yıl içinde yerine getirmek zorundadır. Kuruma başvuruda bulunmayan veya başvurduğu halde Kuruldan gerekli izinleri alamayanların ikrazatçılık faaliyet izinleri başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer”.

⁸⁴ GİYİK, s. 92-93.

POS tefeciliğinde durum şu şekilde gerçekleştirilmektedir: (Örnek-1) A şahsının X bankasına 10.000 TL kredi kartı borcu olduğunu ve bu borcunu ödeyemeyerek mevcut borcuna aylık yüzde 5 faiz işletildiğini farzedelim. Bir yıl boyunca borcunu ödeyemeyen A bankaya 17.000 TL borçlanmış olacaktır. Bunu istemeyen A, POS tefecisi B'ye gidiyor ve B de gerçekte bir mal satışı yapmadığı halde, bir mal satışı yapılmış gibi gösteriyor ve A'nın 10.000 TL olan borcunu ödüyor. Karşılığında A'nın kredi kartından 12.000 TL çekiyor ve bunu da taksitlere bölüyor. Böylelikle A bankaya ödeyeceği miktardan daha azını (17.000 TL yerine 12.000 TL) ödüyor. POS tefecisi de 2.000 TL gelir elde ediyor.

Örnekle açıklanan olayda, esasen bir mal satışı olmadığı halde, bir mal satışı yapılmış gibi gösterilmekte⁸⁵ ve kart sahibi olan şahsa malın satış bedelinden düşük miktarda para verilmektedir. Bu işlemlerde ek bir KDV ödemesinden kurtulabilmek için de özellikle kontör satışı ve altın satışı yapanlar tercih edilmektedir⁸⁶. Bununla birlikte gerçekte kredi kartı ile ATM'lerden nakit para çekme imkânı olmasına rağmen, bankaların bunun karşılığında aldığı faiz ve komisyonun fazla olması nedeniyle, POS tefecisine başvurulmaktadır⁸⁷.

Yukarıda verilen örnekte de görüldüğü gibi POS tefeciliği normal tefecilikten oldukça farklıdır. Gerçekten de normal bir tefecilikte ödünç alan ve ödünç veren bulunmaktadır. POS tefeciliğinde ise mevcut bu ikili ilişkiye dolaylı da olsa kredi kartını kullandıran banka da dâhil olmaktadır⁸⁸.

Pos cihazı yoluyla işlenen tefeciliğin, uygulamada yaygın olarak görüldüğü yerlerden biri de "*kuyumcu*" faaliyetleridir. Kuyumcu faaliyetlerinde somut olay şu şekilde gerçekleşmektedir: (Örnek-2) A şahsı altın satışı ile uğraşan B kuyumcusuna gidiyor. Gerçekte mala yani

⁸⁵ ÖZGENÇ, Tefecilik, s. 550.

⁸⁶ Hemen belirtelim ki altın satışında bu suçun gerçekleşmesi için somut olay yukarıda verilen örnek-1 kapsamında olmalıdır. Buna karşın aşağıda Örnek-2 de vermiş olduğumuz "kuyumcu faaliyeti" tefecilik suçuna vücut vermeyecektir.

⁸⁷ İŞGÜZAR, s. 142.

⁸⁸ GİYİK, s. 94.

altına ihtiyaç duymadığı halde, kredi kartını kullanarak mal satın alıyor. Daha sonra aldığı bu malı B kuyumcusuna aldığı bedelden daha düşük bedele satıyor. B kuyumcusu da A'nın ihtiyacı olan bedeli nakit olarak vermiş oluyor. Somut olayda, gerçekte usulüne göre gerçekleştirilmiş bir ticari faaliyetin söz konusu olduğuna yönelik açıklama ilerleyen kısımda yapılmıştır.

POS tefeciliği örgütlü bir şekilde de işlenebilmektedir. Bu halde ise somut olay şu şekilde gerçekleşmektedir: (Örnek-3) Kontör bayisinden alınan kontör neticesinde bunların faturaları verilmemektedir. Ancak bunların bir alış faturası mevcuttur. Kontör bayisi örneğin, 100 bin TL'lik kontör satıp, 10 bin TL'lik fatura veriyor. 90 bin TL'lik kısmını böylece satmamış gözüküyor. Burada 100 bin TL'lik kontör satışı yapılmıştır ancak 10 bin TL'lik fatura verildiği için, 90 bin TL'lik fatura kontör satan kişinin elinde bulunmaktadır. İşte başka bir POS tefecisi de gelip, 90 bin TL'lik bu faturayı kontör bayisinden örneğin %2 bedelle satın alıyor. Kontör bayisi görünürde 90 bin TL'lik kontör satmış gibi faturayı veriyor. Böylece toplanan faturalar bir havuzda toplanıyor ve bu şekilde gelir elde ediliyor.

Tefecilik ve POS tefeciliğine ilişkin açıklamalara geçmeden önce, ilk olarak kredi ve kredi kartı kavramları üzerinde durulması yerinde olacaktır. Ayrıca POS tefeciliği suçunun doğurduğu hukuki neticeler yalnızca ceza hukuku ile ilgili olmayıp, borçlar hukuku ve vergi hukuku ile de ilgilidir. Bu nedenle belirtilen alanlar ayrı ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

B. KREDİ ve KREDİ KARTI KAVRAMLARI

Kredi kelimesi, Latince'de "inanmak, güvenmek ve itibar etmek" anlamına gelen "*credere*" kelimesinden gelmektedir⁸⁹. Kredi kavramı temelinde bir "*ödünç ilişkisi*" barındırıp, belirli bir miktar paranın geri ödenmesi şartıyla bir kimseye kullanımının devredilmesidir⁹⁰. Kredi

⁸⁹ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Kredi> (Erişim Tarihi: 27.03.2015).

⁹⁰ CEYLAN, Ebru; Türk İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartı Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu, İstanbul 2010, s. 25.

ilişkisi genellikle kredi alana belirli oranda faiz ödeme borcu yüklemekle birlikte, faiz ve mevcut borcunu daha sonraki bir zamanda yerine getirme imkânı sağlamaktadır⁹¹.

Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanunu (BKKKK) m. 3'te, kredi kartının tanımı yapılmıştır. Buna göre kredi kartı, "*nakit kullanımı gereksiz mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kart veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarası veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarası*" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımdan hareketle kredi kartının (veya kart numarasının) temel işlevinin nakitsiz bir ödeme aracı olduğunu ve peşin para ödemedi mal ve hizmet satın alınmasını sağladığını söyleyebiliriz⁹².

Kredi kartları, bankalar tarafından üye işyerlerine verilen "*POS*" cihazı vasıtasıyla kullanılır. Suçun POS tefeciliği olarak adlandırılmasının sebebi de budur.

C. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

1. Borçlar Hukuku Açısından

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan POS tefeciliği suçuna, "*borçlar hukuku*" çerçevesinden bakıldığında "*muvaza*" halinin söz konusu olduğunu söyleyebiliriz⁹³. Zira ortada bir mal satışı olmadığı halde, malın bedelinin fazlası kredi kartından çekilerek, çekilen miktardan daha düşük bir bedel kredi kartı sahibine verilmektedir.

Tarafların iradeleri ve beyanları arasında istenerek meydana getirilen uygunsuzluk olarak tanımlanan muvazaada; tarafların gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi üçüncü kişiyi aldatmak amacıyla yapmaları söz konusudur⁹⁴.

⁹¹ KOÇ, Ziya; TCK'nın 245. maddesinde Düzenlenen Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, İstanbul 2011, s. 2-3.

⁹² TEOMAN, Ömer; Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, 2. Baskı, İstanbul 1996, s. 6.

⁹³ ÖZGENÇ, Tefecilik, s. 550.

⁹⁴ EREN, Fikret; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 349-350.

Pos cihazı vasıtasıyla işlenen tefecilikte, taraflar esasen gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi görünürde akdetmektedirler. Sözleşmenin akdedilmesindeki amaç ise, üçüncü kişileri aldatmaktır. Taraflardan birinin yani tefecinin gerçekte sahip olduğu irade, bir mal satışı yapmak değil, faiz karşılığı ödünç para vermektir. Buna mukabil diğer taraf yani faiz karşılığı ödünç alanın iradesi gerçekte bankaya olan borcundan kurtulmaktır. Tüm bunlardan hareketle muvazaanın şartlarının gerçekleştiğini söyleyebiliriz⁹⁵. Burada nispi muvazaa mı yoksa mutlak muvazaa mı olduğunun tespiti hukuk davaları açısından önem arz eder. Kanaatimizce söz konusu olayda “*nispi muvazaa*” mevcuttur. Nispi muvazaada taraflar görünürdeki işlem arkasında gerçek iradelerine uygun işlem (gizli işlem) yapmaktadırlar⁹⁶. Gerçekten de POS tefeciliğinde taraflar görünürdeki satım sözleşmesinin arkasında ödünç sözleşmesi (gizli işlem) yapmak arzusundadırlar. Gizli işlem tarafların muvazaalı işlem ardında ciddi olarak yapmak istedikleri işlem olup; tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu için-kanunun öngördüğü şekil ve esas şartlarını taşıyorsa- geçerliliğini sürdürür⁹⁷.

⁹⁵ İNCİ, s. 149.

⁹⁶ EREN, Fikret; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015.

⁹⁷ EREN, 18. Baskı, s. 361; Tefecilik suçu bakımından hukuk davalarında önemli olan bir husus da, taraflar arasındaki sözleşmenin "butlan (kesin hükümsüzlük)" açısından değerlendirilmesidir. Bilindiği üzere içeriği hukuka ve/veya ahlâka aykırı sözleşmeler TBK. m. 27 uyarınca batıldır (kesin hükümsüzdür). Klasik tefecilikte (para alıp verme) taraflar arasındaki ilişki temelde tüketim ödünç sözleşmesidir. Sözleşmenin, tefecilik boyutuna ulaşması ise, geri ödemedeki faizin aşırı derecede yüksek olmasında kendini göstermektedir. Bu durumda, TBK. m. 27/II gereğince, taraflar arasındaki sözleşmenin kısmi butlanına hükmedilerek aşırı faize ilişkin hükmün batıl (kesin hükümsüz) sayılması ve söz konusu faiz miktarının Yargıtay içtihatlarına da uygun olarak en yüksek hâd üzerinden kabul edilmesi gündeme gelebilir. Bununla birlikte, TBK. m. 27/II, c. 2 gereğince, tefeci, batıl (kesin hükümsüz) kabul edilen faiz miktarına ilişkin hüküm olmasaydı, sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürerse, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur. Batıl bir sözleşmeye dayanarak edimlerin ifa edilmesi halinde ise, taraflar istihkak davasıyla veya sebepsiz zenginleşme davasıyla verdiklerini geri isteyebilirler.

Kartı çıkaran kuruluş ile üye iş yeri arasında akdedilen "*kredi kartı üye işyeri sözleşmesinin*"⁹⁸ amacı, kart sahibinin nakitsiz mal ve hizmet alabilmesini sağlamaktır. Pos cihazı yoluyla işlenen tefecilikte, kredi kartı sözleşmesine aykırı olarak bir mal ve hizmet alımı değil, nakit temini söz konusudur. Yani bir mal ve hizmet alımı yapılmış gibi gösterilip, sözleşmeye aykırı olarak bir işlem yapılmaktadır. Dolayısıyla bu eylem hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir⁹⁹.

Kredi kartı ile gerçekleştirilen alışveriş neticesinde üye işyeri alışverişin içeriğini gösteren bir "*harcama belgesi*" düzenlemek zorundadır. BKKKK m. 3/k'ya göre harcama belgesi, "*banka kartı veya kredi kartı ile yapılan işlemler ile ilgili olarak üye işyeri tarafından düzenlenen, kart hamilinin işlemde doğan borcu ile diğer bilgileri gösteren ve kart hamilinin kimliğinin bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemle belirlendiği haller dışında kart hamili dışında imzalanmış belge*"dir.

POS cihazı vasıtasıyla işlenen tefecilikte bir satım yapılmış gibi sahte harcama belgesi düzenlenmektedir. Diğer bir deyişle, kredi kartı ile gerçekleşen mal ve hizmet temin edilmediği halde, "*sahte harcama belgesi*" tanzim edilmektedir¹⁰⁰. Burada kredi kartı sahibi ile anlaşarak kartın kötüye kullanılması söz konusudur¹⁰¹. Kart sahibi ile üye iş yerinin anlaşarak sahte harcama belgesini düzenlemeleri, her ikisi için de sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Ticari ilişkinin temelinde güven ilişkisi yatmaktadır. Söz konusu davranış da kredi kartı sözleşmesinin tarafları için güven ilişkisini zedeleyen bir hal olduğundan, bankanın hem kart sahibisiyle hem de üye işyeriyle olan sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini söyleyebiliriz¹⁰².

⁹⁸ Kredi kartı üye iş yeri sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İŞGÜZAR, s. 70-75; CEYLAN, s. 57-67.

⁹⁹ SEVİM, Utku Onur; Teknoloji Temelli Bir Suç Pos Tefecilik Suçu, Adalet Dergisi, Sayı-42, Yıl-2012, s. 159.

¹⁰⁰ İŞGÜZAR, s. 142; SAYIN, Serhat; Türk Hukukunda Kredi Kartı ve Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2005, s. 80-81.

¹⁰¹ SEVİM, s. 159; İŞGÜZAR, s. 142.

¹⁰² İŞGÜZAR, s. 142; SAYIN, s. 81.

Diğer yandan yukarıda verilen örnekte TBK m. 386 anlamında bir "karz akdi" mevcuttur. Ancak söz konusu karz akdi, bahsi geçen sözleşmeye aykırılıktan dolayı geçersiz olacaktır. Öyleyse kredi kullandıran işyeri sahibinin kazanmış olduğu paranın akıbeti ne olacaktır? Öncelikle iş yeri sahibinin hukuka aykırı bir karz akdinden dolayı "zenginleştiğini" söyleyebiliriz. Ancak kanaatimizce burada TBK m. 81'in devreye girmesi gerekir. Buna göre, "hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez". Dolayısıyla verilen şeyin hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucu gerçekleştirme "kastı" ile verilmesi gerekir¹⁰³. Açıklanan nedenlerden dolayı kanaatimizce kredi kartını hukuka aykırı olarak, işyeri sahibinin faiz kazancı elde etmesini sağlayacak şekilde kullandıran kart hamiline fakirleşmesi nedeniyle iade yapılamaz.

Daha önceki bölümde POS tefeciliği suçunun "kuyumcu faaliyetleri" ile nasıl işlendiğine yönelik örnekle açıklama yapmıştık. Söz konusu kuyumcu faaliyetleri esnasında gerçekleşen somut olayda POS tefeciliği suçunun varlığından bahsedilmez. Zira burada bedeli verilerek alınan bir mal söz konusu olup, yasal bir ticari faaliyet vardır. Bu ticari faaliyette, satılan malın daha sonra daha düşük bedelle yeniden satın alınmasında, hukuka aykırılık söz konusu değildir¹⁰⁴. Zira alıcı malı satın aldıktan sonra "sözleşme özgürlüğü" çerçevesinde hareket etmiştir. Ancak hemen belirtelim ki Yargıtay bu tür eylemlerde bir ticari faaliyetin söz konusu olduğunu kabul etmekle birlikte, aynı gün içerisinde yapılan benzer işlem sayısının suçun oluşup oluşmadığı üzerinde önemli olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁵.

¹⁰³ EREN, s. 900.

¹⁰⁴ ÖZGENÇ, Tefecilik, s. 551.

¹⁰⁵ "Müşteriye kredi kartından geçirmek suretiyle taksitle altın satışı yapılması, müşterinin satın aldığı altını aynı gün bozdurmak istemesi üzerine satın alıp bedelini ödemesinin kuyumculuk mesleğinin ticari faaliyeti kapsamında olduğu, müşterinin bir kuyumcudan satın aldığı altını aynı gün başka bir kuyumcuda bozdurması ile aynı kuyumcuya bozdurması arasında ticari hayatın gereği olarak fark olmadığı, sanıkların yasal ticari defterlerine kaydetmek suretiyle ticari faaliyette bulunmaları nedeniyle suçun unsurları itibarıyla oluşmadığından bahisle sanıkların beraetlerine karar verilmiş ise de;

Bilindiği gibi ticari faaliyetin temel amacı, kazanç elde etmektir. Örnekle açıklanan olayda da usulüne göre gerçekleştirilmiş alım satım ilişkisi vardır. Bu ticari faaliyet sonucunda da, tacir belirli bir kazanç elde etmiştir. Zaten, burada belirli bir miktar paranın ödünç verilmesi söz konusu değildir¹⁰⁶. Dolayısıyla somut olayda kişi kuyumcuya değil, bankaya borçlanmış olmaktadır. Kanaatimizce burada gerek satıcının niyeti itibarıyla gerekse arada bir ödünç para verme söz konusu olmadığı için TCK m. 241 anlamında tefecilik suçu oluşmamıştır¹⁰⁷.

Son olarak, kuyumcu altını hiç vermeden doğrudan ödünç para verir ise durum nasıl olacaktır? Yukarıda yapılan açıklamadan farklı olarak, burada mevcut bir mal/hizmet yoktur. POS tefecisi, ödünç alan kişinin kredi kartından bir mal satışı yapılmış gibi çekim yaparak, karşılığında kişinin istediği ödünç parayı vermektedir. Kanaatimizce burada tipik bir ödünç sözleşmesi vardır. Ayrıca bir mal satışı da yapılmış değildir. Kazanç sağlama amacıyla gerçekleştirilen bu ödünç sözleşmesi, POS tefeciliğine vücut verecektir.

2. Ceza Hukuku Açısından

POS tefeciliğinin TCK m. 241’de düzenlenmiş olan tefecilik suçunun “*tipikliğine*” uyup uymadığı tartışmalıdır. TCK m. 241’de tefecilik suçu bakımından “*ödünç para verme*” şartı aranmaktadır. Yukarıda bahsi geçen somut olayda muvazaalı bir satım sözleşmesi vardır. Ödünç ilişkisinin varlığını doğrudan söyleyemesek de, kredi kartı araç olarak kullanılmak suretiyle faiz karşılığı bir kazanç sağlanmaktadır.

Doktrindeki bazı görüşler, POS cihazı vasıtasıyla gerçekleştirilen bu eylemin TCK m. 241 anlamında tefecilik suçuna vücut verdiğini kabul etmişlerdir¹⁰⁸. Bununla birlikte suçun kredi kartı ile işlenmesinin

Altın alım satımının niteliğine, aynı gün alınıp tekrar geri satım yapıldığı iddia olunan işlem sayısının fazlalığına göre...” (Yarg. 5. CD, 28.2.2013 tarih, 2012/3811 E ve 2013/1486 K. sayılı ilam).

¹⁰⁶ İNCİ, s. 151.

¹⁰⁷ Benzer düşünce için bkz. ÖZGENÇ, s. 550-551; İNCİ, 151.

¹⁰⁸ UĞUR, s. 71; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Cilt V, s. 6716; ÖZGENÇ, s. 550; BİRTEK, Tefecilik, s. 33.

ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade eden görüşler de mevcuttur¹⁰⁹. Diğer yandan "*kanunilik ilkesine*" atıf yaparak, kredi kartı kullanılarak işlenen tefeciliğin açık bir şekilde TCK m. 241 metninde düzenlenmesi gerekliliğini ifade eden görüşler de vardır¹¹⁰. Öğretide kabul edilen diğer bir görüş ise, POS tefeciliğinin işlenip işlenmediğinin tespitinde, taraflar arasında bir ödünç sözleşmesinin bulunup bulunmadığı ve ödünç para alana para üzerinde tasarruf etme imkânının sağlanıp sağlanmadığının dikkate alınması gerektiği yönündedir¹¹¹. Buna göre taraflar arasında kurulan ilişkide ödünç sözleşmesinin bulunduğunu ve ödünç alanın bu para üzerinde tasarruf imkânının bulunduğunu söyleyebiliyor isek, POS tefeciliği suçu oluşacaktır.

Yargıtay ise bu suçun POS cihazından kredi kartı çekilmek suretiyle işlenebileceğini kabul etmektedir¹¹².

Kanaatimizce, kredi kartı kullanılarak işlenen tefecilik TCK m. 241'e uymaktadır. Her ne kadar suçun işlenmesinde kredi kartı araç olarak kullanılsa da, fail, ödünç para vermektedir. Ödünç paranın verilmesi ise muvazaalı bir satım akdine dayanmaktadır¹¹³. Görünürde bir satım akdi

¹⁰⁹ **PARLAR**, s. 19.

¹¹⁰ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 855-856; **İNCİ**, s. 150; İnci'ye göre; "*kredi kartı tefeciliğinde bir ödünç ilişkisi söz konusu değildir. Fail tarafından bir para verildiği doğrudur, ancak bu para ödünç ilişkisi içinde değil, muvazaalı bir satış sözleşmesine dayalı olarak verilmiştir. Dikkat edilmelidir ki, kanun koyucu salt para vermekten değil, ödünç para vermekten bahsetmiş; ödünç ilişkisi aramıştır. Dolayısıyla kredi kartı tefeciliği denilen eylem TCK m. 241'de yer alan tipik eyleme uygun değildir*" (**İNCİ**, s. 149).

¹¹¹ **GİYİK**, s. 96-97.

¹¹² Yarg. 5. CD, 28.02.2013 tarih, 2012/3811 E. ve 2013/1486 K. sayılı ilam (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 5. CD, 14.01.2013 tarih, 2012/11217 E. ve 2013/325 K.; Yarg. 5. CD, 29.04.2013 tarih, 2012/7317 E. ve 2013/3989 K. Sayılı ilamlar (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

¹¹³ İnci'ye göre; POS tefeciliğinin mevcut olduğu durumlarda taraflar arasında gerçekleştirilen ödünç verme eylemi muvazaalı işlem olduğundan tefecilik suçu oluşmayacaktır (**İNCİ**, s. 171-172). Ancak yukarıda açıkladığımız gibi, POS tefeciliğinde nispi muvazaalı hali mevcut olup; nispi muvazaada ise sadece görünürdeki işlem geçersiz olduğundan, İnci'nin görüşüne katılmamaktayız. Çünkü POS tefeciliğinde tarafların yaptıkları satım işlemi görünürdeki işlem olup geçersiz de olsa, temel de

mevcut olsa da, tarafların niyeti belli miktarda ödünç parayı faiz karşılığı temin etmektir. Dolayısıyla doğrudan bir ödünç ilişkisi olmadığından hareketle, tefecilik suçunun oluşmadığını söylemek doğru olmayacaktır. Diğer yandan kredi kartının araç olarak kullanılmasıyla işlenen bu suçun, TCK m. 241'e eklenmesi, "*belirlilik ilkesine*" hizmet edecektir. Nihayet POS tefeciliğinde faiz karşılığı verilen bir ödünç para olduğundan, tefecilik suçunun işlendiği açıktır.

Kuyumcu faaliyetlerine ilişkin daha önceki bölümlerde verdiğimiz somut olayda ise, ceza hukuku bakımından durum şu şekildedir: Kuyumculuk faaliyetlerinde gerçekleştirilen hareketin sözleşme özgürlüğü kapsamında yapılan bir ticari faaliyet olduğundan ve bir ödünç verme ilişkisinin bulunmadığından herhangi bir hukuka aykırılık olmadığından bahsetmiştik. Netice olarak ceza hukuku bakımından da, gerek satıcının niyeti itibarıyla gerekse ödünç para verme ilişkisinin söz konusu olmadığından hareketle TCK m. 241 anlamında tefecilik suçunun oluşmadığını söylemeliyiz¹¹⁴.

Tefecilik suçuna ilişkin borçlar hukuku anlamında yapılan hukuki açıklamalar kısmında değinildiği gibi, POS cihazı vasıtasıyla gerçekleştirilen tefecilikte, sahte bir harcama belgesinin düzenlenmesi söz konusudur. Harcama belgesi bir irade beyanı içerdiğinden "*senet*" niteliğine sahiptir¹¹⁵. Sahte harcama belgesi düzenlenmesi, TCK m. 207 anlamında "*özel belgede sahtecilik*" suçuna vücut verecektir¹¹⁶. Ancak suçun oluşması için söz konusu belgenin "*kullanılması*" gereklidir. Diğer bir deyişle özel belgede sahtecilik suçunun oluşması için basit bir kopya yeterli olmayacak, somut olayda fiilen kullanılması gerekecektir¹¹⁷.

gerçekleştirilmek istenen gizli işlem (ödünç sözleşmesi) varlığını muhafaza edecektir (Benzer görüş için bkz. **GİYİK**, s. 98).

¹¹⁴ **ÖZGENÇ**, s. 550-551; **İNCİ**, 151.

¹¹⁵ **AÇIKGÜL**, Emine/**AÇIKGÜL**, Ali Hacı; Teori ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2007, s. 50.

¹¹⁶ Benzer düşünce için bkz. **SEVİM**, s. 162.

¹¹⁷ **ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara 2014, s. 601.

Diğer yandan POS tefeciliği eylemi ile TCK m. 245'te düzenlenen "*banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması*" suçu gerçekleşmez. Başka bir deyişle, sahte harcama belgesi düzenlenmesi, TCK m. 245'te bahsedilen banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu kapsamında değildir¹¹⁸. Çünkü TCK m. 245'e göre, başkasına ait bir kredi kartının, kart sahibinin rızası olmaksızın kullanılması, sahte olarak üretilmesi veya kart hamilinin hesabıyla ilişkilendirilerek satılması, devredilmesi tipik eylem olarak kabul edilmiştir.

3. Vergi Hukuku Açısından

Kredi kartı ile yapılan alışverişlerde bir harcama belgesi düzenlenmektedir. POS tefeciliğinde kredi kartı ile gerçekleşen mal ve hizmet temin edilmediği halde, "*sahte harcama belgesi*" tanzim edilmektedir. Gerçekte olmayan alım satım ilişkisinin gizlenmesi için ise üye işyeri tarafından harcama belgesine istinaden çoğu kez fatura da tanzim edilmektedir¹¹⁹. Bu durumda POS tefecisinin vergi hukuku açısından sorumluluğu doğmaktadır.

Vergi Usul Kanunu (VUK) m. 359'a göre, ilgili vergi kanunlarına göre tutulan ya da düzenlenen, saklanma ve ibraz etme mecburiyeti bulunan belgelerin sahte ya da kapsamı bakımından yanıltıcı olarak düzenlenmesi veya kullanılması cezalandırılmaktadır. Vergi Usul Kanunu'na göre bu tür eylemler "*kaçakçılık suçu*" olarak nitelendirilmektedir¹²⁰. VUK m. 359/2'ye göre gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge, muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgedir. Yine aynı maddenin 3. fıkrasında sahte belge, gerçek bir muamele veya durum bulunmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge şeklinde tanımlanmıştır. O halde POS tefeciliği bakımından mevcut bir mal ve hizmet temini olmaksızın fatura ve sahte

¹¹⁸ DONAY, Süheyl; Bankacılık Ceza Hukuku, İstanbul 2007, s. 171.

¹¹⁹ SEVİM, s. 159.

¹²⁰ KIZILOT, Şükrü/KIZILOT, Zuhal; Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 558.

harcama belgesi düzenlenmesi belirtilen maddelere göre kaçakçılık suçuna vücut verecektir.

Sahte harcama belgesinin tanzim edilmesi ve kullanılması ile hem TCK m. 207 hükmü, hem de VUK m. 359 hükmü ihlal edilmektedir. Burada VUK m. 359, TCK m. 207'ye göre “özel hüküm” durumunda olduğu için, artık TCK m. 207'den değil; VUK m. 359'dan dolayı cezalandırılma yoluna gidilmelidir. Bununla birlikte TCK m. 207 suçun unsurları bakımından “hem kullanma hem de düzenleme” fiillerini birlikte barındırmaktadır. Yani TCK m. 207 *birleşik hareketli bir suçtur*¹²¹. VUK m. 359 da ise “düzenleme veya kullanma” şeklinde *seçimlik hareketler suçu* meydana getirmektedir.

IV. POS TEFECİLİĞİNİN ARTMASININ ve TERCİH EDİLMESİNİN SEBEPLERİNE DAİR BİR ANALİZ

Bireysel ve sosyal açıdan birçok menfi yönü bulunan tefecilik suçunun işlenme oranı her geçen gün artmaktadır. Gerçekten de 2009 yılında ceza mahkemelerine açılan tefecilik davası sayısı 2942 iken, 2011 yılında bu sayı 3213'e ulaşmış ve 2013'de 4687 olmuştur. Gittikçe artan ve adeta sosyal bir vakıa haline gelen bu suç, teknolojinin gelişmesiyle birlikte farklı araçlarla işlenmeye başlamıştır.

Kanaatimizce yukarıdaki sayılar gerçeği yansıtmamaktadır. Zira tefecilik suçu “*mağdursuz*” ve “*tanıksız*” bir suç tipidir. Ne mağdur suçtan mağdur olduğunu söylemektedir ne de suçun işlendiğine şahitlik edebilecek bir tanık bulunabilmektedir. Çünkü insanlar, tefecilerin kendilerine yardım ettiklerini ve zor anlarda acil para ihtiyacını ancak bu kişilerden karşılayabileceklerini düşünmektedirler.

Diğer yandan tefeci sıfatını taşıyan kişilerin, özellikle mafya şeklinde örgütlenmeleri ve ödünç alan ve buna şahit olan kişilerin hayat ve vücut dokunulmazlıklarını rahat bir şekilde ihlal edebilecekleri herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Tefecilik suçu adeta karanlık alanda kalan bir suç tipidir. Belirtilen sebeplerle, bahsi geçen verilerin gerçeği

¹²¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 598.

yansıtmadığını ve dolayısıyla bu sayıların çok daha fazla olduğunu düşünmekteyiz.

POS tefeciliği suçu özellikle bankaların ticari işlerde kullanılması amacıyla verdiği POS cihazları ile sık bir şekilde işlenmektedir. Bu yöntemin tercih edilmesinin altında elbette birtakım sebepler yatmaktadır.

POS tefeciliğinin işlenmesinde kontör ve altın satışı yapan yerler tercih edilmektedir. Kontör ve altın satışı yapan yerlere, herkes kolaylıkla ulaşabilmektedir. Normal bir tefecilik faaliyetinde, bu işle uğraşan kişilere ulaşmak kolay değilken, POS tefeciliğinde erişim çok daha kolaydır.

POS tefeciliğinde, tefecilik yapan kişi, kredi kartı kullanıldığı anda, alacağını tahsil etmektedir. Karşılıklı menfaatlerin temini noktasındaki pratiklik ve kolaylık kişileri normal bir tefecilikten ziyade POS tefeciliğine yönlendirmektedir. Böylece çek-senet mafyası şeklinde yapılanmalar artık tefecilik suçunda tercih edilmemektedir¹²².

Nakit paraya ihtiyacı olan kişi veya borcu olan kişi, normal bir tefecilik işleminde çoğunlukla, gerek kendi gerekse aile yakınlarının hayatlarını tehlikeye düşürebilecek mafya ile bağlantı kurmak zorunda kalmaktadır. Ödünç aldığı parayı ödeyemediği takdirde -ki çoğunlukla fahiş faiz oranları ile ödünç para verilir- ağır neticeler de doğabilmektedir. İşte POS tefeciliğinde bu risk ortadan kalktığından, daha çok tercih edilmekte ve giderek artmaktadır.

POS tefeciliğinde genellikle alınan faiz banka faiz oranlarından daha düşüktür. Bu nedenle de POS tefeciliğinin tercih edildiğini söylemek mümkündür¹²³.

POS tefeciliği ile menfaatler hemen elde edilebilmektedir. Ayrıca bu suç, POS cihazına sahip olan herkes tarafından rahatlıkla

¹²² **KARAKEHYA**, Hakan; Türkiye’de Giderek Artan Hukuka Aykırı Bir Ekonomik Faaliyet Olarak Kredi Kartı Kullanılması Suretiyle Tefecilik, International Conference On Eurasian Economies 2013, s. 936, (<http://avekon.org/papers/731.pdf>, Erişim Tarihi: 25/03/2015).

¹²³ **KARAKEHYA**, s. 936.

işlenebilmektedir. Denetimlerin eksik ve yetersiz olması da POS tefeciliğini artıran temel faktörler arasındadır.

Son olarak POS tefeciliğinin devletin vergi kaybı üzerine ciddi bir etkisinin olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Çünkü POS tefeciliğinde özellikle KDV oranı olmadığı veya düşük olduğu için altın ve kontör satıcıları tercih edilmektedir. Dolayısıyla devlet edinmesi gereken KDV gelirinden mahrum kalmaktadır. Ayrıca, POS tefecisine başvuran insanlar, ödünç verme işlemlerini bankalardan gerçekleştirmiş olsalar- yani bankadan kredi çekmiş olsalar- devletin BSMV¹²⁴ (Banka Sigorta Muamele Vergisi) ve KKDF¹²⁵ (Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu) kaybı da olmayacaktır.

¹²⁴ BSMV, Banka ve Sigorta işlemlerinden doğan, kar üzerinden hesaplanan ya da Banka ve Sigorta işlemlerinin miktarları ya da gelirleri üzerinden hesaplanan bir vergi çeşididir (<http://bsmv.nedir.com/#ixzz3YyFOQgRG>, Erişim Tarihi: 02.05.2015).

¹²⁵ KKDF, Kredinin faiz ve anapara kur farkı üzerinden belirli oranlarda hesaplanan ve müşteriden tahsil edilen, Kaynak Kullanımı Destekleme Fonudur. KKDF banka tarafından faiz ve ana para ile birlikte müşteriden tahsil edilmektedir. (<http://kkdf.nedir.com/#ixzz3YyGcrX2>, Erişim Tarihi: 02.05.2015).

SONUÇ

Ekonomik suçlar içerisinde yer alan tefecilik suçu da, diğer birçok suç tipinde olduğu gibi, teknolojik gelişmelere paralel olarak yeni ve daha yanıltıcı metotlarla işlenebilen bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Klasik anlamıyla tefecilik "*ödünç para karşılığı faiz alınması*" şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak günümüzde para yerine farklı ekonomik değerlerin kullanılması, özellikle nakit para yerine geçen kredi kartlarının yaygın olarak kullanılmasıyla, tefecilik suçu için yapılan bu klasik tanımdan uzaklaşmıştır. Bu nedenle kanuni tanım dolaşarak tefecilik suçu yeni usullerle işlenmektedir.

Bu suçta araç olarak kullanılan POS cihazlarına sahip herkes tarafından suçun kolaylıkla işlenebilmesi, kartın POS cihazından geçirildikten sonra paranın risksiz bir şekilde elde edilmesi bu suçun işlenme oranını artırmaktadır. Bu suç ile özellikle hem kredi kartını kullandıran kişi, hem POS tefecisi hem de devlet ciddi zararlara uğramaktadır. Gerçekten de kredi kartını kullandıran kişi bu yolla, bir yandan mevcut borcunu öderken diğer yandan yeni bir borç sahibi olarak ekonomik olarak zor duruma düşebilmektedir. POS tefecileri ise bazen bu işlemin hukuki sonuçlarını bilmeden hareket ederek ciddi maddi- manevi zararla karşı karşıya kalmaktadırlar. Diğer yandan devletin de bu işten yüksek meblağlarda vergi kaybına uğradığı görülmektedir.

POS tefeciliği suçunun önlenmesi için BDDK, Maliye Bakanlığı ve bankaların ciddi bir denetim mekanizması oluşturmaları gerekmektedir. Aksi halde meslek haline getirilen ve kolay para kazanmanın yolu olarak görülen bu suç daha da artacaktır.

Nihayet, POS tefeciliğinin suç olup olmadığına ilişkin yapılan tartışmalara son verilmesi bakımından, söz konusu eylemin kanunilik ilkesinin bir gereği olarak açık ve belirli bir şekilde TCK m. 241 kapsamına dâhil edilmesi gereklidir.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÜL**, Emine/ **AÇIKGÜL**, Ali Hacı; Teori ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2007.
- ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara 2014.
- BATTAL**, Ahmet; Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007.
- BİRTEK**, Fatih; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2014.
- BİRTEK**, Fatih; Tefecilik Suçu (TCK 241), Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı 53-54.
- CEYLAN**, Ebru; Türk İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartı Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu, İstanbul 2010.
- DONAY**, Süheyl; Bankacılık Ceza Hukuku, İstanbul 2007.
- EREN**, Fikret; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013.
- EREN**, Fikret; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015.
- GİYİK**, Abdülbaki; Türk Hukukunda Tefecilik Suçu, Ankara 2014.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara 2012.
- HASSAN**, Ümit; Tarımsal Kredi Sorunları-Özellikle Tefecilik, AÜSBFD, Cilt XXV, Sayı: 4, Ankara 1970.
- KARAKEHYA**, Hakan; Türkiye’de Giderek Artan Hukuka Aykırı Bir Ekonomik Faaliyet Olarak Kredi Kartı Kullanılması Suretiyle Tefecilik, International Conference On Eurasian Economies 2013, s. 936, <http://avekon.org/papers/731.pdf>.

- KIZILOT**, Şükrü/**KIZILOT**, Zuhâl; Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları,4. Baskı, Ankara 2011.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2009.
- KOÇ**, Ziya; TCK'nın 245. maddesinde Düzenlenen Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, İstanbul 2011.
- MALKOÇ**, İsmail; Açıklamalı ve İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2007.
- ÖZBEK**, Özer Veli/**KANBUR**, Nihat Mehmet/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, İzmir 2012.
- ÖZBEK**, Özer Veli; Tefecilik Suçu, (TCK m. 241), CHD, Sayı 5, Yıl: Aralık 2010.
- ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9.Baskı, Ankara 2013.
- ÖZGENÇ**, İzzet; Tefecilik Suçu, GÜHFD, C.XIV, Yıl 2010, Sayı 1.
- SAYIN**, Serhat; Türk Hukukunda Kredi Kartı ve Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2005.
- SEVİM**, Utku Onur; Teknoloji Temelli Bir Suç Pos Tefecilik Suçu, Adalet Dergisi, Sayı-42, Yıl-2012.
- TEOMAN**, Ömer; Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, 2. Baskı, İstanbul 1996.
- TOSUN**, Kerim/**ARTUÇ**, Mustafa; Türk Hukukunda Suçlar ve Kabahatler İle Açıklamalı ve İçtihatlı Tüm Özel Ceza Yasaları, Cilt II, Ankara 2008.
- UĞUR**, Hüsamettin; Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları Unsurlar ve Uygulama İlkeleri, THD, Sayı 8, Nisan 2007.
- YAŞAR**, Osman/**GÖKCAN**, Tahsin Hasan/**ARTUÇ**, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, Cilt.V, Ankara 2010.
- YÜKSEKKAYA**, Bayram; Para İlişkisindeki Kanserli Hücre: Tefecilik Suçu (www.aghukuk.org/makale).

ADLİ KONTROL

Arş. Gör. Fulya KORKMAZ*

ÖZET

Adli kontrol, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinde de belirtildiği gibi, tutuklamaya alternatif bir tedbir olarak düzenlenmiştir. 6352 Sayılı Yasa ile 2012'de yapılan değişiklik öncesi adli kontrole karar verebilmek için yürütülen soruşturmada suçun üst sınırının üç yıl olması gerekiyordu. Bu şartın kaldırılması olumlu bir gelişme olmakla beraber, kurumun düzenlenişine baktığımızda tutuklamaya alternatif olmaktan ziyade tutuklamayı tamamlayan, onun devamı niteliğinde olan, hatta bazı yükümlülükler açısından tutuklamadan dahi daha ağır sonuçlara neden olabilen bir tedbir olduğunu görmekteyiz.

Anahtar Kelimeler: Koruma Tedbirleri, Adli Kontrol, Tutuklama, Adli Kontrol Yükümlülükleri, Adli Kontrol Kararı, Güvence

JUDICIAL CONTROL

ABSTRACT

Pursuant to article 109 of the Law of Criminal Procedure, judicial control is regulated as an alternative measure to arrestment. Prior to the amendment made on 2012 with the Law No. 6352, in order to rule judicial control, the offense must have been limited to an upper limit of three years. Although revocation of said condition is welcomed positively, when we look at the regulation of judicial control, we see that it is a measure which completes arrestment rather than being an alternative to

* Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

arrestment and also it brings heavier outcomes compare to arrestment in terms of certain liabilities.

Keywords: Protection Measures, Judicial Control, Arrestment, Judicial Control Liabilities, Judicial Control Decision, Assurance

GİRİŞ

Adli kontrol tedbiri, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile birlikte Türk Hukukunda yerini almıştır. CMK'nın 109 ve 115. maddeleri arasında düzenlenen bu koruma tedbiri, tutuklamaya alternatif olmak üzere getirilmiş ve düzenlemede özellikle Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki (FCMK) hükümler dikkate alınmıştır¹.

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) 117. maddesinde tutuklama kararının infazından kefaletle vazgeçilmesi düzenlenmişti. Buna göre 104. maddenin 2. bendinde yer alan durumlar dışında bir nedenle tutuklama kararı verilirse, infazdan vazgeçilebilmesi mümkündür.² Bunun dışında Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinde, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu'nun 9. maddesinde, Mülga

¹ CMK'nın 109. maddesinin gerekçesinde adli kontrolün ortaya çıkış nedeni şu sözlerle ifade edilmiştir:

“Yalnız başına tutuklama, hakimi, şüpheli veya sanık hakkında ya da bütünüyle hürriyetinden yoksunluğa ya da tam serbest bırakmaya mecbur kılan bir tedbirdir; adı geçenler ya bir yerde kapatılacaktır veya tam serbest bırakılacaklardır. Tasarı bu maddesi ile bu iki durum arasında adli kontrol kurumunu getirmiş bulunmaktadır. Söz konusu kurum tesis edilirken Alman, İtalyan ve özellikle Fransız hukuku göz önünde bulundurulmuştur. Kurum ilgiliyi özgürlüğünden yoksun kılmamakla birlikte gözlemeyi ve denetlemeyi olanaklı kılan tedbirlere tabi kılmaktadır; böylece kişinin kaçması riski azaltılırken hürriyetten tümü ile yoksun kılmanın zararları da ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu yeni kurumun hem özgürlükçü ve hem de kamu düzenini koruyucu nitelikte olduğu söylenebilir. Bu kurumdan sonra tutukluluğun uygulanması istisna hale gelmektedir. Kurum şüpheliyi hürriyetinden yoksun hale getirmemekle birlikte, aynı sonuçların elde edilebileceği hallerde adli kontrole hükmetmek gerekecektir (...)” Konuya ilişkin olarak bkz. **ŞAHİN**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2005, s.313-314.

² CMUK'un ilgili maddesine göre; *“delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunması”* durumunda tutuklama nedeni vardır.

Bankalar Kanunu'nun 24. maddesinde ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 109. maddesinde yurt dışına çıkış yasağına ilişkin hükümler yer almaktaydı. O dönemde CMUK'ta yer almayan kişi hürriyetini kısıtlayan tedbirin özel kanunlarda düzenlenmiş olması tartışma yaratmıştır³.

CMUK'un 104. maddesinde tutuklamanın haksızlığa neden olabilmesi durumunda başka bir yargılama önlemi ile tutuklamaya karar verilemeyeceği yönünde bir hüküm bulunmaktaydı. Ancak hangi tedbirlerin uygulanabileceği Kanunda belirtilmemiştir⁴. Bu nedenle bu düzenlemenin pratiğe bir yansımaları olmamıştır.

Bu makalede kişi hak ve özgürlükleri ile kamu düzeni arasında denge kurularak, tutuklamanın olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için düzenlenmiş olan adli kontrol tedbirinin öncelikle amacını ve koşullarını, sonrasında da sırasıyla adli kontrol yükümlülüklerini, bu yükümlülüklere uyulmamasının sonuçlarını ve bu tedbire nasıl karar verilebileceği hususlarını tartışacağız.

I. ADLİ KONTROLÜN AMACI VE KOŞULLARI

CMK'nın tutuklamayı düzenleyen 100. maddesinde ölçülülük ilkesine işaret edilmiştir⁵. Buna göre “(...) İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.” Ayrıca 101. maddede de tutuklama kararı verilirken “adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere” yer verilmesi gerektiğinden söz edilmiş, böylelikle de

³ KUNTER, Nurullah- YENİSEY, Feridun- NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 18. Bası, İstanbul, 2010, s.978, ÖZBEK, Özer, Veli, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.308.

⁴ İlgili maddenin son fıkrasına göre; “Soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa neden olabileceksen veya tutuklama yerine bir başka yargılama önlemi ile amaca ulaşılabilecek ise tutuklamaya karar verilemez.” Konuya ilişkin olarak bkz. ÖZBEK, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, Eylül 2014, s.398

⁵ KUNTER- YENİSEY - NUHOĞLU, s.970.

ölçülülük ilkesinin hayata geçirilmesi ve tutuklamanın sıkı koşullara bağlanması amaçlanmıştır⁶.

Tutuklamanın kişi özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturması nedeniyle, tutuklama ile ulaşılmak istenen amaca daha hafif bir tedbirle ulaşmak ölçülülük ilkesinin gereği olduğuna göre, adli kontrol bu amaca hizmet edebilmek için oluşturulmuş bir kurumdur. Ayrıca, bu kurum AİHS'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının temel ilkelerinden birini teşkil eden suçsuzluk karinesinin bir gereği olarak da düzenlenmiştir⁷.

CMK'ya kaynaklık eden FCMK'na baktığımızda, 7 Temmuz 1970 tarihinde yapılan bir düzenlemeyle birlikte özgürlüğün birtakım yükümlülükler getirilerek denetim altına alınması ve bu yolla sınırlandırılması amaçlarından hareketle adli kontrole ilişkin hükümlerin Kanunda yer aldığını görmekteyiz. Ancak bu düzenleme pratikte çok etkili olmamış ve hatta 1970 yılından sonra tutuklama kararlarında artış gözlemlenmiştir. Adli kontrol tedbirinin uygulanmasını sağlamak ve tutuklama kararlarının sayısını azaltmak üzere 6 Ağustos 1975 yılında FCMK'da yapılan değişikliklerle tutuklama için daha sıkı şartlar getirilmiştir. Bu tarihten sonra Fransa'da adli kontrol ve tutuklamaya ilişkin hükümlerde 1981 yılından günümüze kadar birçok değişiklik yapılmıştır⁸. Bugünkü düzenlemeye baktığımızda, FCMK'nun 137. maddesinde “*Adli Kontrol, Konutta Kalma Zorunluluğu ve Tutuklama*” başlığı altında şu ifadeler yer almaktadır:

“Soruşturma evresinde herkes masum sayılır ve özgürlüğü korunur. Bununla birlikte, soruşturmanın gerekli kılması nedeniyle veya koruma tedbiri olarak adli kontrol yükümlülüklerinin biri veya birden fazlası

⁶ ÜNVER, Yener- HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.379.

⁷ ÖZTÜRK, Bahri- KAZANCI, Eker, Behiye- GÜLEÇ, Soyer, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.78.

⁸ MERLE, Roger- VITU, André, Traité de Droit Criminel, Procédure Pénale, Editions Cujas, Paris, 1997, s.545-552.

uygulanabilir veya bunların yetersiz kaldığı ortaya çıkarsa, elektronik denetimli konutta ikamet zorunlu kılınabilir.”

“İstisnai olarak, eğer adli kontrol yükümlülükleri veya elektronik denetimli konutta ikame bu amaçlara ulaşmayı sağlamazsa, adli kontrol tutuklamaya dönüşebilir.”

Görüldüğü üzere FCMK’da tutuklamanın istisna olduğu adli kontrolü düzenleyen maddede de vurgulanmıştır. Düzenlemede yer alan “*soruşturmanın gerekli kılması*” ifadesinden anlaşılması gereken, kişinin yürütülen soruşturma kapsamında yeni bir suç işlemesi veya tanıklar ya da diğer suç ortakları üzerinde baskı yaratması, yurt dışına kaçması gibi durumlardır. Bunun yanı sıra, maddede geçen “*veya koruma tedbiri olarak uygulanması*” ifadesi doktrinde eleştirilmiştir. Tartışmalara göre, koruma tedbirlerinin uygulanması ile amaçlanan şüphelinin tehlikeli durumunu etkisiz hale getirmek veya tehlikeliliğini ortadan kaldırmak, tedavi edilmesini veya eğitilmesini sağlamak ve topluma uyum sağlayacak hale getirmektir. Adli kontrol de bir koruma tedbiri olarak bu amaçlara hizmet ettiğinden “veya koruma tedbiri olarak” ifadesinin gereksiz olduğu düşünülmektedir. Ayrıca bu ifade kovuşturma evresini de kapsamış ve her iki evre açısından adli kontrolün nasıl uygulanacağına ilişkin olarak Kanunda net bir ayırım yapılmamıştır⁹.

Tutuklamanın istisna olduğu Fransız Hukukundaki sistemin, Türk Hukukuna yansımalarında bir paralellik görmek mümkün değildir. Zira CMK’nın 109. maddesinde tutuklama nedenlerinin varlığı halinde adli kontrol kararı verilebileceğine işaret edilmiş olmakla beraber, FCMK’daki gibi tutuklamanın istisna olduğunu belirten açıklıkta bir ifadeye rastlanmamaktadır. Ayrıca FCMK’nun 143. maddesinde de tutuklama kararı verilebilmesi için şüphelinin adli kontrol yükümlülüklerini isteyerek yerine getirmemesi gerektiği belirtilmiştir. Yine FCMK’nun 144. maddesinde tutuklama nedenlerinden söz edilirken de adli kontrolün tutuklamaya dönüşmesi ifadesine yer verilerek özgürlüğü kısıtlayan tedbirlerden öncelikli olarak adli kontrolün uygulanması gerektiğinin altı

⁹ MERLE-VITU, s.558.

çizilmiştir¹⁰. Ayrıca, adli kontrolün tutuklamadan önce düzenlenmiş olması da tutuklamanın istisna olduğunun göstergesidir¹¹. Diğer husus ise, yukarıda da belirttiğimiz gibi koruma tedbirlerine verilen anlam bakımından Fransız Hukukunun yaklaşımı daha farklıdır. Bu konuya adli kontrol yükümlülüklerinden söz ederken değineceğiz.

CMK'nın 109. maddesine göre, adli kontrole karar verilebilmesi için tutuklamanın koşulları bulunması gerektiğine göre, öncelikli olarak yürütülen soruşturmada tutuklama koşullarının varlığı araştırılmalıdır. Bunlar “*Tutuklama nedenleri*” başlığı altında CMK'nın 100. maddesinde de ifade edildiği üzere, “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması*”dır¹². Ayrıca maddenin 2. fıkrasında tutuklama nedeninin var sayılabileceği hususlar belirtilmiş olmakla beraber¹³. 3. fıkrada da öngörülen suç kataloğunda yer alan suçlardan birinin işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin olması halinde tutuklama nedeninin var sayılabileceği ifade edilmiştir.

Doktrinde kaçma şüphesinin olduğu durumlarda adli kontrol kararı verilmesi konusunda bir tartışma bulunmazken, delilleri karartma şüphesinin olduğu hallerde adli kontrol kararı verilmesine ilişkin farklı

¹⁰ MATHIAS, Eric, Procédure Pénale, Bréal, 2007, s.161.

¹¹ FCMK'nun 138 ila 142. maddeleri arasında adli kontrol düzenlenmiş olup, tutuklama 143 ila 150. maddeler arasında düzenlenmiştir.

¹² Her ne kadar 109. maddede sadece “*tutuklama sebepleri*” ifadesi kullanılmış olsa da, bu ifade kuşkusuz 100. maddede yer alan “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller*” ibaresini de kapsamaktadır. Aksi takdirde, hiçbir ispat ölçütü olmadan adli kontrolün uygulanabilmesi suçsuzluk karinesi ve koruma tedbirlerinin birer araç olmasıyla ile bağdaşmaz. Konuya ilişkin olarak bkz. FEYZİOĞLU, Metin, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler”, TBBD, S.62, 2006, s.56.

¹³ CMK m. 100/2’de bunlar:

“a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa,

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa,” şeklinde ifade edilmiştir.

görüşler vardır¹⁴. Kanaatimizce adli kontrolün tutuklamaya alternatif bir tedbir olması nedeniyle delilleri karartma şüphesinin varlığı halinde de bu tedbire başvurulması gerekir.

Ceza üst sınırının üç yıl veya daha az olması şartı, 2012 yılında 6352 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle kalkmıştır¹⁵. Bu değişiklikle ölçülülük ilkesinin hayata geçirildiğini söylemek mümkündür¹⁶. Ancak tutuklamaya alternatif bir tedbir olma niteliğine engel olan bazı düzenlemeler halen yürürlüktedir.

CMK m.109/2'ye göre; “*Kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde de adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.*” Bu haller m.100/4'te “*Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez*” şeklinde belirtilmiştir. 6352 Sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi hapis cezası bakımından öngörülen üst sınır bir yılken, değişiklikle beraber tutuklama yasağı iki yıl olmuştur. Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 21.

¹⁴ Tutuklama kararı verilebilen her durumda adli kontrole karar verilmesi eleştirisi için bkz. **ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ**, s.80.

¹⁵ Düzenlemenin önceki şeklinde yer alan “*üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezası gerektiren*” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde açılan davada, mahkeme hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamakla beraber gerekçesinde şu ifadelerle yer vermiştir:

“*Hukuk devletinde, tutuklama ve adli kontrol gibi kişi hürriyetini sınırlandıran koruma tedbirlerine ilişkin kurallar ceza muhakemesi hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri göz önüne alınarak saptanacak ceza yargılaması siyasetine göre belirlenir. Yasa koyucu, ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri ile ilgili olarak, hangi hallerde ve ne miktarda cezalar için tutuklama kararı verileceğini ya da daha hafif nitelikteki adli kontrolün uygulanacağını, adli kontrolün içerdiği yükümlülükleri belirlemede takdir yetkisine sahiptir. Bu nedenle düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur.*” Konuya ilişkin olarak bkz. 2008/70 E., 2010/21 K., 28.1.2010 T., <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/343af37b-b4e4-4214-bc-3a-4b085be4db4b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T: 18.01.2015.

¹⁶ Bu durumun istinası önceki düzenlemede yalnızca yurt dışına çıkış yasağı bakımından söz konusuydu. Ancak bu düzenleme yürürlükteyken de tartışılan husus adli kontrol denetiminin uygulama alanının genişletilerek hakimlerin, tutuklu ve tutuksuz yargılama seçenekleri arasında adli kontrole başvurmalarını sağlamak ve bunun için de orantılılık ilkesinin gereği olarak süre sınırının kaldırılması şeklindeydi. Konuya ilişkin olarak bkz. **KATOĞLU**, Tuğrul, “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar”, ABD, S.4, 2011, s.23.

maddesinde de “*Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilemez*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Tutuklama yasağı öngörülen hallerde adli kontrol kararı verilebilmesi, şüphesiz bu tedbirin alternatif bir tedbir olması niteliğine aykırı olduğu gibi, ölçülülük ilkesine de aykırıdır¹⁷.

Sadece adli para cezasının öngörüldüğü haller, tutuklama yasağı kapsamında olmakla beraber bu hallerde adli kontrolün uygulama alanı bulması doktrinde eleştirilmiştir. Kimi yazarlar sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda adli kontrol kararı verilemeyeceğini, zira para cezasının kişinin özgürlüğünü kısıtlayan tutuklamaya neden olmaması nedeniyle, alternatifi olmayan bir cezada bu tedbirin uygulanmasının yasaya aykırı olacağını, bu denetimin sadece tutuklama kararı verilecekler bakımından söz konusu olabileceğini belirtmişlerdir¹⁸. Ancak, Kanunun açık ifadesi karşısında sadece adli para cezası gerektiren suçlar bakımından da adli kontrol kararı verilebilmektedir.

Adli kontrol kararı tutuklama yasağı öngörülen hallerde verilebildiği gibi, tutukluluk süresinin dolması halinde salıverilenler hakkında da uygulanabilmektedir (CMK m.109/7). Bu durum şüphesiz adli kontrolün tutuklamaya alternatif olmaktan ziyade tutuklamayı tamamlayan yönünü ortaya koymaktadır¹⁹.

II. ADLİ KONTROLE İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLER VE YÜKÜMLÜLÜKLERE UYMAMA

A. Adli Kontrol Yükümlülükleri

CMK m.109/3'te adli kontrole ilişkin yükümlülükler sayılmıştır.

Bunlar;

a) “Yurt dışına çıkamamak.

¹⁷ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.307.

¹⁸ DONAY, Süheyl, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s.131.

¹⁹ SÖZÜER, Adem-DURŞUN, Selman, “TCK, CMK ve Kabahatler Kanunundaki Son Değişiklikler Ne Getiriyor?”, HPD, S.9, 2006, s.210, ÖZGÜVEN, Duygu, “Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde “Adli Kontrol”, TBBD, S.81, 2009, s.18.

- b) Hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.*
- c) Hakimin belirttiği merci veya kişilerin çağrularına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.*
- d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek²⁰.*
- e) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığundan arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek.*
- f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hakimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak.*
- g) Silah bulduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silahları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek.*
- h) Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvenceye bağlamak.*
- i) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkum edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek.*
- j) Konutunu terk etmemek,*
- k) Belli bir yerleşim bölgesini ter etmemek,*
- l) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek.” şeklinde kanunda ifade edilmiştir²¹.*

²⁰ CMK m.109/5’te bu yükümlülüğün uygulanması açısından hakim veya Cumhuriyet savcısının mesleki uğraşlarında araç kullanmasına sürekli veya geçici olarak izin verebileceği belirtilmiştir.

Ayrıca ÇKK m.20’de CMK m.109/3’ün yanı sıra şu tedbirlerin de uygulanabileceği belirtilmiştir:

- a) “Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak.
- b) Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek.
- c) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak.”

Yukarıda sayılan yükümlülüklerin koruma tedbiri niteliği tartışmalıdır. Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku göz önüne alınarak yapılan düzenleme Türk Hukuk sistemi ile örtüşmemiştir. Zira Fransız sisteminde adli kontrol soruşturma kapsamında yeni bir suç işlenmesini önlemek, şüphelinin tehlikeliliğini ortadan kaldırmak, tedavisini veya eğitilmesini, toplumla uyumlu hale gelmesini sağlamak gibi amaçlara hizmet etmektedir²². CMK’da düzenlenen yükümlülüklerden bazılarının FCMK’dan aynen alınması, koruma tedbirinin güvenlik tedbirine dönüşmesine neden olmuştur. Gerçekten de kişinin sürücü belgesine geçici olarak el konulması, kaçmasını veya delilleri karartmasını engellemeye elverişli değildir (CMK m.109/3-d). Aynı şekilde tutuklama tedbiriyle ulaşılmak istenen amaçla ilgisi bulunmayan tedbirler vardır. Örneğin; uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığında arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek (CMK m.109/3-e), silah bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silahları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek (CMK m.109/3-g), aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkum edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair

²¹ FCMK’nın 138. maddesinden aynen alınan yükümlülükler ek olarak, FCMK’da yer değişiklikleri konusunda hakimi bilgilendirmek (FCMK m.138/4), mahkeme kalemine veya emniyete nüfus cüzdanı ve özellikle pasaportu bırakmak (FCMK m.138/7), hakimlin belirlediği kişilerle görüşmenin engellenmesi (FCMK m.138/9), bazı aktivitelerde sosyal veya profesyonel olarak bulunmamak (FCMK m.138/12), çek keşide edememek (FCMK m.138/13) gibi tedbirlerin yer aldığı görülmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz. **STEFANI**, Gaston- **LEVASSEUR**, Georges- **BOULOC**, Bernard, Procédure Pénale, Dalloz, Paris, 2006, s.651

²² **MERLE-VITU**, s.558.

güvence vermek (CMK m.109/3-i) gibi tedbirlerin uygulanmasını kaçma şüphesi ve delilleri karartma şüphesi bakımından değerlendirmek mümkün değildir.²³ Oysaki koruma tedbirleri, gecikmesinde tehlike olan hallerde uygulanır. Derhal müdahale edilmediğinde korkulan zararın meydana gelmesi ihtimalinin varlığına dayanan bu tehlike yakın bir tehliktir. Tehlikenin yakınlığı ise tedbire başvurmanın haklılığını sağlar²⁴. Ancak bu yükümlülükler yakın bir tehlikenin önlenmesi amacıyla hizmet etmediklerinden koruma tedbiri değil, güvenlik tedbiri niteliğindedirler.

Uyuşturucu ve uyarıcı madde ve alkol bağımlılığına ilişkin tedavi öngören hüküm suçsuzluk karinesiyle çelişmektedir²⁵. Gerçekten de henüz suçu işlediği sabit olmayan bir kişi bakımından bu tedbirin uygulanması, suçu işlediği sabit olan kişi hakkında uygulanacak olan TCK m.191/2 ile paralellik göstermiştir²⁶.

Şüpheli veya sanığın aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine ilişkin güvence vermesi hükmü de özel hukuk ilişkilerinin ceza hukukuna taşınmasına neden olmuştur²⁷. Gerçekten de ceza mahkemelerinin görevi hukuk mahkemelerinde verilen kararların uygulanmasını sağlamak değildir.

Yükümlülükler arasında düzenlenen güvence, CMUK'taki kefaletle salıverilmeyle benzerlik göstermekle birlikte kefaletten farklıdır. Çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi kefaletle salıverilme tutuklama kararının infazından vazgeçilmesiyle ilişkilidir. Kefaletle salıvermenin

²³ FEYZİOĞLU, s.56.

²⁴ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.838.

²⁵ CENTEL, Nur- ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 9. Bası, İstanbul, 2012, s.361.

²⁶ “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak” başlığı altında düzenlenen TCK m.191/2’ye göre;

“ Bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye veya denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verilebilir. Bu kararı, durma kararının hukuki sonuçlarını doğurur.”

²⁷ CENTEL- ZAFER, s.361.

zengin-fakir ayırımına neden olduğu ve bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde açılan davada, Mahkeme hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir²⁸.

CMK m. 113/3-f'de belirtilen “*şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak*” ve “*güvence miktarını yatırmak*” ifadelerinden de anlaşıldığı üzere güvencenin “para” olması gerekir. Aynı şekilde CMK m.113/3-h'de de “*miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı*” şeklinde ifadelere rastlanmaktadır²⁹. Güvence bir koruma tedbiri olan adli kontrol yükümlülüklerinden sadece biri olmakla beraber, önemi nedeniyle CMK 'da ayrıca ve detaylı bir şekilde düzenlenmiştir³⁰.

CMK m.113'e göre; “**(I) Şüpheli veya sanık tarafından gösterilecek güvence, aşağıda yazılı hususların yerine getirilmesini sağlar:**

- a. Şüpheli veya sanığın bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya altına alınabileceği diğer yükümlülükleri yerine getirmek üzere hazır bulunması,**
- b. Aşağıda gösterilen sıraya göre ödemelerin yapılması:**
 - I. Katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi ve eski hale getirme; şüpheli veya**

²⁸ Karara göre; “ (...) Tutuklamanın mali amacına mali teminatla varılması mümkün olan hallerde şahıs hürriyetinin tahdidinden vazgeçebileceği saptamakta olduğu cihetle önemlidir. Kanunun 118 inci maddesine göre kefalet, gerek para ve gerekse devlet esham ve tahvilleri verilmesi suretiyle olabileceği gibi, muteber kimselerin mali kefalet vermeleriyle de olabilir. Kanun, kefaletin nevini ve miktarını hakimın takdirine bırakmıştır. Hakim takdirini kullanırken tayin edeceği teminatın sanığın kaçmasını önleyecek miktarda olmasını hesaba katmak zorundadır. Bu bakımdan sanığın mali durumunu göz önünde tutması gerekeğinden ortada Anayasa'nın 12 nci maddesindeki hukuki eşitlik prensibinin ihlali ve varlıklı kişilere imtiyaz tanınması gibi bir durum söz konusu olamaz. Kaldı ki, kefaletle salıverme, kanunda sanıklar yararına yer almış bir müessesedir. Bu bakımdan sözü geçen 118 inci maddeye yöneltilen Anayasaya aykırılık iddiası da yerinde değildir.” AYM 1963/E., 1963/110 K., 18.10.1963/11508 RG., Konuya ilişkin olarak bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/79ede6ec-6ba3-431e-b97c-4b78a8fc5aef?highlightText=Zengin&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T: 19.01.2015.

²⁹ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.309.

³⁰ ÖZGÜVEN, s.25.

sanık nafaka borçlarını ödememeleri nedeniyle kovuşturuluyorsa nafaka borçları.

2. Kamusal giderler.

3. Para cezaları.

(2) *Şüpheli veya sanığı güvence göstermeye zorunlu kılan kararda, güvencenin karşıladığı kısımlar ayrı ayrı gösterilir.”*

Güvencenin amacı, tutuklamayla elde edilmek istenen amaç olduğuna göre bu amaca ulaşıldığında güvencenin iade edilmesi gerekir (CMK m.115/1). Kaldı ki, güvence kefaletle salıverilmeden farklı olarak şüpheli veya sanığın tüm usul işlemlerinde hazır bulunmasını sağlamaktadır. CMK m. 115/2’de de güvencenin suç mağduruna veya nafaka alacaklısına verilmemiş ikinci kısmının kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararları verildiğinde şüpheli veya sanığa geri verileceği belirtilmiştir. Ancak hükümlülük halinde, CMK m.113/b’ye göre kullanılıp, fazlasının iade edileceği ifade edilmiştir (CMK m.115/3).

CMK m.114’te de “*Önceden ödetme*” başlığı altında güvencenin devamı niteliğinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemenin farkı mağdur hakları ve nafaka alacağına ilişkin olmasıdır. Maddeye göre mağdur veya nafaka alacaklısının istemi ve şüpheli veya sanığın rızası bulunmak kaydıyla hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı önceden ödetmeye karar verebilir (CMK m.114/1). Ancak soruşturma ve kovuşturma konusu olaya ilişkin mağdur veya nafaka alacaklısının lehine bir karar verilmiş olması durumunda şüpheli veya sanığın rızası olmadan ödemenin yapılması emredilebilir (CMK m.114/2). Bu düzenlemeyle birlikte, ceza mahkemeleri aile mahkemelerinin kararlarının uygulayıcısı haline gelmiştir³¹.

FCMK’deki konutta kalma zorunluluğu diğer adli kontrol yükümlülüklerinin yetersiz kalması durumunda uygulanmaktadır. Ancak CMK’da diğer yükümlülüklerle birlikte konutun terk edilmemesinin düzenlenmiş olması sistematik farklılığı ortaya koymaktadır. Ev hapsi anlamına gelen bu yükümlülüğün tutuklamadan bir farkı yoktur ve hatta

³¹ ÖZGÜVEN, s.26.

kişinin yeme-içme gibi temel ihtiyaçlarının karşılanması bakımından tutuklamaya nazaran daha ağır sonuçlar verebilmesi de mümkündür.

Kişi hak ve özgürlüklerini sınırlayan bu yükümlülükler genişletilemez³². Bu noktada kişiye özgü durumun kanunda yer almaması nedeniyle tutuklama kararı verilebilmesi yönündeki görüşlere katılmadığımızı belirtmek isteriz. Zira yurt dışına çıkış yasağı, hakim tarafından belirlenen yere başvurmak gibi kaçma şüphesini ortadan kaldıran ve her duruma uygulanabilecek yükümlülükler bulunmaktadır.

CMK m.109/6'da adli kontrol altında geçen sürenin cezadan mahsup edilemeyeceği ve bu hükmün sadece uyuşturucu, uyarıcı, uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacına hizmet eden yükümlülük (CMK m.109/3-e) açısından uygulanmayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce kişi özgürlüğünü tutuklulukta olduğu gibi tamamen ortadan kaldıran ve ceza niteliğini haiz olan konutunu terk etmemek yükümlülüğü açısından da aynı istisnanın söz konusu olması gerekirdi. Bunun dışında yine kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran belli yerleşim bölgesini terk etmemek (CMK m.109/3-k), belirlenen yer ve bölgelere gitmemek (CMK m.109/3-l) yükümlülükleri açısından da mahsubun mümkün olması gerektiği kanaatindeyiz. Kanunda belirtilen diğer yükümlülükler için de belirlenecek bir oranda cezadan mahsubun mümkün kılınması, tedbirin tutuklamaya alternatif olması açısından daha uygun olurdu.

B) Yükümlülüklerle Uymama

Hakkında adli kontrole karar verilen şüpheli veya sanığın kararda belirtilen yükümlülüklerle uyup uymadığının denetimini yapma görevi 5402 Sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nun 12 ve 13. maddelerine göre Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi Şube Müdürlüğü'dür³³.

³² ÖZBEK, s.310; CENTEL, Nur, "Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda Adli Kontrol-Tutuklama- Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi",Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, İstanbul, 2006, s.848.

³³ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.311.

Yükümlülüklerini yerine getirmediği tespit edilen kişiler bakımından tutuklama kararı verilebilir. CMK m.112'ye göre;

“Adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir.”

“Verilebilir” ifadesinden de anlaşıldığı gibi, tutuklama kararı verilmesi ihtiyaridir. O nedenle işin öneminin tutuklamayı gerektirip gerektirmediği değerlendirilmelidir. Tutuklama kararının verilmesi için CMK m. 100 vd.'da yazılı hususlara uyulmalı ve şüpheli ya da sanığın mutlaka savunması alınmalı ve kendisine bir müdafii atanmalıdır³⁴.

Burada önemli olan husus, “hapis cezasının süresi ne olursa olsun” ifadesi karşısında sadece adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından da tutuklama kararı verilebilmesidir. Böyle bir durumda tutuklamanın cezadan mahsup edilebilmesi mümkün olmamaktadır.

III. ADLİ KONTROL KARARININ VERİLMESİ VE KARARIN KALDIRILMASI

A) Adli Kontrole Karar Verilmesi

CMK m.110/1'e göre, *“Şüpheli, Cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza hakiminin kararı ile soruşturma evresinin her aşamasında adli kontrol altına alınabilir.”*³⁵ Her ne kadar bu düzenleme ile adli kontrole sadece soruşturma evresinde karar verilebildiği anlaşılrsa da, aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenleme ile tedbirin kovuşturma evresinde uygulanabilirliğine ilişkin tereddüt giderilmiştir. CMK m. 110/3'e göre, *“109 uncu madde ile bu madde hükümleri, gerekli görüldüğünde, görevli ve yetkili diğer yargı mercileri tarafından da,*

³⁴ İNCİ, Z. Özen, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesinde Tutuklama, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.88.

³⁵ CMK m.103/1'de de *“Cumhuriyet savcısının tutuklama kararının geri alınmasını istemesi”* başlığı altında soruşturma evresinde tutuklanan kişi hakkında adli kontrol kararının verilmesinin istenmesi düzenlenmiştir. Buna göre; *“Cumhuriyet savcısı, şüphelinin adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını sulh ceza hakiminden isteyebilir. Hakkında tutuklama kararı verilmiş şüpheli veya müdafii de aynı istemde bulunabilirler.”*

kovuşturmanın her aşamasında uygulanır.” Ancak farklı görüşler olmakla birlikte,³⁶ kanaatimizce CMK m.109/1’de de “*bir suç sebebiyle yürütülen soruşturma*” ifadesi kullanılmasından yola çıkılarak bu tedbire ilişkin kararın ancak soruşturma evresinde verilebildiği sonucuna varılmalıdır. O halde kovuşturma evresine geçildiğinde adli kontrol tedbirinin uygulamasının devamına ilişkin karar verilmelidir ve CMK m.110/3 de bu şekilde yorumlanmalıdır. Zira maddede gerekli görüldüğünde, görevli ve yetkili mahkemenin de adli kontrolü uygulamasından söz edilmiştir³⁷.

Kovuşturma evresi açısından adli kontrol kararı verilebilmesi için Cumhuriyet savcısının talebinden söz edilmezken, soruşturma açısından CMK m.110/2’de “*Hakim, Cumhuriyet savcısının istemiyle, adli kontrol uygulanmasında şüpheliyi bir veya birden çok yeni yükümlülük altına koyabilir; kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülükleri bütünüyle veya kısmen kaldırabilir, değiştirebilir veya şüpheliyi bunlardan bazılarını uymaktan geçici olarak muaf tutabilir.*” ifadesine yer verilmiştir. O halde, soruşturma evresinde hakimin adli kontrole karar verebilmesi için Cumhuriyet savcısının istemi gerekmektedir. Kovuşturma evresi bakımından CMK m.101/1 gereğince mahkeme res’en tutuklamaya karar verebildiğinden, adli kontrole karar verilebilmesi için de savcının talebine gerek olmadığı sonucu çıkarılmalıdır³⁸.

Soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısının adli kontrol isteminde bulunması halinde hakim tutuklama kararı veremez³⁹. Zira tutuklama

³⁶ Bu maddenin sadece soruşturma evresini değil, kovuşturma evresini de kapsadığı düşünülmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz. **ÖZTÜRK- KAZANCI- GÜLEÇ**, s.83.

³⁷ Fransa’da da adli kontrol kovuşturma evresine kadar uygulanan bir tedbir olmakla beraber, kovuşturma evresinde uygulanmasına devam edilmesi için mahkemenin karar vermesi gerekmektedir (FCMK m.179). Bu husus adli kontrolde bir sürenin öngörülmemiş olmasında kaynaklanmaktadır. Konuya ilişkin olarak bkz. **STEFANI- LEVASSEUR- BOULOC**, s.651-653. Ayrıca Fransız Hukukunda kurumun ortaya çıkış nedenlerinden biri de yargılama aşamasından önce kişi hürriyetinin sınırlanmasının sağlanmasıdır. O nedenle adli kontrolün kovuşturma evresinden önce uygulanmak üzere getirilmiş bir kurum olduğunu söylemek mümkündür. Konuya ilişkin olarak bkz. **MERLE- VITU**, s.549.

³⁸ **TOROSLU**, Nevzat- **FEYZİOĞLU**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008, s.231.

³⁹ **ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ**, s.84.

kararı verilebilmesi için soruşturma evresinde savcının bu yöndeki istemini sulh ceza hakimine bildirmesi gerekir (CMK m.101/1). Cumhuriyet savcısı adli kontrolün artık gereksiz olduğu kanısına varırsa şüpheliyi res'en serbest bırakır (CMK m.103/2)

Adli kontrol kararının yüze karşı verilmesine ilişkin Kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak bu bir eksiklik değildir. Tutuklamaya alternatif bu tedbir açısından tutuklamaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekmektedir. O halde adli kontrol kararı yüze karşı verilmelidir⁴⁰.

B) Adli Kontrol Kararının Kaldırılması

CMK m.111/1'de "*Şüpheli veya sanığın istemesi üzerine, Cumhuriyet savcısının görüşünü aldıktan sonra hakim veya mahkeme 110 uncu maddenin ikinci fıkrasına göre beş gün içinde karar verebilir.*" ifadesi yer almaktadır⁴¹. Görüldüğü üzere adli kontrol kararının kaldırılmasına ilişkin olarak m.110/2'ye atıf yapılmıştır. CMK m.110/2'ye göre; "*Hakim, Cumhuriyet savcısının istemiyle, adli kontrol uygulanmasında şüpheliyi bir veya birden çok yeni yükümlülük altına koyabilir; kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülükleri bütünüyle veya kısmen kaldırabilir, değiştirebilir veya şüpheliyi bunlardan bazılarını uymaktan geçici olarak muaf tutabilir.*"

Yukarıda yer verdiğimiz maddede belirtilen "şüpheliyi bir veya birden çok yeni yükümlülük altına koymak" şüphelinin talep edeceği bir durum olamayacağı gibi, şüphelinin talebiyle verilecek bir karar da değildir⁴². Kanaatimizce burada CMK m. 107/1 ile birlikte bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır. Bu maddede tutuklanan şüphelinin sulh ceza hakiminden adli kontrol altına alınarak serbest bırakılması düzenlenmiştir. O halde yalnızca hakkında tutuklama kararı

⁴⁰ Tutuklamayı düzenleyen CMK m.101/2'ye göre, "*(...) kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.*"

⁴¹ FCMK'da da bu adli kontrolün kaldırılması veya değiştirilmesi talebine hakimın beş gün içerisinde karar vereceği belirtilmiştir (FCMK m.140).

⁴² ÖZGÜVEN, s.31.

verilen kişi bakımından istemi üzerine bir veya birden çok yeni yükümlülük altına koyma kararı verilebilir. Bunun dışında şüpheli veya sanığın istemi üzerine hakim veya mahkeme yükümlülükleri bütünüyle veya kısmen kaldırabilir, bazılarını uymaktan şüpheliyi muaf tutabilir. Ancak yükümlülüğün değiştirilmesine karar verilebilmesi durumunda, daha hafif bir yükümlülüğe veya şüphelinin talebi doğrultusunda bir yükümlülüğe karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin şüpheli veya sanık yurt dışına çıkabilmek için yurt dışı çıkış yasağının kaldırılmasını talep ettiğinde, hakim veya mahkeme belirlenen yerlere, belirlenen süreler içinde düzenli başvurulmasına karar verebilir (CMK m.109/3-b).

Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinde tutuklamada olduğu gibi adli kontrol tedbirinin de sona ermesine kendiliğinden karar verebilir. Adli kontrolün uygulanmasında azami bir süre öngörülmemiştir⁴³. Ancak tedbirin uygulanmasına neden olan koşullar ortadan kalktığında tedbirin derhal kaldırılması gerekir.

Adli kontrol tedbirinin incelenmesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak tutuklamaya ilişkin olarak CMK m.108'in 1. ve 2. fıkralarında soruşturma evresinde en geç otuz günde bir tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmediği konusunda Cumhuriyet savcısı veya şüpheli tarafından istemi doğrultusunda hakim karar vermesi gerektiğinden söz edilmiştir⁴⁴. Aynı yönde bir düzenlemenin adli kontrolde de olması gerektiği tartışılmıştır⁴⁵.

Kanaatimizce her nasıl ki tutuklamada soruşturma evresinde şüphelinin res'en salıverilmesi kararına ve aynı şekilde kovuşturma evresinde de tutuklama kararının geri alınması, sanığın salıverilmesi

⁴³ İNCİ, s.87.

⁴⁴ Fransa'da da doktrinde tutuklamaya ilişkin düzenlemeye dayanılarak her yirmi günde adli kontrolün uygun olup olmadığına ilişkin karar verilmesi gerektiği tartışılmıştır. Konuya ilişkin olarak bkz. **STEFANI- LEVASSEUR- BOULOC**, s.652, **LARGUIER**, Jean- **CONTE**, Philippe, *Procédure Penale*, 21. Edition, Dalloz, 2006, s.189.

⁴⁵ **ŞAHİN**, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s.320.

kararlarına karşı itiraz yoluna gidilemiyorsa;⁴⁶ aynı şekilde adli kontrol kararının tamamen kaldırılması kararına da itiraz edilmemesi gerekir. Bu nedenle CMK m.111/2’de yer alan “adli kontrole ilişkin kararlara itiraz edilebilir” hükmü yükümlülüklerin tamamen kaldırılmasını kapsamamaktadır. Ancak yükümlülüğün kısmen kaldırılması durumunda kaldırılmayanlar yükümlülükler bakımından, değiştirilmesi halinde ise değişen yeni yükümlülükler bakımından, bazılarında muaf tutulması halinde ise muaf tutulmayanlar bakımından itiraz mümkündür.

SONUÇ

Tutuklamayla ulaşılmak istenen amaca daha hafif bir tedbirle ulaşmak üzere düzenlenen adli kontrol, özellikle ölçülülük ilkesinin hayata geçirilmesi ve Anayasa ile güvence altına alınan kişi hak ve özgürlüklerinin daha az zarar görmesi noktalarından hareketle 5271 Sayılı Kanunla Türk Hukuk sistemine getirilmiştir. Tutuklamanın istisna olmasının sağlanması açısından Fransız Ceza Muhakeme Sisteminden esinlenilmiştir. Ancak bazı durumlarda adli kontrolün tutuklamaya tam anlamıyla alternatif bir tedbir olup olmadığı konusu halen tartışmalıdır.

Üst sınırın üç yıl olması şartının kaldırılması, hapis cezasının süresine bakılmaksızın bu tedbirin uygulanabilir hale getirilmesi şüphesiz olumlu bir gelişme olmuştur. Ancak tutuklama yasağı öngörülen hallerde ve azami tutukluluk süresinin dolduğu durumlarda bu tedbirin uygulanabilmesi, tutuklamaya alternatif olma özelliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu gibi hallerde adli kontrol, tutuklamanın tamamlayıcısı olmaktadır.

Adli kontrol yükümlülüklerine bakıldığında aralarında güvenlik tedbiri ve hapis cezası niteliğinde tedbirler yer almaktadır. Kimi tedbirler ise koruma tedbirinin niteliği ile bağdaşmamaktadır. Yeniden suç işlenmesinin önlenmesine hizmet eden tedbirler suçsuzluk karinesiyle örtüşmemektedir. Ayrıca bu yükümlülükler cezadan mahsup

⁴⁶ TOROSLU- FEYZİOĞLU, s.224.

edilmemektedir. Oysaki özellikle ağır yükümlülüklerin kişi özgürlüklerini sınırlandırması ve hatta bazı durumlarda ortadan kaldırması (CMK m.109/3-j'de olduğu gibi) nedeniyle cezadan mahsup edilmesi gerekir. Diğer yükümlülükler açısından da en azından cezadan belli miktarın mahsup edilmesi yönündeki bir düzenleme bu tedbiri daha uygulanır hale getirecektir.

Son olarak, güvenceye ilişkin düzenlemeler ceza hakimlerini hukuk davalarının takipçisi ve uygulayıcısı haline getirmiştir. Ancak ceza mahkemelerinin görevi hukuk davalarının sonuçlarını uygulamak değildir. Tüm bu açıklamalar ışığında hızla yasaların değiştiği ülkemizde adli kontrolün Kanundan kaynaklanan sorunlarının giderilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- CENTEL, Nur- ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 9. Bası, İstanbul, 2012.
- CENTEL, Nur, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’nda Adli Kontrol-Tutuklama- Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi”,Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul, 2006, ss.841-878.
- DONAY, Süheyl, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2012.
- FEYZİOĞLU, Metin, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler”, TBBD, S.62, 2006, ss.27-61.
- İNCİ, Z. Özen, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesinde Tutuklama, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- KATOĞLU, Tuğrul, “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar”, ABD, S.4, 2011, ss.17-33.

- KUNTER, Nurullah- YENİSEY, Feridun- NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 18. Bası, İstanbul, 2010.
- LARGUIER, Jean- CONTE, Philippe, Procedure Penale, 21. Edition, Dalloz, 2006.
- MATHIAS, Eric, Procédure Pénale, Bréal, Paris, 2007.
- MERLE, Roger- VITU, André, Traité de Droit Criminel, Procédure Pénale, Editions Cujas, Paris, 1997.
- ÖZBEK, Özer, Veli, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÖZBEK, Özer, Veli, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, Eylül 2014.
- ÖZGÜVEN, Duygu, “Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde “Adli Kontrol”, TBBD, S.81, 2009, ss.1-42.
- ÖZTÜRK, Bahri- KAZANCI, EKER, Behiye- GÜLEÇ, SOYER, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- SÖZÜER, Adem- DURSUN, Selman, “TCK, CMK ve Kabahatler Kanunundaki Son Değişiklikler Ne Getiriyor?”, HPD, S.9, 2006, ss.2-17.
- STEFANI, Gaston- LEVASSEUR, Georges- BOULOC, Bernard, Procédure Pénale, Dalloz, Paris, 2006.
- ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- TOROSLU, Nevzat- FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.
- ÜNVER, Yener- HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/343af37b-b4e4-4214-bc-3a-4b085be4db4b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, AYM 2008/70 E., 2010/21 K., 28.1.2010 T., E.T: 18.01.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/79ede6ec-6ba3-431e-b97c-4b78a8fc5aef?highlightText=Zengin&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, AYM 1963/E., 1963/110 K., 18.10.1963/11508 RG., E.T: 19.01.2015.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA MÜLKİYET HAKKI*

Arş. Gör. Kürşat AKÇA**

Özet

Mülkiyet, kişinin eşya üzerinde hâkimiyet kurmasıyla oluşan ilişkiyi ifade etmektedir. Bu ilişki tarih boyunca toplumlar, hukuk düzenleri, siyasi düşünceler ve dinler tarafından tartışılmıştır. Diğer taraftan mülkiyet, birçok anayasa ve uluslararası belgede “Mülkiyet Hakkı” olarak tanınmış ve korunmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti'nin 1961 ve 1982 Anayasalarında mülkiyet hakkı temel bir hak olarak düzenlenmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarında mülkiyet hakkının kamu ve toplum yararı amacıyla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu sınırlamalar keyfi ve sınırsız değildir. Hem 1961 Anayasası'nda hem de 1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkına yapılacak sınırlandırmaların da bir takım sınırları olduğu öngörülmüştür. Örneğin 1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkına yapılacak olan sınırlandırmanın ölçülü olması aranmıştır. Hem sınırlama sebepleri hem de sınırlamanın sınırları 1961 ve 1982 Anayasası'nda tanımlanmamıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi vereceği kararlarla bu düzenlemelerin ne anlam ifade ettiğini ortaya çıkaracaktır.

Mülkiyet hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Ek 1 Protokol ile düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verdiği kararlarda mülkiyet hakkının hukuki boyutunu ulusal hukuklardan bağımsız bir şekilde yorumlamıştır. Anayasa Mahkemesi de son dönemde vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından etkilenmiştir.

Anahtar Kelimeler: mülkiyet; mülkiyet hakkı; anayasa; Anayasa Mahkemesi; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

* Bu çalışma 2014 yılında Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve oybirliğiyle kabul edilmiştir. Bu makale, çalışmanın orijinal metnine bağlı olarak hazırlanmış özeti mahiyetindedir.

** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

RIGHT OF PROPERTY IN THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF TURKEY

Abstract

Property is meaning of the relationship which formed with the establishment of dominance on goods by people. This relationship has been discussed by societies, judicial systems, political thoughts and religions throughout history. On the other hand, property has been recognized and protected as "Right of Property" in many constitutions and international instruments.

Right of property is arranged as a fundamental right in the 1961 and 1982 Constitution of Republic of Turkey. 1961 and 1982 Constitutions arranged that usage form couldn't be against to community usefulness and right of property is limited with public usefulness. However, these limitation causes are not arbitrary and unlimited. Also limitations of limitation causes of fundamental rights and freedoms have been arranged in the 1961 Constitution and the 1982 Constitution. For example, limiting provisions of the right of property must be fair balanced in the 1982 Constitution. Limitations causes and limitations of limitation causes are not defined in the Constitution of 1961 and 1982. Therefore, what meaning of these regulations will be revealed by decisions of Constitutional Court of Turkey.

Right of property has been arranged in the Protocol No. 1 of European Convention on Human Rights. European Court of Human Rights has been interpreted autonomously right of property from the law systems of the countries. In recent years, individual application decisions of Constitutional Court of Turkey are influenced by decisions of European Court of Human Rights

Keywords: property, right of property, constitution, Constitution Court of Turkey, European Court of Human Rights.

GİRİŞ

Tarih boyunca birçok felsefi, siyasi ve hukuki tartışmaların odağında bulunan mülkiyet, insanın şey üzerinde hâkimiyet kurmasıyla ortaya çıkan ilişkiyi ifade etmektedir. Bu ilişki zamanla bir insan hakkı olarak kabul edilmiş daha sonra devletler ve hukuk düzenleri tarafından tanınarak bir temel hak olarak ulusal ve uluslararası belgelerde kendine yer bulmuştur. Mülkiyet hakkını diğer temel hak ve hürriyetlerden ayıran en önemli özelliklerinden birisi bu hakkın içeriğinin hiçbir zaman tam

olarak saptanamamasıdır. Zira mülkiyet hakkı içinde bulunduğu toplumun siyasi, sosyolojik ve hukuki faktörlerinden etkilenmekte ve buna bağlı olarak sürekli değişim göstermektedir.

1961 Anayasası'nda mülkiyet hakkı "Sosyal ve İktisadi Hak ve Ödevler" bölümünde düzenlenmiştir. Düzenlemede ilk olarak herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu vurgulanmış devamında ise bu hakkın kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ve malikin bu hakkı toplum yararına aykırı kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece mülkiyet hakkı kamu yararı ve toplum yararı amacıyla sınırlanabilen bir anayasal hak olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

1982 Anayasası'nda ise mülkiyet hakkı her ne kadar "Kişinin Hak ve Ödevleri" başlığı altında düzenlense de 1961 Anayasası'nda olduğu gibi mülkiyet hakkının kamu yararı ve toplum yararı amacıyla sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarında mülkiyet hakkının sosyal bir hak olduğunu, toplum ve kamu yararı gerektiğinde sınırlanabileceğini kabul etmiştir. Aynı şekilde Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 Protokol'de mülkiyet hakkının devletler tarafından sınırlanabileceği ve kullanımının düzenlenebileceği kabul edilmiştir.

1961 ve 1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkının kamu yararı ve toplum yararı ile sınırlanabileceği hüküm altına alınsa da bu sınırlamalar keyfi ve sınırsız değildir. Her iki anayasada tüm temel hak ve hürriyetler için geçerli bir takım sınırlama sınırları öngörülmüştür. Örneğin; sınırlamanın ölçülü olması, hakkın özne dokunmaması gibi... Mülkiyet hakkına yapılacak sınırlandırmalarda da geçerli olan bu sınırların ne anlam ifade ettiği Anayasada düzenlenmemiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi bu sınırların ne anlam ifade ettiğini kararlarıyla ortaya koyacaktır.

Mülkiyet hakkının konusu ve muhtevası da doktrinde oldukça tartışmalıdır. Mülkiyet hakkının konusuna taşınır ve taşınmaz malların gireceği noktasında herhangi bir sorun olmasa da fikri ve sınai hakların, alacak hakları gibi gayri maddi malların mülkiyet hakkına konu olup olmayacağı noktasında görüş birliği yoktur.

Doktrinde hâkim olan görüş ve Anayasa Mahkemesi'ne göre mülkiyet hakkının muhtevasını malı kullanma, maldan yararlanma ve mala tasarruf etme yetkileri oluşturmaktadır. Roma Hukukundan günümüze kadar gelen ve Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği bu üçlü yetkinin mülkiyet hakkını tam olarak yansıtmayacağı ise

tartışmalıdır. Diğer taraftan günümüz mülkiyet anlayışı sadece hak ve yetkiler tanımamakta aynı zamanda malike ödevler de yüklemektedir.

Çalışmamızda ilk olarak mülkiyet hakkının tarihi gelişimi hakkında kısa bilgi verilecektir. Akabinde Anayasa Mahkemesi kararları ışığında mülkiyet ve mülkiyet hakkı kavramına, 1961 ve 1982 Anayasalarında Mülkiyet Hakkının nasıl düzenlendiğine, mülkiyet hakkının hangi hallerde ve nasıl sınırlanacağı konularına değinilecektir. Son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkı ile ilgili kararları ve bu kararların bireysel başvuru kararlarına nasıl yansdığı konuları ele alınacaktır.

I. MÜLKİYET HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ

A. Batıda Mülkiyet Hakkının Gelişimi

Antik Yunan'da mülkiyet hakkı ilk zamanlarda dinsel kökenli ve aile mülkiyeti şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak ticari hayatın büyük bir gelişme göstermesi ve mübadele aracı olarak kullanılan mücevheratın ve taşınır malların öneminin artmasıyla bu durum değişmiş ve taşınır mülkiyeti ile özel mülkiyet önem kazanmaya başlamıştır.

Roma İmparatorluğu'nda mülkiyet hakkı tıpkı Antik Yunan'da olduğu gibi din eksenli aile mülkiyeti şeklindeydi ve örfi kurallara tabii idi. M.Ö. 451-M.Ö. 449 yılları arasında hazırlanan 12 Levha Kanunları ile bu örfi kurallar yazılı hale getirilmiştir¹. 12 Levha Kanunlarında toprak mülkiyeti, aile reisinin malvarlığı üzerinde miras yoluyla tasarruf edebilmesi, komşuluk hukuku sebebiyle mülkiyetin sınırlanması gibi hukuki kurumlar düzenlenmiştir². 12 Levha Kanunları'nın en önemli özelliklerinden birisi özel mülkiyete yer vermesidir³. Genel olarak Roma Hukuku'nda mülkiyet hakkı üç önemli yetkiyi bünyesinde

¹ ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz, Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara 2012, s. 58; TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 44; GÜRİZ, Adnan, Teorik Açından Mülkiyet Sorunu, AÜHF Yayınları, Ankara 1969, s. 27; AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Abdullah, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Der Yayınları, İstanbul 2007, s. 31; KÜÇÜKBİÇAKÇI, Erdem, "Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları", Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2010 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 6.

² TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, s. 47; KÜÇÜKBİÇAKÇI, s. 15, 22 ve 27.

³ ÜNAL, Mehmet, "Ferdî (özel) Mülkiyetin Tarihi, Dini ve Beşeri Kökenleri", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 908; FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Mimoza Yayınları, Konya 1994, s. 148; TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, s. 47; GÜRİZ, *Mülkiyet*, s. 27; KÜÇÜKBİÇAKÇI, s. 20.

barındırmaktadır. Bunlar; malı kullanma (usus), maldan yararlanma (fructus) ve mala tasarruf etme (abusus) yetkileridir⁴. Bunun yanında mülkiyet hakkının genel özellikleri şu şekilde sıralanabilir; mülkiyet hakkı mutlaktır⁵, mülkiyet hakkı inhisari niteliktedir⁶, mülkiyet hakkı aynı ve süresiz bir hak⁷.

Ortaçağ Avrupası'na gelindiğinde ise mülkiyet hakkı “feodal düzen” ile farklı bir boyuta taşınmıştır. Roma hukukunun kabul ettiği mülkiyet hakkının mutlak olması ilkesi artık bu dönemde değişmiş, mülkiyet hakkı daha çok kademeli ve ortaklığa dayanan hak ve ödevlerin konusu olmuştur⁸. Ticaretin gelişmesi ve akabinde burjuvazi sınıfının doğmasıyla birlikte liberal düşünce mülkiyet hakkına da egemen olmuş ve özel mülkiyet anlayışı yaygın bir şekilde benimsenmiştir.

B. Siyasi Düşüncelerde Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı siyasi düşünce sistemlerinde farklı şekillerde ele alınmıştır. Bunlardan Liberal ve Marksist sistem ile sosyal mülkiyet anlayışına kısaca değinilmesi faydalı olacaktır.

Liberal sisteme göre mülkiyet hakkı; kişiye bağlı, mutlak, devredilmez, vazgeçilmez ve zamanaşımına uğramayan kutsal bir hak⁹.

⁴ İMAMOĞLU, M. Altuğ, Mülkiyet ve Toprak Sistemleri, Yazıt Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s. 2; BERKİ, Şakir, “Roma’da Aynı Haklar”, AÜHFD, Cilt 5, Sayı 1-4, s. 333; ETGÜ, Mehmet Akif, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, XII. Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 52; ÖKTEM, Niyazi / TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, Felsefe Sosyoloji Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 276; BULUT, Nihat, “Mülkiyet Konusunda Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2009, s. 17; CHALLAYE, Felicien, Mülkiyetin Tarihi (çev. Arif Kızımtuğ), Düşünen Adam Yayınları, Ocak 1994, s. 48; GÜRİZ, Mülkiyet, s. 32; FENDOĞLU, s. 148.

⁵ BULUT, s. 17; CHALLAYE, s. 48; ETGÜ, s. 52; FENDOĞLU, s. 148; GÜRİZ, Mülkiyet, s. 32; İMAMOĞLU, s. 2.

⁶ ETGÜ, s. 52-53; ÜNAL, s. 908-909.

⁷ GÜRİZ, Mülkiyet, s. 32; ETGÜ, s. 52-53.

⁸ GÜRİZ, Mülkiyet, s. 74.

⁹ AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Mimoza Yayınları, 4. Baskı, Konya 2012, s. 4; AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2009, s. 375; EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 6; ŞİMŞEK, Suat “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Karşılaştırmalı Bir Analiz Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, TBB Dergisi, 91. Sayı, Kasım-Aralık 2010, s. 186-187; TUĞRUL, Saim, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, Kazancı Kitap, İstanbul 2004, s. 61.

Mülkiyet hakkı; düşünce özgürlüğü ve eşitlik gibi doğuştan kazanılır¹⁰. Liberal anlayışa göre; mülkiyet hakkı sahibine sadece şeyi kullanma ondan yararlanma kısaca istediği gibi maddi ve hukuki tasarruflarda bulunma yetkisi verir, malikin mülkiyet hakkından kaynaklı herhangi bir ödevi (yükümlülüğü) söz konusu değildir¹¹.

Marksist Sistem, liberal görüşün tam aksine bireysel mülkiyete karşı çıkar. Bu sisteme göre üretim araçları üzerinde ferdin değil toplumun mülkiyeti olmalıdır¹². Zira bireysel mülkiyet sosyal ilişkilerde toplumu sınıflara ayırmakta, hem sınıfların hem de insanların birbirlerini sömürmesine neden olmaktadır¹³.

Sosyal mülkiyet anlayışına göre, malik mülkiyet hakkını kullanırken toplumun menfaatini gözetmek zorundadır. Yani mülkiyet hakkı liberal anlayışın kabul ettiği gibi sınırsız ve tekelci değildir. Malikin mülkiyet hakkından kaynaklı hak ve yetkilerinin yanında artık toplumun menfaatini gözetmek gibi bir de ödevi vardır¹⁴. Bu ödev mülkiyet hakkının kapsamı içinde yer almaktadır ve ona yabancı değildir¹⁵. Diğer taraftan sosyal mülkiyet anlayışı, Marksist anlayışın aksine ferdi mülkiyeti reddetmez. Ferdi mülkiyet vardır ancak sınırlıdır. Bu sınır toplumun, kamunun menfaatleridir.

C. Türk Hukuk Tarihinde Mülkiyet Hakkı

İslamiyet öncesi Türkler, Uygur Devleti'ne kadar konargöçer bir yaşam tarzı sürmüşlerdir. Yazın hayvanlarını otlattıkları yaylalara çıkan

¹⁰ ÖKTEM / TÜRKBAĞ, s. 284; BULUT, s. 21; EREN, Fikret, Anayasa ve Yeni Gelişmeler Işığında Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam, Medeni Kanun'un 50. Yılı, AÜHF Yay., Ankara 1976, s. 177.

¹¹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 129; ŞİMŞEK, s. 187; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 7; AYAN, s. 4.

¹² ÇAĞIL, Orhan Münir, "Marksizm ve Hürriyet", İÜHFD, Cilt 48, S. 1-4, 1982-1983, s. 196.

¹³ BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, 30. Bası, Ankara 2012, s. 210.

ÇAĞIL, s. 196; AYAN, s. 4; EREN, *Mülkiyet Hukuku*, s. 9; TUĞRUL, s. 62.

¹⁴ GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, 14. Baskı, Kasım 2013, s. 247; ÖRÜCÜ, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, İstanbul 1976, s. 15; EREN, *Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam*, s. 184-185; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 376-377; ÖKTEM / TÜRKBAĞ, s. 286; BULUT, s. 22; TUĞRUL, s. 63-64.

¹⁵ AYAN, s. 4.

Türkler, kışın barındıkları kışlaklara inmiştir¹⁶. Bu sebeple bir yandan göçebe yaşam tarzının sonucu olarak taşınır mülkiyeti diğer yandan ise kışın barındıkları kışlakların bulunduğu topraklar üzerinde taşınmaz mülkiyeti söz konusu olmuştur. Bununla beraber mülkiyet hakkı ilk başlarda soy mülkiyeti şeklindeyken ilerleyen dönemlerde aile mülkiyetine dönüşmüştür¹⁷. Uygur Devleti ile birlikte Türkler kente göçmüş tarıma, ticarete ağırlık vermiş ve dolayısıyla taşınmaz mülkiyeti daha çok önem kazanmıştır¹⁸.

Selçuklu Devleti ordu eksenli kimliğini ve sosyal yapısını, İslam devletlerinde uygulanmış olan ikta¹⁹ sistemine entegre etmiş ve “askeri ikta” olarak adlandırılan yeni bir mülkiyet kurumunun doğmasına vesile olmuştur²⁰. Askeri ikta; belirli toprak parçaları için devlete ödenecek olan vergilerin kısmen veya tamamen ordu mensuplarına hizmet karşılığı devredilmesidir²¹. Askeri iktaların yanında Selçuklu Devleti; İslam dininin önemle üzerinde durduğu özel mülkiyet konusuna temkinli yaklaşmış, özel mülkiyetin şartlı da olsa sürdürülmesine izin vermiştir²².

Osmanlı Devleti İslam coğrafyasında doğan ve Selçukluların da benimsediği ikta sistemini uygulamıştır. Ancak Osmanlı Devleti ikta sistemini kendinden önceki devletlerden farklı olarak kendi ilke ve anlayışıyla beslemiş ve dirlik (tımar) dediğimiz toprak sistemine dönüştürmüştür²³. Dirlik sisteminin iki vechesi vardır. Öncelikle devlet, sahibi olduğu miri arazilerin tasarrufunu belirli bir hizmet karşılığında devletin ileri gelenleri ve askerlerinden oluşan sipahilere devretmekte,

¹⁶ ETGÜ, s. 115.

¹⁷ ÜNAL, s. 910; TUĞRUL, s. 45-46.

¹⁸ Uygur Türklerinde taşınmaz satışını dolayısıyla taşınmaz mülkiyetini gösteren örnek bir belge için bkz., ÜÇÖK, Coşkun / MUMCU, Ahmet / BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2002, s. 33-34.

¹⁹ İkta sistemine göre devlet başkanı tasarrufu altındaki toprakların kullanımını, işletilmesini veya bunlardan elde edilecek faydaları belirli şartlar altında başkasına devretmektedir. İkta sistemi hakkında bkz., İMAMOĞLU, s. 110 vd..

²⁰ İMAMOĞLU, s. 162; ÇETİN, Kenan, Selçuklu Medeniyeti Tarihi, Yitik Hazine Yayınları, Ağustos 2011, s. 136; TURAN, Osman, Selçuklular ve İslamiyet, Ötüken Yayınları, İstanbul 2005, s. 84.

²¹ TUĞRUL, s. 46; ÇETİN, s. 136; İMAMOĞLU, s. 47.

²² ÇETİN, s. 136; TURAN, s. 94.

²³ ÜÇÖK / MUMCU / BOZKURT, s. 217.

daha sonra sipahiler ise bu toprakları belirli bedel ve vergi karşılığında işletmek üzere köylüye devretmektedir²⁴.

Osmanlı anayasal gelişmelerinde de mülkiyet hakkı ele alınmıştır. İlk Osmanlı Anayasası olan Kanun-u Esasi'de mülkiyet hakkı 21. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre ; *“Herkes usûlen mutasarrıf olduğu mal ve mülkten emindir. Menafi-i umûmiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanûnumûcibince değer bahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz”*. Maddede geçen *“mutasarrıf olduğu mal ve mülk”* ifadesiyle mülkiyet hakkı temel hak olarak tanınmış, *“emindir”* ifadesi ile ise bu hakkın her türlü müdahaleye karşı korunacağı hüküm altına alınmıştır.

II. MÜLKİYET KAVRAMI

Mülkiyet²⁵ kavramı Arapça kökenli “mülk” kelimesinden türetilmiştir. Mülk bir şeyin hüküm ile zaptı, saltanat, siyasi iktidar gibi anlamlara gelmektedir²⁶. Nitekim mülk gibi Arapça m-l-k kökünden

²⁴ BARKAN, Ömer Lütfi, Türkiye’de Toprak Meselesi Toplu Eserler Cilt 1, Gözlem Yayınları, İstanbul 1980, s. 805,874; İMAMOĞLU, s. 233; TUĞRUL, s. 49; ÜÇOK / MUMCU / BOZKURT, s. 218; Dirlik Sistemi ile feodal toprak düzeni birbirinden farklıdır. Bu farklılık doktrinde şu şekilde ortaya konulmaktadır: i) Feodal düzende senyör serf tarafında işlenen toprağın malikidir. Dirlik sisteminde ise sipahi toprağın maliki değildir. Toprağın çıplak mülkiyeti devlete ait olmakla beraber, köylü toprağa istediği şekilde tasarruf edebilir. Dirlik sistemindeki köylünün sahip olduğu hak ve yetkiler feodal düzendeki serflere nazaran oldukça geniştir. ii) Feodal düzende senyör hem toprağın hem de çalışan serfin sahibidir. Senyörlerin serfler üzerinde oldukça geniş hak ve yetkileri vardır. Serflerin hak ve yetkileri sınırlıdır. Dirlik sisteminde ise sipahilerin köylü üzerinde herhangi bir kazai veya idari yetkisi yoktur. Her ikisi de devletin koyduğu kurallara bağlıdır. iii) Feodal düzende serf, senyörün emir ve yasaklarına uymak zorundadır. Serfin toprağı işlemek dışında bir takım hak ve yükümlülükleri de vardır. Ancak dirlik sisteminde köylünün görevi her yıl belirli oranda vergi ödemek ve toprağı boş bırakmaktır. Devlet her daim sipahileri kontrol altında tutmuş böylece sipahilerin sahip olduğu yetkileri kötüye kullanması engellenmiştir. Bu konu hakkında bkz. FENDOĞLU, s. 172; BARKAN, s. 873-895.

²⁵ Türk Dil Kurumu Sözlüğünde mülkiyet; “sahiplik” olarak tanımlanmıştır. Bkz. www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 07.05.2014; Hukuk sözlüğünde ise “iyelik; maliklik; kişinin bir mal üzerindeki egemenliği” olarak tanımlanmıştır. YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2004, s. 869.

²⁶ DEMİR, Fahri, İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 5. Baskı 2012, s. 118 dn. 6; KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli

türeyen melik, malik, meleke ifadeleri de güç kuvvet anlamlarını ihtiva etmektedir²⁷. Kelimenin kökeni noktasında verilen bu kısa bilgi mülkiyet kavramının hâkimiyet (egemenlik) ile sıkı bir ilişki içinde olduğunu göstermektedir²⁸.

Mülkiyet kavramından ne anlaşılması gerektiği hiçbir zaman tam olarak saptanamamış, kavramın genel bir tanımı yapılamamıştır. Nedeni ise mülkiyet kavramının statik ve soyut olmamasından ileri gelmektedir²⁹. Bunun yanında mülkiyet kavramı sadece hukukun inceleme alanına indirgenemez. Mülkiyet aynı zamanda iktisadın, felsefenin ve siyasetin de konusudur³⁰. Dolayısıyla mülkiyet var olduğu toplumun ahlaki, iktisadi ve sosyal olgularından etkilenen çok yönlü bir kavramdır³¹.

Tanımını yapmak güç olsa da mülkiyet; malik (sahip) ile şey (nesne,mal) arasındaki ilişki olarak ifade edilebilir³². Dolayısıyla mülkiyetin; malik, şey ve ilişki olmak üzere üç unsurdan oluştuğunu söyleyebiliriz.

III. MÜLKİYET HAKKI

A. Genel Olarak

Hak kavramı hukuk sözlüğünde, “hukuken korunan menfaat”, “davranış özgürlüğü”, “sahiplik ileri sürebilme”, “yasaca tanınan ayrıcalık”, anlamlarına gelmektedir³³. Doktrinde ise hak kavramı, kişilere pozitif hukuk düzeni tarafından tanınan korunan yetki ve menfaatler olarak

İslam Hukuku Cilt 3, İz Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 36; FENDOĞLU, s. 143; ÖKTEM / TÜRKBAĞ, s. 270.

²⁷ Aynı şekilde Yunanca 'da mülkiyeti ifade etmek üzere kullanılan “kyriotes” ile Latince’de kullanılan “dominium” ve “propreitas” ifadeleri de yönetmek, sahiplik, efendi anlamlarına gelmektedir. Bkz., İMAMOĞLU, s. 1; İngilizce’de mülkiyet anlamına gelen “property” ile Fransızca’daki “propriete” kelimeleri Latince “properitas” ifadesinden türemiştir.

²⁸ GÜRİZ, *Mülkiyet*, s. XII; ÖKTEM / TÜRKBAĞ, s. 270.

²⁹ SEROZAN, Rona “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 240.

³⁰ CHALLAYE, s. 9; EREN, Fikret, “Mülkiyet Kavramı”, A. Recai Seçkin’e Armağan, AÜHF Yay., s. 766; ÖZEL, Sadullah, *Mülkiyet, Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 25.

³¹ EREN, *Mülkiyet Kavramı*, s. 765-766; COŞAR, V. Ahsen, “Mülkiyet Kavramı ve Çeşitleri”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1985, s. 504-505.

³² ÖRÜCÜ, s. 6; FENDOĞLU, s. 143.

³³ YILMAZ, *Sözlük*, s. 438.

tanımlanmıştır³⁴. Dolayısıyla mülkiyet hakkı kısaca “*mülkiyet ilişkisinden kaynaklanan yetki ve menfaatlerin hukuk düzeni tarafından tanınıp korunmasıdır*” şeklinde ifade edilebilir.

Mülkiyet hakkı her şeyden önce bir temel haktır. Temel haklar ve özgürlükler; pozitif hukuk düzeni tarafından tanınmış ve güvence altına alınmış, devletin koruyup geliştirmekle yükümlü olduğu insan hakları olarak tanımlanmaktadır³⁵. Nitekim 1982 Anayasasının 2. ve 14. maddeleri Cumhuriyeti nitelerken “insan haklarına saygılı” ve “insan haklarına dayanan” ifadelerini kullanmış, devletin güvence altına aldığı ve geliştirmekle yükümlü olduğu hakları ise “temel hak ve ödevler” başlığı altında tek tek saymıştır³⁶. Mülkiyet hakkı da anayasamızın 35. maddesinde “Temel Hak ve Ödevler” başlığı altında, “Kişinin Hak ve Ödevleri” arasında bir temel hak olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde birçok insan hakları belgesinde ve ülke anayasalarında mülkiyet hakkı temel bir insan hakkı olarak kendisine yer bulmuştur³⁷. Temel hak olması mülkiyet hakkını hiç şüphesiz kamu hukukunun konusu haline getirmektedir³⁸.

Diğer taraftan mülkiyet hakkı aynı bir haktır. Eşya hukukunda, eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilen haklara mutlak hak denilmektedir³⁹. Eşya (maddi mallar) üzerinde tesis edilen mutlak haklara ise aynı haklar denilmektedir. Diğer bir ifadeyle aynı haklar eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet

³⁴ GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, 12. Baskı, Ankara 2009, s. 49; AYBAY, Aydın / AYBAY, Rona, Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, Eylül 2012, s. 161; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 4; BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, 30. Bası, Ankara 2012, s. 210.

³⁵ EREN, Abdurrahman, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması, Turhan Kitabevi, Ocak 2007, s. 31; ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 10. Baskı, s. 166; DOĞAN, İlyas, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2013, s. 40.

³⁶ EREN, *İnsan Hakları*, s. 31.

³⁷ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 396; BAŞPINAR, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 58.

³⁸ ÖZEL, s. 25-26.

³⁹ ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 9. Baskı, Eylül 2011, s. 3.

sağlayan mutlak haklardır⁴⁰. Mülkiyet hakkının konusu Medeni Hukuk'a (Eşya Hukuku) göre eşya (maddi mallar) olduğundan ve bu eşya üzerinde mutlak hâkimiyet sağladığından mülkiyet hakkı da bir aynı hak olarak nitelendirilmektedir⁴¹. Aynı hak olması mülkiyet hakkını kamu hukukunun yanında özel hukukun da konusu haline getirmektedir⁴².

B. Mülkiyet Hakkının Muhtevası, Konusu ve Tanımı

1. Mülkiyet Hakkının Muhtevası

Mülkiyet hakkının muhtevasından kasıt mülkiyet hakkından doğan hak ve yetkiler ile ödevlerdir. Mülkiyet hakkının malike tanıdığı hak ve yetkiler ile ödevleri Türk Medeni Kanunu ile Anayasanın çizdiği kabul edilmektedir⁴³.

Genel olarak mülkiyet hakkı malike üç temel yetki verir. Roma Hukuku tarafından kavramsallaştırılıp⁴⁴, günümüze kadar gelen bu yetkiler; kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarruf (abusus) yetkileridir⁴⁵. Mülkiyet hakkının malike tanıdığı bu yetkilere mülkiyet hakkının *olumlu yönü* denilmektedir⁴⁶. Aynı yetkileri mülkiyet hakkını düzenleyen Türk Medeni Kanunu da benimsemiştir. TMK'nın "Mülkiyet hakkının içeriği" kenar başlıklı 683. maddenin birinci fıkrası: "*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği*

⁴⁰ OĞUZMAN, Kemal / ÖZER, Seliçi / ÖZDEMİR, Saibe Oktay, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 4; ERTAŞ, Eşya Hukuku, s. 3; AYAN, s. 3.

⁴¹ AKİPEK / AKINTÜRK, s. 383.

⁴² AKİPEK ve AKINTÜRK, mülkiyet hakkını kamu ve özel hukuk karakterlerini kendinde toplayan özel mahiyette bir aynı hak olarak nitelendirmiştir. Bkz. AKİPEK / AKINTÜRK, s. 383; Aynı yönde bkz. ÖRÜCÜ, s. 26-27; ZEVKLİLER, Aydın, "Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler", Bülent Nuri Esen'e Armağan, AÜHF Yay., Ankara 1977, s. 599.

⁴³ AKİPEK / AKINTÜRK, s. 379.

⁴⁴ ETGÜ, s. 17.

⁴⁵ ERTAŞ, Eşya Hukuku, s. 206; AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 122; ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2008, s. 157.

⁴⁶ EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 16; Mülkiyet hakkının olumlu yönünü doktrinde farklı şekillerde isimlendirenler de vardır. "Mülkiyet hakkının iç içeriği" kavramı için bkz. AKİPEK / AKINTÜRK, s. 380; "Malikin aktif yetkileri" kavramı için bkz. ERTAŞ, Eşya Hukuku, s. 206; Aynı şekilde OĞUZMAN / SELİCİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 278.

gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Malikin bu yetkilerinin yanında bir de üçüncü kişilerden eşya üzerindeki hak ve yetkilerinin ihlal edilmemesini, ihlal edenlerin durdurulmasını ve zarar oluşmuşsa bunun tazminini talep etme hakkı vardır⁴⁷. Nitekim 683. maddenin ikinci fıkrası bu talep etme hakkını; “*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.*” şeklinde düzenlenmektedir.

Mülkiyet hakkının malike tanıdığı bu yetkiler yanında bir de malike yüklenen ödevler söz konusudur. Bu ödevler malikin komşulara ve topluma karşı ödevlerdir⁴⁸. Bunlar doktrinde katlanma, yapma ve kaçınma şeklinde üçe ayrılmaktadır⁴⁹. Katlanma ödevi, mülkiyet hakkına yapılan müdahalelere malikin tahammül etme yükümlülüğüdür⁵⁰. Yapma ödevi malikin bazı davranışlarda bulunma, bazı edimleri yerine getirme yükümlüğünü ifade etmektedir⁵¹. Kaçınma ödevi ise malikin, hukuk düzeninin kendisine çizdiği sınırdan ayrılmadan mülkiyet hakkını kullanmasıdır⁵².

Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının muhtevası noktasında TMK mad. 683’teki düzenlemeyi esas almıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre mülkiyet hakkı sahibine şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarruf imkânı vermektedir⁵³.

⁴⁷ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 280; SEROZAN, s. 245-246; AYAN, s. 6; ERTAŞ, *Eşya Hukuku*, s. 207-208; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 381.

⁴⁸ EREN, *Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam*, s. 186.

⁴⁹ EREN, *Mülkiyet Hukuku*, s. 18; AYAN, s. 7; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 382-383.

⁵⁰ AKİPEK / AKINTÜRK, s. 382; EREN, *Mülkiyet Hukuku*, s. 19.

⁵¹ EREN, *Mülkiyet Hukuku*, s. 20.

⁵² EREN, *Mülkiyet Hukuku*, s. 18.

⁵³ Anayasa Mahkemesi 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının (3) numaralı bendinin ikinci cümlesinin Anayasa aykırılığı gerekçesiyle açılan iptal davasında mülkiyet hakkının muhtevası noktasında; “*Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren temel bir haktır.*” ifadelerini kullanmıştır., Any. Mahk. Esas Sayısı: 2013/108, Karar Sayısı: 2014/15, *AMKBB*, Karar Tarihi: 29.01.2014; Anayasa mahkemesi, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 713. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "yirmi yıl önce ölmüş" ibaresinin iptali için açılan bir başka davada ise mülkiyet

Kanaatimizce mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı yetki ve ödevleri Medeni Kanunun benimsediği gibi sadece kullanma, yararlanma ve tasarruf olarak sınıflamak ve sınırlamak, mülkiyet hakkının toplumsal ve siyasi yapıyla ilişkili dinamik ve her geçen gün genişleyen yapısı ile bağdaşmayacak⁵⁴, sermaye araçlarının artması ile ticari hayatın karmaşık yapısı karşısında mülkiyet hakkının kapsamını oldukça daraltacaktır⁵⁵. Aynı şekilde mülkiyet hakkına konu şeye göre de mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı hak ve ödevler farklılık arz edecektir⁵⁶. Dolayısıyla mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetki ve ödevleri tek tek saymak mümkün değildir⁵⁷. Öyle ki doktrinde kimi yazarlar mülkiyet hakkının muhtevasına ilişkin kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini yeterli bulmayarak sayıyı arttırmış ve malikin daha fazla hak ve yetkilere sahip

hakkının menfi yönünü; “... mülkiyet hakkı, sahibine mülkiyete yapılacak saldırıları önleme ve temin etme hakkı sağladığı” ifadeleriyle vurgulamıştır., Any. Mahk. Esas Sayısı: 2009/58, Karar Sayısı: 2011/52, *AMKBB*, Karar Tarihi: 17.03.2011; Anayasa Mahkemesi başka bir kararında doktrinde tartışmalı olan malikin malı yok etme yetkisini tasarruf yetkisi içerisinde sayarak, mülkiyet hakkının olumlu yönüne dâhil etmiştir. Anayasa Mahkemesi 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 13. maddesinin üçüncü fıkrasının anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davada; “... mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hattâ yok etme) yetkilerini anlatır” ifadelerini kullanmıştır., Any. Mahk. Esas Sayısı: 1988/34, Karar Sayısı: 1989/26, *AMKBB*, Karar Tarihi: 21.06.1989.

⁵⁴ ÖZEL, s. 26.

⁵⁵ ŞİMŞEK s. 191; GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, s. 183; ÖZEL, mülkiyet hakkının malike sunduğu hakların (yetkilerin) sınırlı bir şekilde sayılamayacağı gerçeği ile birlikte kamusal bir sınırlama olmadıkça malikin malı kullanmama, yararlanmama ve tasarrufta bulunmama yetkilerinin de olduğunu söylemiştir. Bkz. ÖZEL, s. 34-35; ERTAŞ, Medeni Kanun'da mülkiyet hakkının muhtevasına ilişkin düzenlemeyi “mülkiyet hakkının dar anlamı” olarak vasıflandırmaktadır. Bkz. ERTAŞ, Şeref, “Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu”, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yıl Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum (editörler: A. Lale Sirmen, Çiğdem Kırca, Vedat Buz), AÜHFY, s. 136.

⁵⁶ Fikir ve Sanat Eserlerini konu alan mülkiyet hakkının muhtevasının tespitinde Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanunu'nun, alacak hakları konu alan mülkiyet hakkının muhtevasının tespitinde ise Borçlar Kanunu dikkate alınmalıdır. ŞİMŞEK s. 191.

⁵⁷ EREN, *Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam*, s. 188.

olduğunu belirtmiştir⁵⁸. Bunun yanında modern mülkiyet anlayışının sonucu olarak mülkiyet hakkı malike bir takım ödevler de yüklemektedir. Kanaatimizde mülkiyet hakkının muhtevası; doktrin ve Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği gibi sadece Medeni Kanun'da belirtilen (üzerine eklense dahi) hak ve yetkilerden müteşekkil değil ve ancak onu da içine alan ayrıca hukuk düzenin öngördüğü yükümlülükleri de (ödevleri) ihtiva eden geniş bir hâkimiyet yetkisi olarak anlaşılmalıdır. Mülkiyet hakkının elastiki yapısına⁵⁹ en uygun yaklaşım bu olacaktır.

2. Mülkiyet Hakkının Konusu

Mülkiyet hakkının konusundan kasıt mülkiyet hakkının ne tür varlıklar (şey, nesne, mal) üzerinde hâkimiyet yetkisi sağladığıdır. Mülkiyet hakkının konusunun tarihi seyrine baktığımızda taşınır mallardan taşınmaz mallara doğru bir evrim söz konusudur⁶⁰. Bugün genel olarak mülkiyet hakkının taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde hâkimiyet yetkisi sağladığı kabul edilmektedir. Ancak gayri maddi malların (fikir ve sanat eserleri, patent hakkı vb.) mülkiyet hakkına konu olup olmayacağı tartışmalıdır.

Nitekim doktrinde bu konuyla ilgili olarak iki farklı görüş yer almaktadır. Hâkim olan birinci görüşe göre, mülkiyet hakkının konusunu taşınır ve taşınmaz şeklindeki maddi mallar yani eşyalar oluşturur⁶¹. Diğer bir görüş ise, mülkiyet hakkının konusunu geniş tutmuştur. Bu görüşe göre mülkiyet hakkı sadece taşınır ve taşınmaz malları yani (maddi şeyleri) konu almaz. Maddi şeyler ile birlikte patent hakları, marka üzerindeki haklar, alacak hakları gibi gayri maddi haklar da mülkiyet hakkına konu olur⁶².

⁵⁸ Örneğin, ÖRÜCÜ, mülkiyet hakkının klasik üçlü ayırmadan (kullanma, yararlanma ve tasarruf) oluşan muhtevasına ek olarak elde bulundurma, maddi ve hukuki işlemlere konu yapabilme ve elden çıkarabilme yetkilerini de eklemiştir. Bkz. ÖRÜCÜ, s. 6.

⁵⁹ EREN, *Mülkiyet Hukuku*, s. 20.

⁶⁰ ÖRÜCÜ, s. 5.

⁶¹ AKİPEK / AKINTÜRK, s. 384; EREN, *Mülkiyet Hukuku*, s. 51; AYAN, s. 9; ERTAŞ, *Eşya Hukuku*, s. 211; BİLGE, s. 130-131.

⁶² BAŞPINAR, s. 105; ŞİMŞEK s. 108; TİRYAKİ, Refik, *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları*, Ankara 2008, s. 69; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan eser ve eser sahibi arasındaki ilişkinin mülkiyet hakkı kapsamında olduğu yönünde bkz. DİNÇ, Güney, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, Türkiye Barolar Birliği, Mayıs 2007, s. 7; Günümüz mülkiyet yaklaşımında "şey" ifadesi yerine

Anayasa Mahkemesi'nin mülkiyet hakkının konusu ile ilgili olarak 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında 36. maddede düzenlenen mülkiyet hakkının konusunu taşınır ve taşınmaz olarak tespit etmiş, buna karşın patent hakkı, alacak hakkı gibi gayri maddi hak ve malların mülkiyet hakkının konusu olarak korunamayacağı değerlendirilmesinde bulunmuştur⁶³.

Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının konusunu sadece maddi mallar olarak gören bu yaklaşımını daha sonraki yıllarda terk etmiş,

“değer” ifadesini kullanma eğilimi olduğu yönünde bkz. GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, s. 184; AKILLIOĞLU, mülkiyet hakkının sadece maddi malları konu almadığını “mülkiyet kavramı bütün kavramları yutacak kadar geniştir” ifadesiyle dile getirmektedir. Bkz. AKILLIOĞLU, Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, İÜİHD, C. 5, S. 2, 2012, s. 12.

⁶³ Bahse konu kararda Anayasa Mahkemesi; “... Bu sebeple Anayasa'nın metni ve bu metni kabul eden Meclisin açık olan ereği karşısında, Anayasa'daki mülkiyet hakkı teriminin, niteliği ve kapsamı bakımından, Medenî Kanunumuzdakinden daha geniş düşünüldüğü ve kişinin bütün mali haklarını içine aldığı sonucuna varılması mümkün değildir. Anayasa'daki (Mülkiyet hakkı) kavramının mamelek kavramı ile eşit anlamda olduğunu kabul etmek ve çeşitli hakları ihtiva eden bir küll olarak görmek müsbet hukuk kurallarımıza uygun bir görüş olmaz. Medenî Kanunumuza göre, mülkiyet hakkının konusunu maddî şeyler teşkil etmekte, mamelek içindeki diğer haklar mülkiyet hakkı sayılmamakta ve kanunlarda bunlardan, haklar ve alacaklar diye bahsedilmektedir. Hattâ maddî eşya üzerinde kurulan ve bu itibarla mülkiyet hakkını etkileyen ve böylece Anayasa'nın 36. maddesinin kapsamı içinde bulunan bir kısım haklar bile doğrudan doğruya "mülkiyet" hakkı sayılmayarak, "mülkiyetin gayri aynı haklar" adı ile nitelendirilmektedir.” ifadelerini kullanmıştır. Any. Mahk. Esas Sayısı: 1967/10, Karar Sayısı: 1967/49, AMKBB, Karar Tarihi: 28.12.1967; Buna karşın karşı oy yazısında mülkiyet hakkının konusunun sadece taşınır ve taşınmaz olarak belirlenemeyeceği belirtilmiştir; “Anayasa'mızın 36. maddesinin kabulüne ilişkin hazırlık çalışmaları, mülkiyet kavramının hemen hemen hiç tartışılmadığı ve böylece Anayasa'yı yapanların yalnızca Medenî Yasa'daki taşınmaz mallar ve taşınabilir mallar üzerindeki mülkiyet hakkını göz önünde tutarak hükümler koyduğu görüşü benimsenebilir; ancak bu durum, hiçbir zaman buradaki mülkiyet hakkına ilişkin güvencenin kapsamına bu haklar Anayasa'da başkaca bir hükme bağlanmış değilse, mamelekteki öbür hakların dahi girmesi gerektiği yollu bir yoruma gitmekten bizi alıkoyamaz... çünkü, hukuk ve özellikle Anayasa hukuku, esnek bir anlayışla hukukî ve sosyal gerekleri ve istekleri karşılamak ereğini güder. Bunun tersinin düşünülmesi toplumun ihtiyaçları karşılamak üzere kurulmuş bulunan hukuk düzeninin bu ihtiyaçlara elvermemesi ve belli bir alanda toplumu ya baskı altında tutması veya başıboş bırakması gibi ağır ve hukuk düzeninin kuruluş amacıyla çelişen bozukluklara yol açar; böyle bir sonuç ise hiçbir nedenle benimsenemez.”

mülkiyet hakkının konusuna maddi mallar kadar gayri maddi mal ve hakların da gireceğini kabul etmiştir⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi aşağıda isimlerini saydığımız kararlarında gayri maddi mal ve hakları mülkiyet hakkının konusu olarak ele almıştır:

- Marka üzerindeki hakkın mülkiyet hakkının konusu olduğu yönündeki kararı⁶⁵.
- Sinema eserleri üzerindeki fikri hakkın mülkiyet hakkı kapsamında olduğu yönündeki kararı⁶⁶.
- Alacak hakkının mülkiyet hakkının kapsamında olduğu ve ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi yönündeki kararı⁶⁷.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci tuncesinin, Anayasanın 2. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla açılan bir iptal davasında, fikri ve sınai hakların da mülkiyet hakkının konusuna gireceğini "*Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında yer almaktadır*" ifadeleriyle kabul etmiş ve bu bağlamda marka üzerindeki hakkın da mülkiyet hakkının konusu olduğunu belirtmiştir. Any. Mahk. Esas Sayısı: 2004/81, Karar Sayısı: 2008/48, AMKBB, Karar Tarihi: 31.01.2008.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi marka üzerindeki hakkın mülkiyet hakkının konusuna girip girmeyeceğini şöyle ifade etmektedir: "Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında yer almaktadır... Bir markanın sahibine sağladığı haklar, "marka hakkı" olarak adlandırılmakta ve fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle marka hakkı üzerinde yapılacak sınırlandırmalarda, Anayasanın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinin esas alınması gerekmekte ve marka hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi mümkün bulunmaktadır." Karar için bkz. Any. Mahk. Esas Sayısı: 2004/3, Karar Sayısı: 2008/47, AMKBB, Karar Tarihi: 31.01.2008.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi mülkiyet kararında hakkının konusu ile ilgili olarak "*mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında yer almaktadır.*" ifadelerini kullanmış sonrasında ise "*sinema eserleri üzerindeki fikri haklar da mülkiyet hakkı kapsamındadır*" demiştir. Bkz. Any. Mahk. Esas Sayısı: 2010/73, Karar Sayısı: 2011/176, AMKBB, Karar Tarihi: 29.12.2011.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi kararında alacak hakkının mülkiyet hakkının konusuna girdiğini şu ifadelerle ortaya koymuştur: "*Mülkiyet hakkı sınırsız olmayıp, kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilen bir haktır. Bu bağlamda, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan alacak haklarının da kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi açıktır.*" Bkz. Any.

- 3417 sayılı kanun uyarınca çalışanların aylık ve ücretleri üzerinden kesilip Tasarrufu Teşvik Hesabında toplanan tasarruf tutarları üzerinde kişilerin mülkiyet hakkı olduğu yönündeki kararı⁶⁸.

Anayasa Mahkemesine göre mülkiyet hakkının konusu ikiye ayrılmaktadır. Bunlar; maddi mallar ve gayri maddi mallar. Maddi mallar; taşınır ve taşınmaz mallardan ibarettir. Gayri maddi mallar ise, sinema filmleri üzerindeki haklar, patent hakları gibi fikri ve sınai haklar ile alacak haklarıdır. Böylece Anayasa Mahkemesi doktrinde hâkim görüşten farklı olarak, mülkiyet hakkının konusunu Anayasaya uygun olarak oldukça geniş yorumlamıştır.

Mülkiyet hakkının konusu doktrinde Medeni Hukuka (eşya hukuku) göre tayin edilmiştir. Buna göre mülkiyet hakkının konusu sadece taşınır ve taşınmazlardır. Oysa 19. yüzyıldan itibaren sanayinin ve teknolojinin gelişmesiyle Anglo-Amerikan anlayışına yaklaşır bir şekilde günümüz toplumlarında mülkiyet hakkı gayri maddi hakları da konu almaktadır⁶⁹. Aynı şekilde 1982 Anayasasının 35. maddesinin gerekçesinde mülkiyet hakkının sadece taşınır ve taşınmaz malları değil para ile değerlendirilebilen hakları da konu alacağı belirtilmiştir⁷⁰. Muhtevasını değerlendirirken zikrettiğimiz gibi mülkiyet hakkı değişime açık, homojen bir haktır. Toplumun değer yargılarından, hukuki, siyasi, sosyolojik faktörlerden etkilenir. Dolayısıyla 1982 Anayasası'nın (gerekçesinin) mülkiyet hakkının konusu noktasındaki yaklaşımı yerindedir. Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Her ne kadar 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında mülkiyet hakkının konusunu sadece taşınır ve taşınmazlar olarak görse de, daha sonra bu karardan dönerek mülkiyet hakkını gayri maddi hakları da kapsayan bir hak olarak telakki etmiştir. Sonuç olarak hem 1982

Mahk. Esas Sayısı: 2005/138, Karar Sayısı: 2008/124, *AMKBB*, Karar Tarihi: 19.06.2008.

⁶⁸ Any. Mahk. Esas Sayısı: 1997/59, Karar Sayısı: 1998/71, *AMKBB*, Karar Tarihi: 18.11.1998; Anayasa Mahkemesinin aynı yönde bir başka kararı için bkz. Any. Mahk. Esas Sayısı: 2000/42, Karar Sayısı: 2001/361, *AMKBB*, Karar Tarihi: 10.12.2001.

⁶⁹ ÖRÜCÜ, s. 5; GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, s. 183-184.

⁷⁰ Anayasa garantisine hem taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde mülkiyet hem de maddi ve gayri maddi mallar üzerindeki diğer mutlak haklar girmektedir. EREN, *Mülkiyet Hukuku*, s. 11.

Anayasası'nın madde gerekçesinden, hem Anayasa Mahkemesi kararlarından hem de mülkiyet hakkının elastiki yapısından dolayı mülkiyet hakkının konusunu taşınır ve taşınmaz mallar ile iktisadi değeri olan her türlü gayri maddi mal ve hak olarak tespit etmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

3. Mülkiyet Hakkının Tanımı

Mülkiyet hakkının muhtevasını ve konusunu açıklarken de belirttiğimiz gibi mülkiyet hakkı sürekli değişen ve gelişen bir haktır. Diğer taraftan, mülkiyet hakkı, hukuki olduğu kadar iktisadi, siyasi ve felsefi bir kavramdır⁷¹. Hukuk bilimi içerisinde ise anayasa hukuku, medeni hukuk, borçlar hukuku, idare hukuku gibi farklı hukuk dallarının inceleme alanındadır⁷². Tüm bu sebeplerden dolayı genel geçer, kapsayıcı bir mülkiyet hakkı tanımı yapmak neredeyse imkânsızdır.

1961 ve 1982 Anayasalarında mülkiyet hakkı düzenlenmiş ancak herhangi bir tanım yapılmamıştır. Aynı şekilde Türk Medeni Kanunu mad.683'te mülkiyet hakkının tanımı yapılmamış sadece Medeni Hukuk açısından içeriği düzenlenmiştir⁷³. Bu maddeye göre mülkiyet hakkı malike şey üzerinde dilediği gibi yararlanma, kullanma ve tasarrufta bulunma hakkı vermektedir.

Buna rağmen doktrinde bir takım tanımlar yapılmıştır. Bunlardan bir kaçışu şekildedir:

OGUZMAN, SELİÇİ ve OKTAY ÖZDEMİR'e göre mülkiyet hakkı, *"eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan aynı haktır"*⁷⁴.

EREN'e göre mülkiyet hakkı, *"içerdiği yetkiler itibariyle bazen kısmen sınırlandırılmış olsa bile, yine de hukuk düzeninin eşya üzerinde kurulmasına izin verdiği en geniş, en kapsamlı, en mutlak bir hâkimiyet hakkıdır"*⁷⁵.

TUĞRUL'a göre mülkiyet hakkı, *"bir kimsenin başkasının hakkına ve toplum yararına zarar vermeden, Anayasa ve yasaların getirdiği"*

⁷¹ TİRYAKI, s. 66; BAŞPINAR, s. 87.

⁷² ÖZEL, s. 25.

⁷³ Mevzuatta mülkiyet hakkı ile ilgili olarak herhangi bir tanımın yer almamasına gerekçe olarak eksik bir tanımın yaratacağı boşluklar ve bu boşlukların doğuracağı sıkıntılar gösterilmektedir. COŞAR, s. 504.

⁷⁴ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 278.

⁷⁵ EREN, *Mülkiyet Hukuku*, s. 4.

*esaslara uymak koşuluyla, kendisine ait olan bir şeyi dilediği gibi kullanma, kendisinden ve ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme ve olan müdahaleleri önleme ve defetme yetkilerini kapsayan en geniş ayni haktır*⁷⁶.

ETGÜ'ye göre ise mülkiyet hakkı, *“insan toplumunun ortaya çıkmasından itibaren var olan, toplum yaşamında kimin neye sahip olacağını ve nasıl kullanacağını belirten, bir otorite ile desteklenen, bünyesinde yetkiler yanında ödevleri de barındıran eşya üzerinde kurulması mümkün en geniş kapsamlı ayni haktır*⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkını tanımlamıştır. Mahkeme 1966 yılında vermiş olduğu bir kararda mülkiyet hakkını; *“bir kimsenin başkasının hakkına zarar vermemek, kanunların koyduğu kayıtlamalara da uymak şartı ile bir şey üzerinde dilediği şekilde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (Başkasına devretme, şeklini değiştirme ve istihlak etme, hatta tahrip etme) yetkilerini ifade eder”* şeklinde tanımlamıştır⁷⁸.

Doktrinin ve Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkı ile ilgili tanımlarına bakıldığında *şey, ayni hak, kullanma, yararlanma ve tasarruf* gibi Medeni Hukuk (Eşya Hukuku) kavramlarının kullanıldığı, mülkiyet hakkının sadece Medeni Hukuk'a (Eşya Hukuku) göre ele alınıp tanımlandığı görülmektedir. Şunu belirtmeliyiz ki mülkiyet hakkı sadece Özel Hukuk (Medeni Hukuk) yönüyle ele alınmamalı, kamu hukukuyla beraber bir bütün olarak incelenmelidir⁷⁹. ZEVKLİLER'in mülkiyet hakkı konusunda dediği gibi *“sadece medeni hukuka bağlı kalınarak sağlıklı sonuca ulaşılamaz*⁸⁰.

Yukarıda belirttiğimiz sebeplere binaen mülkiyet hakkının Medeni Hukuk (Eşya Hukuku) kapsamında *“ayni hak”* olarak ele alınmasından ziyade Anayasa Hukuku kapsamında bir *“temel hak”* olarak

⁷⁶ TUĞRUL, s. 7.

⁷⁷ ETGÜ, s. 21.

⁷⁸ Any. Mahk. Esas Sayısı: 1963/156, Karar Sayısı: 1966/34, AMKBB, Karar Tarihi: 20.09.1966.

⁷⁹ ZEVKLİLER, s. 599; EREN, *Mülkiyet Hukuku*, s. 12.

⁸⁰ ZEVKLİLER, s. 600.

değerlendirilmesinin hem kapsayıcılığı hem de esnek yapısı açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz⁸¹.

Yukarıdaki açıklamaların akabinde biz mülkiyet hakkını; “*Malike maddi ve gayri maddi şey üzerinde en geniş anlamda hâkimiyet kurma imkânı veren, bünyesinde hak ve yetkilerle birlikte ödevler de barındıran, İnsan Hakları Belgeleri ve Anayasalarda ihdas edilerek hukuk düzenleri tarafından tanınan ve korunan, siyasi, sosyal, hukuki, ahlaki birçok faktörden etkilenerek sürekli değişen ve gelişen temel bir haktır.*” şeklinde tanımlıyoruz.

IV. 1961 ve 1982 ANAYASALARINDA MÜLKİYET HAKKININ DÜZENLENİŞİ

A. 1961 Anayasası’nda Mülkiyet Hakkı

1961 Anayasası’nda mülkiyet hakkı Sosyal ve İktisadi Haklar bölümünde “*mülkiyet hakkı*” kenar başlığı ile 36. maddede 3 fıkra halinde düzenlenmiştir. Madde metnine göre; “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*”

Maddenin ilk fıkrasına göre herkes mülkiyet hakkına sahiptir. Diğer bir ifadeyle 1961 Anayasası’nda mülkiyet hakkının öznesi “*herkes*”tir⁸².

⁸¹ Aynı yönde bkz. ÖZEL, s. 33; ZEVKLİLER ise mülkiyet hakkını özel hukuk yönüyle bir hak olarak değil muhtevasında çeşitli haklar, yetkiler ve ödevler barındıran bir hukuki kurum, bir hukuki statü olarak ele alınmasının daha uygun olacağını düşünmektedir. Bkz. ZEVKLİLER, s. 585 vd.; Doktrinde kimi yazarlar mülkiyet hakkını “anayasa hukuku anlamında mülkiyet” ve “özel hukuk anlamında mülkiyet” şeklinde ikili bir ayrım ile incelemektedir. Buna göre mülkiyet hakkının muhtevasında hak ve yetkilerle birlikte ödevler de barındıran, sadece taşınır ve taşınmazları değil maddi-gayri maddi tüm malvarlıklarını konu alan mülkiyet hakkı “anayasa hukuku anlamında mülkiyet hakkı”nı, buna karşın sadece taşınır ve taşınmazları konu alan ve bunlar üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisi veren mülkiyet hakkı ise “özel hukuk anlamında mülkiyet hakkı”nı ifade etmektedir (Bu konuda bkz. TİRYAKİ, s. 66-74). Bu ayrım doktrinde özellikle BAŞPINAR tarafından, hukukun bütünlüğü ilkesine aykırı olduğu ve bu ayrım ile mülkiyet hakkının bünyesine yeni ve pek çok ödev katılmak istendiği gerekçesiyle eleştirilmektedir (Bkz. BAŞPINAR, s. 102-103). Her ne kadar BAŞPINAR’ın belirttiği eleştiri ve gerekçeler haklı olsa da, mülkiyet hakkının çok yönlü yapısını açıklaması adına teorik açıdan bu tarz ayrımların faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

⁸² TUĞRUL, s. 68.

Böylece milliyetçi söylemden uzak kapsayıcı bir hüküm ihdas edilmiştir. Ancak burada mutlak bir eşitlikten söz etmek mümkün değildir. Zira 13. maddede temel hak ve hürriyetlerin yabancılar açısından milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilceği hüküm altına alınmıştır⁸³.

1961 Anayasası'nda mülkiyet hakkının nasıl ve ne şekilde sınırlandırılacağı 36. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir; “*Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir*”. Bu fıkraya göre mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla ancak kanunla sınırlanabilecektir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise “*Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*” ifadesiyle mülkiyet hakkının malik tarafından toplum yararına aykırı olarak kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu özel sınırlama sebepleri yanında 1961 Anayasasının 11. maddesine de değinmek gerekir. “*Temel Hakların Özü*” kenar başlıklı madde metni şu şekildedir:

“Madde 11- Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.

Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.”

1961 Anayasası'nın 11. maddesi tüm temel hak ve hürriyetler için geçerli genel hüküm niteliğindedir. Bu hükümle tüm temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının hangi şartlarla yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Hükme göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için gereken şartlar şu şekilde sıralanabilir⁸⁴:

- Sınırlama ancak kanunla yapılmalıdır. İdari işlemlerle temel hak ve hürriyetler sınırlandırılmaz.
- Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
- Sınırlama Anayasada öngörülen sebeplere göre yapılmalıdır.
- Yapılacak sınırlama ile hakkın ve hürriyetin özüne dokunulmamalıdır.

⁸³ DAL, Kemal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksek Okulu, Ankara 1984, s. 92; ARMAĞAN, Servet, 1961 Anayasasına Göre Temel Hak ve Ödevler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 16; ALDIKAÇTI, s. 197-198.

⁸⁴ TANÖR, s. 383.

Anayasada 1971-1973 yılları arasında yapılan değişiklikler ile “Temel Hakların Özü” kenar başlıklı 11. madde “Temel Hakların Özü Sınırlandırılması ve Kötüye Kullanılmaması” başlığıyla yeniden düzenlenmiştir. Maddenin değişik hali şu şekildedir;

“Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.”

Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.

Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz.

Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.

Yapılan değişikliklere bakıldığında; 11. maddenin kenar başlığına “Sınırlandırılması ve Kötüye Kullanılmaması” ibaresi eklenmiş, tüm temel hak ve hürriyetler için geçerli genel sınırlama sebepleri sayılmış, yeni eklenen fıkra ile birlikte temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

B. 1982 Anayasası’nda Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet Hakkı 1982 Anayasası’nda ikinci kısım ikinci bölümde Kişinin Hak ve Ödevleri arasında mülkiyet hakkı kenar başlığı ile 35. maddede düzenlenmiştir. Madde metnine göre;

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

Madde metni 1961 Anayasası’ndan aynen alınmıştır. Ancak mülkiyet hakkı 1961 Anayasası’nda “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” arasında düzenlenmişken 1982 Anayasası’nda “Kişinin Hak ve Ödevleri” arasında düzenlenmiştir⁸⁵.

⁸⁵ 1982 Anayasası yapılırken, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu mülkiyet hakkını 1961’de olduğu gibi “Sosyal ve İktisadi Hak ve Ödevler” bölümünde

Mülkiyet hakkının düzenleyen 35. maddenin ilk fıkrası mülkiyet hakkını tanıyan ve koruyan genel bir hükümdür. İlk fıkrada mülkiyet hakkı miras hakkıyla beraber ihdas edilmiştir⁸⁶. Böylece mülkiyet hakkı ile miras hakkının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu vurgulanmıştır⁸⁷. Yine ilk fıkraya göre mülkiyet hakkının öznesi “herkes”tir. Herkesten kasıt madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere hiçbir ehliyet ayrımı gözetilmeksizin gerçek ve tüzel kişilerdir. Bu kapsamda yabancılar da mülkiyet hakkından faydalanacaktır. Ancak tüm temel hak ve hürriyetler için geçerli genel hüküm niteliğindeki 16. madde; yabancılar açısından temel hak ve hürriyetlerin milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlanabileceğini öngörmüştür.

Anayasanın 35. maddesinin ikinci fıkrası mülkiyet hakkının hangi hallerde ve nasıl sınırlandırılacağını düzenlemektedir. Buna göre mülkiyet hakkı devlet tarafından ancak kamu yararıyla sınırlandırılabilir. Ancak kamu yararı gerekçesiyle yapılacak sınırlamalar da kanunla olmak zorundadır. Hem “kamu yararı” şartı hem de “sınırlamanın kanunla olma zorunluluğu” devletin mülkiyet hakkına keyfî ve sınırsız müdahale etmesini engelleyici niteliktedir⁸⁸.

düzenlenmişti. Gerekçede ise; *mülkiyet hakkı devletten önce var olan bir gerçek olması itibarıyla ekonomik ve sosyal haklar arasında değil de, kişinin temel hakları arasında düzenlenmesi düşünülebilirse de, şimdiki düzenlemenin yerinde olduğu sonucuna varıldığı*” belirtilmiştir. Ancak daha sonra MGK anayasa komisyonu mülkiyet hakkının yerini değiştirerek “Temel Hak ve Ödevler” bölümüne almıştır. Bu konuda bkz., GÖZE, s. 423; Bu konumsal 1982 Anayasasının 91. maddesine göre Bakanlar Kurulu çıkaracakları olağan dönem kanun hükmünde kararnamele sosyal ve ekonomik hak ve ödevleri düzenleyebilme yetkisine sahipken mülkiyet hakkının da dâhil olduğu kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevleri düzenleme yetkisine sahip değildir. Bkz., SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 6. Baskı, Mayıs 1986, s. 228; ÖZEL, s. 43.

⁸⁶ Miras hakkı mülkiyet hakkının uzantısı olması hasebiyle onun ayrı bir hak olarak nitelendirilmemesi yönünde bkz., KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, 6. Baskı, s. 451.

⁸⁷ Nitekim 35. maddenin gerekçesinde bu hususu şu şekilde dile getirmiştir; “*Madde birbirine yakın ve birbirleriyle ilgili iki temel hakkı mülkiyet ve miras haklarını birlikte düzenlemiştir. Bu birlikte düzenleme 18’inci yüzyıldan beri gelen geleneğin sonucudur.*”, AKAD / DİNÇKOL, s. 220.

⁸⁸ Mülkiyet hakkının Anayasal garantisi, maliki yalnız devlet müdahalelerine karşı değil, diğer sosyal güçlere, baskı ve menfaat gruplarına ve üçüncü kişilere karşı da korumaktadır. Bu konuda bkz. EREN, *Mülkiyet Hukuku*, s. 12.

Anayasanın 35. maddesinin üçüncü fıkrası ise mülkiyet hakkı sahibine bir ödev yüklemektedir. Buna göre malik mülkiyet hakkını toplum yararına aykırı kullanamaz. Bu ödevin aynı zamanda malike hakkını toplum yararına uygun kullanması yönünde bir emri içerdiği de söylenebilir⁸⁹.

1. 1982 Anayasası'nda Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

Mülkiyet hakkının düzenlendiği 35. maddenin ikinci fıkrasında mülkiyet hakkının hangi sebeple sınırlanabileceği belirtilmiştir. Mad. 35/f.2'ye göre; *“Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.”*

Fıkra da mülkiyet ve miras hakkının ancak “kamu yararıyla” sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Fıkra da geçen “ancak” ifadesiyle mülkiyet hakkının başka bir sebeple sınırlanamayacağı belirtilmiştir. Mülkiyet hakkının sınırlanmasının bir diğer şartı ise sınırlamanın kanunla yapılmasıdır.

Yine aynı maddede mülkiyet hakkını sınırlayan bir başka hüküm yer almaktadır. Mad.35/f.3'e göre; *“Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”* Bu fıkra ile malike mülkiyet hakkını toplum yararına aykırı kullanmama diğer bir ifadeyle toplum yararına uygun kullanma yönünde bir emir verilmektedir⁹⁰.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılması kapsamında ele alınması gereken bir diğer madde ise tüm temel hak ve hürriyetler için genel hüküm niteliğinde olan 13. maddedir. Mezkûr madde 2001 yılında 4709 sayılı kanunla değişikliğe⁹¹ uğrayarak son halini almıştır. Madde metninin son hali şu şekildedir;

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

⁸⁹ GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, s. 180.

⁹⁰ BULUT, s. 24; GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, s. 180.

⁹¹ 1982 Anayasası'nda 2001 yılı değişiklikleri ile Temel Hak ve Hürriyetler rejiminin genel bir değerlendirmesi için bkz. FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md. 13)”, *Anayasa Dergisi*, C. 18, 2002, s. 178-214.

Maddeye bakıldığında her bir temel hak ve hürriyet sadece düzenlendiği maddede yer alan özel sınırlama sebepleriyle sınırlanabilecektir. Milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak, genel sağlık gibi genel sınırlama sebepleri yer almamaktadır. Mülkiyet hakkının düzenlendiği 35. maddede özel sınırlama sebepleri kamu ve toplum yararadır. Dolayısıyla mülkiyet hakkının kamu ve toplum yararı dışında herhangi bir sebeple sınırlanması mümkün değildir. Yine maddeye göre yapılacak sınırlamaların da bir takım sınırları vardır. Bunlar; sınırlamanın kanunla olması, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması, demokratik toplum düzeni ve laik cumhuriyetin gereklerine uygun olması ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamasıdır.

Çalışmamızın bundan sonraki kısmında mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının şartlarını Anayasa Mahkemesi kararları ışığında inceleme konusu yapacağız.

2. Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkını Sınırlanması

a. Sınırlama Toplum ve Kamu Yararı Sebeplerine Dayanılarak Yapılmalıdır

1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da toplum yararı ve kamu yararı kavramları mülkiyet hakkını sınırlama sebebi olarak aynı madde içinde ardı sıra iki fıkrada düzenlenmişlerdir. Ancak her iki anayasa da ne kamu yararı ne de toplum yararı kavramları tanımlanmamıştır.

Doktrinde kamu yararı kavramının biri dar diğeri geniş iki anlamı olduğu kabul edilmektedir. Dar anlamda kamu yararı kavramı idare hukukunun konusudur⁹². Buna göre idare göreceği tüm hizmetlerde kamu yararını gözetmek zorundadır. Kamu malı meydana getirme, kamu binası, yol, köprü gibi bayındırlık işlerinde kamu yararı gözetilmek zorundadır⁹³. Geniş anlamda kamu yararı ise toplum yararıyla eş anlamda kabul edilmekte ve Anayasanın ideolojik ilkelerini yansıtan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁴. Kamu yararı bu anlamıyla toplumun bir arada

⁹² ÖRÜCÜ, s. 66.

⁹³ BAŞPINAR, s. 243.

⁹⁴ ÖRÜCÜ, s. 66.

yaşamasını sağlayan ortak değerleri formüleştirmektedir⁹⁵. Doktrinde genel kabul gören görüş mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında idare hukukunda olduğu gibi dar anlamıyla değil geniş anlamıyla kamu yararının gözetilmesidir⁹⁶.

Toplum yararı kavramının ne anlam ifade ettiği noktasında görüş birliği yoktur. Örneğin 1961 Anayasası döneminde TUNAYA, kamu yararı kavramının Anayasada dar anlamını ifade etmek için kullanıldığını söylemiştir. Toplum yararı kavramının ise kamu yararı kavramının geniş anlamını karşıladığını belirtmiştir⁹⁷. ÖRÜCÜ ise toplum yararı kavramını “*mülkiyet hakkının modern görüş ve Sosyal Devlet açısından yüklendiği fonksiyonun hakkın toplumsal yönünün, kullanana yüklediği ödevin bir direktifidir, prosedürüdür*” olarak tanımlamıştır⁹⁸.

Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu birçok kararında toplum yararı ile kamu yararı kavramını eş anlamda değerlendirmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 82. maddesinin 1. bendinin anayasaya aykırılığı gerekçesiyle açılan iptal davasında toplum yararı kavramını, kamu yararı kavramının yerine kullanılabilir bir kavram olarak ele alınmış, böylece aralarında herhangi bir fark gözetmemiştir. Mahkemeye göre toplum yararı, kamu yararı, genel yarar gibi kavramlar bireysel çıkardan farklı onun üstünde ya da dışında ortak bir yararı ifade etmektedir.

Kamu yararı ve toplum yararı kavramlarının ne anlam ifade ettiği, birbirinden farklarının ne olduğu noktasında görüş birliği olmadığı görülmektedir. Kanaatimizce her iki kavramı olabildiğince dar yorumlamak gerekmektedir. Aksi takdirde bu iki kavrama dayanılarak yapılacak sınırlamalarla mülkiyet hakkı kullanılamaz hale gelecektir⁹⁹. Bundan dolayı TUNAYA’nın 1961 Anayasası döneminde belirttiği gibi kamu yararı kavramını dar anlamıyla bir idare hukuku konusu olarak,

⁹⁵ TUNAYA, Tarık Zafer. Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, 5. Bası, s. 166.

⁹⁶ ÖRÜCÜ, s. 68; TUĞRUL, s. 75; Buna karşın TUNAYA, kamu yararı kavramının, dar ve teknik anlamda ele alınması gerektiğini savunmuştur. Bkz. TUNAYA, s. 170.

⁹⁷ Bu konuda bkz. TUNAYA, s. 170-172.

⁹⁸ ÖRÜCÜ, s. 78.

⁹⁹ Kamu yararı ve toplum yararı kavramlarına dayanılarak yapılan sınırlandırmaların özellikle kamulaştırmada doğuracağı olumsuz sonuçlar noktasında geniş bir değerlendirme için bkz. BAŞPINAR, s. 261 vd..

toplum yararını ise kamu yararının geniş anlamı olarak ele almak yerinde bir yaklaşım olacaktır. Netice olarak kanun koyucunun veya Anayasa Mahkemesinin bu kavramların sınırını tespit ve tayin etmesi ve mevcut belirsizliği kaldırması gerekmektedir.

b. Sınırlama kanunla yapılmak zorundadır.

1982 Anayasası'nın tüm temel hak ve hürriyetler için genel hüküm niteliğinde olan 13. maddesi kanunla sınırlama şartını öngörmektedir. Mülkiyet hakkının düzenlendiği 35. maddenin ikinci fıkrasında da aynı şart yer almaktadır¹⁰⁰. Buna göre mülkiyet hakkı kanunla sınırlanabilecektir. Kanun dışı herhangi bir düzenleyici işlemle (tüzük, yönetmelik gibi) mülkiyet hakkının sınırlanması mümkün değildir¹⁰¹. Buna karşın kanunla sınırlama şartı, idarenin düzenleyici işlemle hiçbir şekilde sınırlama yapamayacağı anlamına gelmez. İdare, kanuna dayanarak düzenleyici işlemlerle sınırlamanın teknik ve ayrıntılarına ilişkin düzenlemeler yapabilir, sınırlamayı somutlaştırabilir¹⁰². Burada idarenin hareket noktası kanun olacağından kanunla sınırlama şartına aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan iptal davasında mülkiyet hakkına yapılacak sınırlandırmaların

¹⁰⁰ Kanunla sınırlama şartı 1924 ve 1961 Anayasalarında da yer almaktaydı.

¹⁰¹ 13. maddenin gerekçesinde kanunla sınırlama şartı; "... *hak ve hürriyet sınırlamalarının münhasıran kanun konusu olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı*" şeklinde açıklanmıştır. Gerekçe için bkz. AKAD / DİNÇKOL, s. 141; Ancak 1982 Anayasası'nın 91. maddesine göre Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnamelerle Sosyal Hak ve Ödevler sınırlanabilir. Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri ile ise mülkiyet hakkı da dahil tüm temel hak ve hürriyetler sınırlanabilir.

¹⁰² SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, A.Ü Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982, s. 79; ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 7. Baskı, Ekim 2012, s. 120; GÖZLER, s. 226; KALABALIK, s. 164; SOYSAL, bütün düzenlemelerin kanunla olmasının güçlüğünü; "... *sınırlamaların ancak yasayla yapılmasını zorunlu kılan ilke, her zaman sanıldığı kadar kolay uygulanabilecek bir ilke olarak kalmıyor. Çağdaş bir devlette bütün alanlardaki düzenlemelerin yasalarla yapılması olanağı yok...*" şeklinde ifade etmiştir. Bkz. SOYSAL, s. 197.

ancak kanunla mümkün olacağını KHK ile mülkiyet hakkının sınırlandırılmayacağını kabul etmiştir¹⁰³.

Anayasa Mahkemesi benzer bir kararı 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 42. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle açılan iptal davasında vermiştir¹⁰⁴. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararda öncelikle marka üzerindeki hakkın mülkiyet hakkı olduğunu tespit etmiştir. Akabinde ise mülkiyet hakkının 1982 Anayasası'nda "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*" bölümünde düzenlendiğini dolayısıyla Anayasa'nın 91. maddesi gereği KHK ile düzenlenemeyeceğine hükmederek ilgili düzenlemeyi iptal etmiştir.

c. Sınırlama Anayasanın Sözüne ve Ruhuna¹⁰⁵ Uygun Olmalıdır

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olamaz. Dolayısıyla mülkiyet hakkına kamu yararı ve toplum yararı sebebiyle kanunla getirilecek sınırlamalar da Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmak zorundadır.

Anayasanın sözü dendiğinde anlaşılması gereken Anayasanın metnidir¹⁰⁶. Özellikle Anayasada her bir temel hak ve hürriyet için düzenlenmiş olan ek güvenceler bu noktada önem kazanır¹⁰⁷. Ek güvenceler ise Anayasanın ilgili temel hak ve hürriyete özel önem vermesi ona yoğun koruma getirmesi sonucu düzenlenmiş hükümlerdir. Temel hak ve hürriyetlere yapılacak olan sınırlamalar Anayasa da yer alan bu ek güvencelere aykırı olmamalıdır¹⁰⁸. Örneğin Anayasa mad. 38/10'da yer alan "*genel müsadere cezası verilemez*" hükmü mülkiyet hakkı açısından

¹⁰³ Any. Mahk. Esas Sayısı: 2000/35, Karar Sayısı: 2001/90, *AMKBB*, Karar Tarihi: 24.05.2001.

¹⁰⁴ Any. Mahk. Esas Sayısı: 2013/147, Karar Sayısı: 2014/75, *AMKBB*, Karar Tarihi: 09.04.2014.

¹⁰⁵ Doktrinde ve Anayasa Mahkemesi kararlarında zaman zaman "ruhu" kavramı yerine "özü" kavramı kullanılıyor olsa da kanaatimizce bu iki kavram arasında lafız dışında bir farklılık yoktur.

¹⁰⁶ GÖZLER, s. 233.

¹⁰⁷ ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 113; ERDOĞAN, s. 205.

¹⁰⁸ SAĞLAM, s. 79.

bir ek güvencedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılacak sınırlandırmaların genel müsadere cezası şeklinde olmaması gerekmektedir.

Mülkiyet hakkına getirilecek sınırlandırmalar sadece Anayasa'nın sözüne değil aynı zamanda Anayasa'nın ruhuna da uygun olmak zorundadır¹⁰⁹. Anayasa'nın ruhundan kasıt anayasanın geneli ve ondan çıkan temel anlamdır¹¹⁰.

Anayasa ve Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın sözü ve ruhu ile ilgili herhangi bir açıklama veya tanım yer almamaktadır. Buna karşın Anayasa Mahkemesi Anayasanın ruhu kavramını değerlendirmelerinde ölçüt olarak çokça kullanmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkı ile ilgili olarak 933 sayılı Kalkınma Plânının Uygulanması Esaslarına Dair Kanunun tümünün Anayasa ve İçtüzük hükümlerine aykırılığı ileri sürülerek açılan bir iptal davasında Anayasanın özü (ruhu) kavramına başvurmuştur. İptali istenen kanunun kamulaştırma ile ilgili 9. maddesi ile ilgili olarak Anayasa mahkemesi, kamulaştırılan malın kamu yararına uygun biçimde kullanılmaması durumunda eski mal sahibine geri verilmesi gerektiğinin ve bunun Anayasanın özünden kaynaklandığına hükmetmiştir.

d. Sınırlama Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Aykırı Olmamalıdır.

1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetlere yapılacak sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklere aykırı olamaz¹¹¹. Dolayısıyla mülkiyet hakkına getirilecek olan sınırlamalar da demokratik toplum düzeninin gereklere uygun olmak zorundadır.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri derken hangi demokratik toplum düzeninin esas alınacağı tartışmalıdır. Bu noktada iki görüş ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki, demokrasiden anlaşılması gerekenin 1982

¹⁰⁹ Anayasanın sözü ve ruhu kavramlarının ayrı birer kavram olmadığı, bütünüyle anayasa uygun olma anlamı çıkarılması gerektiği yönünde bkz., TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Berikan Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 114.

¹¹⁰ ÖZBUDUN, s. 113-114.

¹¹¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. TURHAN, Mehmet, "Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere", *Anayasa Yargısı*, Ankara 1991, S. 8, s. 401-420; UYGUN, Oktay, Kamu Hukuku İncelemeleri (1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları), XII Levha Yayınları, Ocak 2011, s. 289-292.

Anayasası'nın benimsemiş olduğu demokrasi anlayışı olduğunu ileri sürmektedir. Buna karşın doktrinde hâkim olan bir diğer görüş demokrasiden anlaşılması gerekeninin batılı (klasik) demokrasi anlayışı olduğunu savunmaktadır¹¹². Buna göre temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar batılı (klasik) demokrasi anlayışının gereklerine uygun olmak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan bir iptal davasında, Anayasa'nın başlangıç kısmındaki "*hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla benimsenmiş hukuk düzeninin dışına çıkmayacağı*" ifadesini aynen alarak demokratik toplum düzeninin gerekleri kıstasındaki demokrasiden anlaşılması gerekenin Anayasamızdaki demokrasi anlayışı olduğunu vurgulamıştır¹¹³.

Ancak Anayasa Mahkemesi yukarıda vermiş olduğu karardan çok kısa bir süre sonra bu görüşünü değiştirmiş ve demokrasiden anlaşılması gerekenin batılı (klasik) demokrasi anlayışı olduğunu savunmuştur. Anayasa Mahkemesi, 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun bazı maddelerinin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasında¹¹⁴ demokrasiyi ve demokratik toplum düzeninin gereklerini şu şekilde sıralamıştır¹¹⁵:

- Temel hak ve güvenceleri en geniş anlamda güvence altına almak

¹¹² DAL, s. 165; ÖZBUDUN, s. 116; ATAR, s. 125-126; Doktrinde TANÖR demokrasi anlayışının 1982 Anayasası'ndaki demokrasi anlayışı olmadığını; "... Demokratik toplum düzeninden anlaşılması gereken de eğer bu anayasadaki temel hak ve özgürlüklerle bezeli demokratik toplum düzeni ise o zaman bu hükmün güvence getirmeyeceği, kısır döngü ya da totolojiye yol açacağı meydandadır" cümleleriyle ifade etmektedir., bkz. TANÖR, *İki Anayasa 1961-1982*, s. 123-124; TURHAN, s. 409.

¹¹³ "Yasa Koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde yukarıda sözü edilen sebeplere dayanmak suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur." Any. Mahk. Esas Sayısı: 1985/21, Karar Sayısı: 1986/23, AMKBB, Karar Tarihi: 6.10.1986.

¹¹⁴ Any. Mahk. Esas Sayısı: 1985/8, Karar Sayısı: 1986/27, AMKBB, Karar Tarihi: 26.11.1986.

¹¹⁵ GÖZLER, s. 239-240.

- Özgürlükçü olmak
- Hukuk devleti olmak
- Kişiyi ön planda tutmak
- Özgürlüklerin ancak istisnai olarak ve demokratik toplumun düzeninin sürekliliği gerektirdiği ölçüde sınırlamak
- Kısıtlamaları özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırmamak
- Özgürlükleri Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine uygun olarak sınırlandırmak

Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum düzeninin gerekleri için benimsemiş olduğu bu özellikler oldukça soyuttur ve keyfi yorumlanmaya müsaittir. Demokratik toplumun düzeni gereklerinin ne olduğunu açıklamak için tespit edilen bu özelliklerin ayrıca izaha ihtiyacı vardır. Hatta şunu söyleyebiliriz ki Anayasa Mahkemesi sadece demokratik toplumun düzeninin gerekleri kıstasına dayanarak bile herhangi bir sınırlamayı iptal edebilir¹¹⁶.

Kanaatimizce demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının ne anlam ifade ettiğini belirleme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Eğer yukarıda zikrettiğimiz kararında da görüldüğü üzere bu belirleme izaha muhtaç soyut kavramlarla yapılmaz, somut ilkelerle ortaya

¹¹⁶ Anayasa mahkemesinin kavramsal açıklama yapmadan, “*bu düzenleme demokratik toplum düzenine aykırıdır/değildir*” şeklinde ifadeleri içeren birçok kararı mevcuttur. Örneğin 3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesinin ikinci fıkrasının iptaline ilişkin bir davada mahkeme “*Şehirlerimizde imar girişimlerinin başlamasıyla, taşınmazlarda meydana gelecek değer artışı gözönüne alındığında, sözü edilen kuralın öngördüğü oranın demokratik toplum düzeninin gereklerine ters düştüğü söylenemez.*” ifadesini kullanmış ancak demokratik toplum düzeninin gereklerinin ne olduğu açıklamamıştır. Karar için bkz. Any. Mahk. Esas Sayısı: 1990/9, Karar Sayısı: 1990/13, AMKBB, Karar Tarihi: 21.6.1990; 3517 sayılı kanunu konu alan başka bir kararında mahkeme yine kavramı açıklamamış ancak değerlendirmesine esas almıştır; “*Kamu personeli statüsüne geçmiş, bu statüyü kazanmış bir kamu personeli için hukukun tanıdığı unvan ile ücret yükselmesi onun temel hakkı niteliğindedir. Bu hakkı demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı biçimde ve öngörüldüğü amaç dışında sınırlayan Yasa maddesi, Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.*” Karar için bkz. Any. Mahk. Esas Sayısı: 1989/9, Karar Sayısı: 1990/8, AMKBB, Karar Tarihi: 18.5.1990.

konulursa ÖZBUDUN'un ifade ettiği gibi¹¹⁷ bu kıstas “anayasa mahkemesinin yargısal denetimini güçlendirici” ve “temel hak ve hürriyetler rejiminin korunmasını kolaylaştırıcı” bir nitelik kazanacaktır.

e. Sınırlama, Mülkiyet Hakkının Özüne Dokunmamalıdır.

Hakkın özüne dokunmama güvencesi her bir temel hak ve hürriyette bir öz, bir cevher olduğunu varsayar¹¹⁸. Bu öz ve cevher hak ve hürriyetin asli çekirdeğidir ve dokunulduğunda o hak ve hürriyeti anlamsız kılar¹¹⁹. Her bir hak ve hürriyet için öz kavramının ifade edeceği anlam hiç şüphesiz farklı olacaktır. Dolayısıyla genel geçer bir öz tanımı yapılması mümkün değildir. Nitekim Anayasa'da da herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Öz kavramının ne anlam ifade ettiğinin, yapılan sınırlamanın ilgili hak ve hürriyetin özüne dokunup dokunmadığını Anayasa Mahkemesi takdir edecektir¹²⁰.

Anayasa Mahkemesi öz kavramına sıkça başvurmuştur. Mahkeme; kararlarında bir temel hak ve hürriyete getirilen sınırlamanın hangi hallerde öze dokunma sayılacağı noktasında bir takım ölçütler belirlemiştir. Bu kararlardan bir kaçısı şu şekildedir:

Anayasa Mahkemesi Kaçakçılığın 1918 sayılı Kanununun 6829 sayılı Kanunla değişik 47. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasında mülkiyet hakkının özü bahsine

¹¹⁷ ÖZBUDUN, s. 116.

¹¹⁸ SAĞLAM, s. 115.

¹¹⁹ ÖZBUDUN, s. 115; TUNÇ / BİLİR / YAVUZ, s. 115.

¹²⁰ ÖRÜCÜ, s. 49; 1961 Anayasası Temsilciler Meclisinde aynı şekilde öz kavramı üzerine tartışmalar yapılmış, kavramın tanımı ile ilgili bir soru üzerine Anayasa Komisyonu Sözcüsü şunları söylemiştir: “Buna (özü tarif etmeye imkan yoktur... Bu öz her hürriyet her temel hak için ayrı ayrıdır. Belli bir hürriyetin özünün belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, efkari umumiye yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tespit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de buna şekil verir. Bir hürriyetin özünün ne olduğunu demokratik hukuk devletinin hukukçuları, o devletin hakimleri elbette fark eder. Mesela bir kanun koyucu, kalkar da mesken masuniyeti hakkında, - Zabıta istediği zaman haneye girerek, taharriyatta bulunabilir- diye bir hüküm koyarsa, o zaman mesken masuniyetinin özü zedelenmiş demektir. Fakat aramayı mahkeme kararına bağlayacak olursa bu dokunulmazlık özü tahrip edilmeden sınırlanmış olur...”, ÖZTÜRK, Kazım, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayını, Ankara 1966, s. 1692-1712.

değirmiştir¹²¹. Dava konusu madde hükmünde kaçakçılıkta kullanılan her türlü taşıtın müsadere edilebileceği düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi mezkur düzenlemenin kamu yararı amacı taşıması ve üçüncü kişi malikin esas sorumludan tazminat isteme hakkının olması sebebiyle mülkiyet hakkının özünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Mahkeme bir başka kararında kamulaştırma işlemine mukabil taşınmazın gerçek değeri ödenmezse mülkiyet hakkının özüne dokunulacağını eğer gerçek değeri ödenirse bu durumda öze dokunma değil sınırlamanın söz konusu olacağına hükmetmiştir¹²². Anayasa Mahkemesine göre kamulaştırma işleminde öze dokunma ile sınırlamayı ayıran ince çizgi malın gerçek değerinin ödenmesidir.

Anayasa Mahkemesi 4753 sayılı Kanununun değişik 56. maddesiyle 57. maddesinin anayasaya aykırılığı gerekçesiyle açılan iptal davasında mülkiyet hakkının özünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Dava konusu madde hükümlerinde çiftçilere devlet tarafından dağıtılan toprağın belli bir süre için kiralanması ve ortaklıkla işletilmesi yasaklanmıştır. Mahkeme kararında öncelikle mezkûr sınırlamaların toprak reformu için gerekli olduğunu vurgulanmış akabinde ise “(bu) yükümler ve koşullar belli bir süre ile sınırlandırıldığı ve çiftçi toprağı, bu yükümler koşullarla kabul ettiği” gerekçesiyle mülkiyet hakkının özünün ihlal edildiğinin ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir¹²³.

Kararlardan her ne kadar mülkiyet hakkının özünü genel geçer bir şekilde saptamak mümkün olmasa da, mahkemece; yapılan sınırlandırmaların şu hallerde hakkın özünü zedelediği söylenebilir;

¹²¹ Any. Mahk. Esas Sayısı: 1968/32, Karar Sayısı: 1968/62, AMKBB, Karar tarihi: 14.12.1968.

¹²² *Özel mülkiyetteki bir taşınmazın, malikinin rızası olmasa da, kamulaştırma yoluyla, yani zorla, kamu malları arasına geçirilmesi, aslında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlemdir. Zorla alımın dayanağı olan kamu yararı kayramı, mülkiyetin karşılıksız devrine dayanak tutulamaz. Anayasa'nın 11. maddesinin açık hükmü karşısında temel hakların özüne dokunmak mümkün değildir. Kamu yararına dayanan kamulaştırma işlemi taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi halinde mülkiyet hakkı paraya çevrilmek suretiyle korunmuş olacağından, "öze dokunma" durumu da "sınırlama" niteliğine dönüşmüş olacaktır.* Any. Mahk. Esas Sayısı: 1976/38, Karar Sayısı: 1976/46, AMKBB, Karar Tarihi: 12.10.1976.

¹²³ Any. Mahk. Esas Sayısı: 1966/3, Karar Sayısı: 1966/23, AMKBB, Karar tarihi: 28.4.1966.

- Açıkça yasaklayıcı
- Örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu
- Ciddi surette güçleştirici
- Amacına ulaşmasını önleyici
- Etkisini ortadan kaldırıcı
- Mülkün gelirinden faydalanmayı engelleyici
- Karşılığında gerçek değerinin verilmemesi

Buna karşın sınırlandırma;

- Hakkı genel olarak ortadan kaldırmıyorsa
- Yararlanmayı yok edecek derecede önleyici değilse
- Belli bir süre ile sınırlandırılmışsa
- Tazminat isteme hakkı veriyorsa
- Malik tarafından kabul edilmişse
- Karşılığında gerçek değeri ödenmişse hakkın özüne dokunmayacaktır.

f. Sınırlama, Laik Cumhuriyetin Gereklerine Uygun olmalıdır.

Temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesine göre Laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olmalıdır. Laik Cumhuriyetin gerekleri kıstası 2001 yılı değişiklikleri ile Anayasamıza girmiştir.

Doktrinde laiklik ilkesinin din hürriyeti ve din ve devlet işlerinin ayrılığı olmak üzere iki yönü olduğu kabul edilmektedir¹²⁴. Din hürriyeti; inanç hürriyeti ve ibadet hürriyetini kapsar. Din ve devlet işlerinin ayrılığı ise devletin resmi dininin olmaması, devletin tüm din ve mensuplarına eşit ve tarafsız davranması, din kurumları ile devlet kurumlarının birbirinden ayrılması ve hukuk kurallarının dini hükümlere dayanmaması anlamına gelir.

1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 43. maddesindeki "... dinini ..." sözcüğünün Anayasa aykırılığı gerekçesiyle açılan iptal davasında ise Anayasa Mahkemesi öncelikle laiklik ilkesini din ve devlet işlerinin ayrılığı şeklinde tanımlamış akabinde ise ilkenin gereklerini ortaya

¹²⁴ Bu konuda bkz. ÖZBUDUN, s. 79-84; GÖZLER, s. 139-150.

koymuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre laiklik ilkesinin gerekleri şunlardır¹²⁵:

- a) *Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması,*
- b) *Aralarında ayırım gözetilmeksizin bütün dinlerin anayasal güvence altına alınması,*
- c) *Dinin bireyin manevî yaşamını aşarak, toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde; kamu düzeni, güvenliği ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması*
- d) *Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla devlete, dinsel hak ve özgürlükler konusunda denetim yetkisi tanınması ...”*

Sonuç olarak mülkiyet hakkı da dâhil olmak üzere tüm temel hak ve hürriyetler, dinler ve mensupları arasında eşitsizlik yaratacak şekilde veya inanç ve ibadet hürriyetini engelleyecek nitelikte herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamayacaktır. Örneğin; herhangi bir kişinin veya cemaatin mensubu olduğu din nedeniyle mülk edinmesine izin verilmemesi veya mülkiyet hakkının sınırlandırılması hiç şüphesiz laik cumhuriyetin gereklerine aykırı bir sınırlama olacaktır¹²⁶.

g. Sınırlama, Ölçülülük İlkesine Uygun Olarak Yapılmalıdır.

Sınırlama aracı ile sınırlama amacı arasındaki dengeyi ifade eden ölçülülük ilkesi, doktrinde üç alt ilke etrafında incelenmektedir¹²⁷:

¹²⁵ Any. Mahk. Esas Sayısı: 1995/17, Karar Sayısı: 1995/16, *AMKBB*, Karar Tarihi: 21.6.1995; Anayasa Mahkemesi'ne göre “dinini” ibaresiyle kişinin inanç ve kanaat hürriyetlerinin zorla açıklanması amaçlanmamaktadır. Anayasa Mahkemesi bu ibareyle kişinin özgün durumu tespit edilerek, kamu yararı ile kamu düzeninin sağlanması ve sosyal gereksinimlerinin karşılanması amaçlandığı ve herhangi bir zorlama olmadığı yorumunda bulunarak laiklik ilkesine herhangi bir aykırılık tespit etmemiştir.

¹²⁶ BAŞPINAR, s. 70.

¹²⁷ METİN, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 26-39; GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, 14. Baskı, Şubat 2013, s. 132-133; TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR, s. 51; SAĞLAM, s. 114-116; ÖZBUDUN, s. 114.

- Elverişlilik ilkesi; sınırlama için başvuru aracının sınırlamanın amacını gerçekleştirmeye elverişli olması gerekmektedir¹²⁸.
- Gereklilik ilkesi; sınırlama için en yumuşak aracın, temel hak ve hürriyeti olabildiğince az zedeleyecek aracın seçilmesini ifade eder.
- Oranlılık ilkesi, sınırlamada başvurulacak araç ile amaç arasında ölçsüz bir oranın bulunmamasını ifade eder.

Buna göre mülkiyet hakkı da dâhil olmak üzere tüm temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli ve oranlı (ölçülü) olmak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu birçok kararda ölçülülük ilkesini doktrinde olduğu gibi elverişlilik, gereklilik ve oranlılık olmak üzere üç alt ilkeye ayırarak tanımlamıştır¹²⁹. Akabinde ilgili düzenlemenin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığına karar vermiştir¹³⁰.

¹²⁸ 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nda 1317 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle birlikte 9. maddenin 2. Bendinin a fıkrası sendikaların ülke çapında faaliyet gösterebilmesi için kurulu bulunduğu iş kolunda sigortalı işçilerin en az 1/3'ünü üye yazmış olmasını öngörüyordu. Aynı bendin b ve c fıkraları ise bu şartı federasyon ve konfederasyonlar için öngörmekteydi. Yasa koyucunun sendika sayısındaki şişkinliği azaltmak için yaptığı bu sınırlama anayasa mahkemesi tarafından elverişlilik ilkesine uymadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Karara göre; *"Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işveri sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde işkolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle bu sınırlandırma ile önlenmek istenen sendika sayısındaki şişkinliğin ve birçok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasa kuralı ile varılmak istenilen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir; bu da, kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir."*, Any. Mahk. Esas Sayısı: 1970/48, Karar Sayısı: 1972/3, AMKBB, Karar Tarihi: 8-9.02.1972.

¹²⁹ Mahkemenin benzer yönde birçok kararı mevcuttur. Bkz. Any. Mahk. Esas Sayısı: 2010/91, Karar Sayısı: 2011/98, AMKBB, Karar Tarihi: 9.6.2011; Any. Mahk. Esas Sayısı: 2012/24, Karar Sayısı: 2012/95, AMKBB, Karar Tarihi: 15.6.2012; Any. Mahk. Esas Sayısı: 2012/28, Karar Sayısı: 2012/134, AMKBB, Karar Tarihi: 27.9.2012.

¹³⁰ Bu noktada Anayasa Mahkemesinin 4207 sayılı Tütün Ürününün Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un tütün yasağını kahvehanelerde de yasaklayan hükmün iptali için açılan davada vermiş olduğu karar ve özellikle Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşı oy yazısı oldukça önemlidir. Üye bu yazısında tütün yasağını ölçülülük ilkesini oluşturan alt ilkeler (elverişlilik, gereklilik ve oranlılık) açısından tek tek incelemiş ve yasağın amacını aşan bir sınırlama olduğu sonucuna

V. AİHM KARARLARINDA MÜLKİYET HAKKI VE BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINA ETKİSİ

A. Genel Olarak

AİHM'in yayınlamış olduğu istatistiklere bakıldığında 1959 – 2013 yılları arasında aleyhine en çok dava açılan ülke 2994 dava ile Türkiye'dir. Bu davaların yaklaşık beşte biri AİHSEP mad. 1'in ihlaline ilişkindir¹³¹. Dolayısıyla Türkiye'nin mülkiyet hakkı da dâhil olmak üzere temel hak ve hürriyetler açısından AİHS ve AİHM kararlarına uyumlu bir hukuki altyapı oluşturması gerekmektedir. Bu amaçla atılan adımlardan başında hiç şüphesiz Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu hakkının tanınması gelmektedir¹³². Bireysel başvuru yolu; 12 Eylül 2010 tarihinde 5982 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile Türkiye'de yürürlüğe girmiştir¹³³.

Bireysel başvuru yolu ile birlikte AİHS kapsamındaki temel hak ve hürriyetlerden herhangi birinin ihlal edilmesi ve diğer başvuru yollarından herhangi bir sonuç alınamaması durumunda Anayasa Mahkemesine doğrudan başvuru imkânı doğmaktadır. Böylece temel hak ve hürriyetlere özel ve ikincil bir koruma sağlanmaktadır¹³⁴.

AİHS Ek 1. Protokol'de¹³⁵ mülkiyet hakkı “Mülkiyetin korunması” başlığı altında¹³⁶ şu şekilde düzenlenmiştir¹³⁷:

varmıştır. Karar ve karşı oy yazısı için bkz. Any. Mahk. Esas Sayısı: 2010/58, Karar Sayısı: 2011/8, *AMKBB*, Karar Tarihi: 06.01.2011.

¹³¹ İstatistikler için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2013_ENG.pdf, Erişim Tarihi: 09.07.2014.

¹³² EKİNCİ, Hüseyin / SAĞLAM, Musa, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Avrupa Konseyi, 2012, s. 10-12; RATİP, Mehmet, “Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Uzun Yargılama Süreçlerine Çare Olur Mu?”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, <http://www.tepav.org.tr/tr/yayin/s/574>, s. 1, Erişim Tarihi: 20.06.2014.

¹³³ EKİNCİ / SAĞLAM, s. 9.

¹³⁴ ÖZBEY, Özcan, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 71; TURABİ, Selami, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Seçkin Yay., Ocak 2013, s. 14.

¹³⁵ Çalışmamızın bundan sonraki kısmında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1. Protokol ifadesi yerine sadece “Ek 1. Protokol” veya “AİHSEP” ifadeleri kullanılacaktır.

¹³⁶ Mülkiyetin korunması başlığı sözleşmeye 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11. Protokolle eklenmiştir. Başlık eklenmeden önce konu tartışmalıydı. Ancak AİHM 1979

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.”

Hükümde her ne kadar doğrudan geçmese de “mal ve mülk dokunulmazlığı” ile kastedilen mülkiyet hakkıdır. Nitekim AIHM, *Marckx v. Belgium* davasında¹³⁸ bu konudaki soru işaretlerini kesin bir dille gidermiştir. Mahkemeye göre; “Birinci Protokolün birinci maddesi mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bir kimsenin mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunabilmesi mülkiyet hakkının geleneksel ve temel bir yönüdür.”

B. Mülkiyet Hakkının Konusu

AIHM vermiş olduğu kararlarda mülkiyet hakkının konusunu ülke hukuklarından bağımsız “özerk” yorumlamaktadır. AIHM’e göre AIHSEP kapsamındaki mülkiyet hakkının konusu (mal ve mülk) sadece fiziki, maddi şeyler değildir. Diğer bir ifadeyle mülkiyet hakkının konusuna sadece taşınır ve taşınmazlar girmemektedir. Mahkemeye göre ister maddi olsun ister maddi olmasın her türlü şey mülkiyet hakkının konusuna girebilir. Menkul ve gayrimenkul mallar, alacak hakları, patent hakları, fikri haklar¹³⁹, tahkim kararları¹⁴⁰, hisse senetleri¹⁴¹, kira alma

tarhinde verdiği *Marckx v. Belçika* kararında hakkın belirlenmesi için ileri sürülen kelimeleri ve protokolün hazırlık çalışmalarını da dikkate alarak tanınan hakkın “mülkiyet hakkı” olduğunu belirtmiştir. Bu konuda bkz., SARI, Gürbüz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, XII Levha Yayınları, 2. Baskı, Nisan 2010, s. 2.

¹³⁷ 11 protokolle değiştirilen güncel metin, T.C Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı Web Sitesi, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/temel/ek1.pdf>, Erişim Tarihi: 27.06.2014; Metin için ayrıca bkz. BOZKURT, Enver, *İnsan Hakları Temel Metinler*, Asil Yayın Dağıtım, 2. Baskı 2011, s. 225.

¹³⁸ *Marckx v. Belgium*, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, <http://hudoc.echr.coe.int>, Erişim Tarihi: 28.06.2014.

¹³⁹ *Aral, Tekin and Aral v. Turkey*, Başvuru No: 2456394, 14.01.1998, para. 4, <http://hudoc.echr.coe.int>, Erişim Tarihi: 28.06.2014; Ayrıca bkz. *Anheuser-BuschInc. v.*

hakkı¹⁴², emeklilik maaşı hakkı, meşru beklentiler bunlara örnek gösterilebilir.

AİHM'in mülkiyet hakkına olan bu yaklaşım tarzı Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Anayasa Mahkemesi *Emiroğlu* kararında¹⁴³, mülkiyet hakkının konusunu tıpkı AİHM gibi ulusal mevzuattan bağımsız “özerk” bir kavram olarak yorumlamıştır. Mahkeme bu hususu şu şekilde ifade etmiştir¹⁴⁴: “*Sahip olunan şey kavramı, AİHS ve Anayasadaki düzenlenmeler açısından özerk bir kavram olarak ele alınıp değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu konudaki değerlendirmeler gerek AİHM ve gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından mevzuattan bağımsız olarak değerlendirilmektedir.*” Anayasa Mahkemesi’ne göre mülkiyet hakkının konusu (sahip olunan şey) Türk Medeni Kanunu ve diğer mevzuattan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Mahkeme yine aynı kararında bu yaklaşımın sonucu olarak “*alacak hakkı*”¹⁴⁵ ve “*meşru beklenti*” kavramlarının da mülkiyet hakkının konusu olarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir¹⁴⁶. Yeter ki bunlar mevcut bir şey veya malvarlığına ilişkin birer değer olsun.

Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkı kavramını açıklarken zikrettiğimiz kararlarında mülkiyet hakkının konusunu doktrinden farklı olarak çok geniş tuttuğunu ve bu yaklaşımın isabetli olduğu ifade edilmişti¹⁴⁷. Mahkeme bu kararıyla birlikte mülkiyet hakkının konusunu tıpkı AİHM gibi özerk yorumlayarak bu noktadaki tüm soru işaretlerini gidermiş, meseleyi belirli bir sistematığe oturtma açısından önemli bir

Portugal, Başvuru No:73049/01, 11/01/2007, para. 72, <http://hudoc.echr.coe.int>, Erişim Tarihi: 30.06.2014.

¹⁴⁰ *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Başvuru No:13427/87, 09.12.1994, para. 58-62, <http://hudoc.echr.coe.int>, Erişim Tarihi: 28.06.2014.

¹⁴¹ *Sovtransanto Holding v. Ukraine*, Başvuru No: 48553/99, 25.07.2002, para. 91-92, <http://hudoc.echr.coe.int>, 28.06.2014, Erişim Tarihi: 28.06.2014.

¹⁴² *Posti and Rahko v. Finland*, Başvuru No:27824/95, 24.09.2002, para. 76, <http://hudoc.echr.coe.int>, Erişim Tarihi: 28.06.2014.

¹⁴³ Any. Mahk. *Ağlar*, Başvuru Numarası: 2013/5660, *AMKBB*, Karar Tarihi: 20.3.2014.

¹⁴⁴ Ağlar kararı, para. 27.

¹⁴⁵ Alacak hakkının mülkiyet hakkına konu olabileceğini kabul eden bir başka karar için bkz. Any. Mahk. *Yıldırım*, Başvuru No:2013/711, *AMKBB*, Karar Tarihi: 3.4.2014.

¹⁴⁶ Ağlar kararı, para. 28.

¹⁴⁷ Bkz. “III. Mülkiyet Hakkı” Bölümü.

adım atmıştır. Buna göre mülkiyet hakkının konusu tıpkı Türk Medeni Kanunu'nda olduğu gibi sadece taşınır ve taşınmazlar değil mevcudiyeti olan veya malvarlığı değeri kapsamında değerlendirilebilecek her türlü maddi-gayri maddi mal ve haktır.

C. Mülkiyet Hakkının İçeriği

AIHSEP kapsamında mülkiyet hakkının içeriğini tespit edebilmek için “üç kural prensibi” zikredilmektedir. Üç kural prensibi ilk defa AIHM tarafından *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* davasında¹⁴⁸ verilen kararlar ortaya konmuştur. Mal ve Mülk Dokunulmazlığı (Genel Koruma) olarak adlandırılabilen 1. Kural mülkiyet hakkının tanınması, ona riayet edilmesiyle ilgilidir. Bu kural aynı zamanda her türlü müdahaleyi yasaklayıp mülkiyet hakkına genel bir koruma sağlamaktadır. Davalarda genel nitelikteki bu kurala uyulup uyulmadığı diğer bir ifadeyle mülkiyet hakkına saygı gösterilip gösterilmediği en son aşamada incelenecektir. Mülkiyetten Yoksun Bırakma olarak nitelendirilebilecek 2. Kural mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin hangi hallerde meşru olacağını düzenlemektedir. Mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin hangi hallerde meşru olacağını düzenlemektedir. Buradan çıkan iki sonuç vardır. Birincisi bu kuralla kişinin mülkiyet hakkının devlet tarafından engellenebilir, ihlal edilebilir nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Diğer taraftan ise bu müdahale yetkisi belirli koşullara bağlanmış, sınırlanmıştır yani sınırsız değildir. 2. kural kapsamında mülkiyet hakkına devlet tarafından yapılacak müdahalenin sözleşmeye uygun olabilmesi için üç koşul öngörülmüştür. Madde metninden çıkan bu üç koşul; müdahalenin kamu yararı sebebiyle yapılması, müdahalenin yasal koşullara uygun olarak yapılması ve müdahalenin uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olmasıdır. Mülkiyetin Kullanımının Kontrolü olarak adlandırılabilen 3. Kural Üçüncü kural; herhangi bir müdahale veya tedbir eğer mülkiyetin kontrolünü genel yarar veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak amacıyla devlete

¹⁴⁸ CARSS-FRISK, Monica, Mülkiyet Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Eylül 2005, s. 6; *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Başvuru No: 7151/75, 7152/75, 23.09.1982, para. 61, <http://hudoc.echr.coe.int>, Erişim Tarihi: 30.06.2014.

veriyorsa söz konusu olacaktır. Diğer bir ifadeyle bu kural sözleşmeye taraf devletlere mülkiyetin kullanımını kontrol etme yetkisi vermektedir.

Anayasa Mahkemesi de AİHM'in benimsemiş olduğu bu üç kural prensibini *Yıldırım* kararında değerlendirmesine esas almıştır. İlgili kararda başvuruçular, Esenyurt Belediye Başkanlığı aleyhine açtıkları kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin ödenmesi davası sonunda Mahkemece hükmedilen bedelin ödenmediğini, Belediye aleyhine yaptıkları icra takiplerinin sonuçsuz kaldığını belirterek, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşler, tazminat talep etmişlerdir. Mahkeme öncelikle AİHSEP mad. 1'e göre bu üç kural prensibini açıklamıştır. Akabinde ise Anayasanın 35. maddesini bu üç kural kapsamında ele almıştır¹⁴⁹. Mahkemeye göre 35. maddenin birinci fıkrası birinci kuralı, ikinci ve üçüncü fıkraları ise ikinci ve üçüncü kurala karşılık gelmektedir.

Ancak bu yaklaşımın AİHS ve AİHM'İN kararlarına uygun olduğunu söyleyemeyiz. Zira Anayasa mad. 35/f.3'te mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılmayacağı düzenlenirken, AİHSEP mad. 1/f. 3'te mülkiyet hakkının kullanımının devlet tarafından kontrol edilebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla AİHM'in benimsemiş olduğu üç kural prensibinin bir bütün olarak Anayasamıza uygulanması mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi üçüncü kural için var olan bu farklılığı *Akdoğan ve diğerleri* davasında şu şekilde ifade etmiştir: “*Her iki düzenlemenin üçüncü cümleleri ise farklı şekilde ele alınmıştır. Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken, Sözleşmeye Ek (1) numaralı protokolün birinci maddesinin ikinci fıkrası devletlere mülkiyeti kamu yararına düzenleme ile vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak bu durumun mülkiyet hakkı kapsamına girmediği belirtilmektedir.*”

Kanaatimizce Anayasa'nın 35. maddesine bu üç kural prensibinin tam olarak uygulanabilmesi için iki seçenek söz konusudur. Birincisi anayasanın 35. maddesinin 3. fıkrasının AİHSEP mad.1'in ikinci fıkrasına uygun bir şekilde değiştirilmesi. Diğer seçenek ise Anayasa

¹⁴⁹ Yıldırım kararı, para. 61-62-63.

Mahkemesinin üçüncü kuralı AİHM'den bağımsız bir şekilde yorumlamasıdır. Buna göre üçüncü kural mülkiyet hakkının toplum yararına uygun kullanılması şeklinde anlaşılacaktır. Baktığımızda kısa vadede birinci seçeneğin gerçekleşmesi pek mümkün değildir. Dolayısıyla AİHM'in benimsemiş olduğu üç kural prensibi Anayasamıza göre şu şekilde uygulanacaktır:

- 1) Kural - Mülkiyet hakkının tanınması, mülkiyet hakkına saygı gösterilmesi
- 2) Kural -Mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılması, engellenmesi
- 3) Kural – Mülkiyet hakkının toplum yararına uygun kullanılması, devletin bu yönde müdahale edebilmesi

Anayasa Mahkemesi *Yıldırım* kararında üç kural prensibini uygulamış ve ilk kural gereği mülkiyetten barışçıl yararlanma veya mülkiyete saygı ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁵⁰. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi söz konusu olayda ikinci ve üçüncü kurala herhangi bir aykırılık görmemiştir.

Her ne kadar Anayasamıza tam uyumlu olmasa da Anayasa Mahkemesi'nin bu üç kural prensibini benimsemesi oldukça önemli bir adımdır. AİHM'in içtihat haline getirdiği ve mülkiyet hakkı ile ilgili birçok davada uyguladığı bu üç kural hiç şüphesiz Türkiye'de mülkiyet hakkının içeriğini tespit ve korunmasında sistematik bir yaklaşım tarzı olarak kolaylık sağlayacaktır.

D. MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHELE (SINIRLAMA)

1. Genel Olarak

AİHSEP mad. 1'de düzenlenen mülkiyet hakkı mutlak bir hak değildir. Sınırlanabilen bir haktır. Nitekim yukarıda zikrettiğimiz ve iki ve üçüncü kural olarak tespit edilen hükümler, devlete mülkiyet hakkına müdahale imkânı vermiştir. AİHSEP mad. 1'e göre devlet ancak, kamu yararı ve vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için mülkiyet hakkına müdahale edebilir. Devletin, mülkiyet hakkına bu sebeple müdahale edebilmesinin de bir takım sınırları vardır. Bunlar; müdahalenin kanuni olması, uluslararası hukukun

¹⁵⁰ Yıldırım kararı, para. 61.

genel ilkelerine uygun olması, ölçülü olması ve makul bir karşılık verilerek yapılmasıdır.

2. Mülkiyet Hakkına Müdahale Nedenleri

AİHS kapsamında mülkiyet hakkına devlet tarafından yapılacak müdahale nedenlerinden ilki kamu yararadır. AİHM kamu yararı kavramını tanımlamaktan uzak durmuştur. Mahkeme *James and others v. The United Kingdom* davasında kamu yararı ile ilgili olarak tüm taraf devletlerin uzlaşabileceği ortak bir tanım çıkarmanın güçlüğünden bahsetmektedir. Dolayısıyla bu noktada öncelikli görevin devlete düştüğünü belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle neyin kamu yararı teşkil edeceğine devletin ilgili makamları karar verecektir.

Anayasa Mahkemesinin *Akdoğan ve diğerleri* başvurusunda¹⁵¹ kamu yararına olan bakış açısını AİHM'in bakış açısına yaklaştırmaya çalışmıştır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararı ile ilgili tespitleri şu şekilde sıralanabilir;

- Kamu yararının olup olmadığını takdir edecek organ yasama organıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda herhangi bir takdir etkisi yoktur. Zira yasama organı devletin ve toplumun ihtiyaçlarını en iyi bilecek konumdadır.
- Kural olarak ekonomik ve toplumsal müdahalelerin amacı kamu yararıdır.
- Müdahalenin kamu yararına uygun olup olmadığını ispat yükümlülüğü bunu iddia edene aittir.

Anayasa Mahkemesi kamu yararını bu şekilde tespit ederken *Ağlar* başvurusunda toplum yararı kavramına da değinmiştir. Mahkeme burada tıpkı ikinci bölümde zikrettiğimiz kararlarında olduğu gibi toplum yararı ve kamu yararı kavramlarını eşdeğerde görmekte, toplum yararı ifadesinin kamu yararı kavramının bir başka deyişi olduğunu ifade etmektedir¹⁵².

Kamu yararı ve toplum yararı kavramı oldukça geniş ve izafi kavramlardır. Mahkemenin ekonomik ve toplumsal bir politikayı hayata geçirmek amacıyla yapılan müdahalelerde kamu yararı amacının

¹⁵¹ Any. Mahk. *Akdoğan ve diğerleri*, Başvuru No: 2013/817, *AMKBB*, Karar Tarihi: 19.12.2013.

¹⁵² *Ağlar* kararı, para. 28.

olduğunu belirtmesi bu gerçeği değiştirmemektedir. Zira devletin mülkiyet hakkına yapmış olduğu müdahalelerin hemen hemen hepsi ekonomik ve toplumsal bir politikanın sonucudur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yaklaşımının değiştiğini söyleyemeyiz. Diğer yandan kamu yararı ve toplum yararı kavramlarının eş değer görülmeye devam etmesi ise AİHS ve AİHM'in kararlarına uygunluk açısından yerindedir. Buna paralel olarak Anayasa'nın 35. maddesinde de bu yönde gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

Mülkiyet hakkına yapılacak müdahale nedenlerinden bir diğeri vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamaktır. Bu neden ile AİHSEP mad. 1 ikinci paragrafı devletlere mülkiyet hakkına müdahale etmesi noktasında yetki tanımaktadır.

3. Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırları

a. Müdahalenin Yasal Olması

AİHSEP'in 1. maddesi mülkiyet hakkına yapılacak her türlü müdahale için yasallık şartını aramaktadır. Yasallık ilkesi Sözleşme bağlamında devletin gerçekleştirdiği herhangi bir müdahalenin ulusal hukukta bir dayanağının olması anlamına gelmektedir¹⁵³. Dolayısıyla hem 2. kural çerçevesinde mülkiyet hakkından yoksun bırakacak düzenlemeler hem de 3. kural çerçevesinde mülkiyet hakkını kontrol etmeye yönelik düzenlemelerin yasal bir karşılığı olmak zorundadır.

“Yasa” kavramı ile geniş anlamda bir ülkedeki tüm hukuki düzenlemeler kastedilmektedir. Burada önemli olan mevzuatın niceliği ve niteliği değil evrensel hukuk ilkeleriyle, hukuk devletiyle bağdaşır bağdaşmadığıdır. Amaç ise mülkiyet hakkına keyfi müdahalelerin önlenmesidir. Yasallık ilkesi ilgili düzenlemenin sadece mevzuatta yer almasını değil aynı zamanda bu mevzuatın kesinliğe sahip, erişilebilir ve anlaşılabilir olmasını da gerektirmektedir¹⁵⁴.

¹⁵³ HARRİS, D. J. / O'BOYLE, M. / BATES, E. P. / BUCKLEY, C. M, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi Yayını, 2013, s. 691.

¹⁵⁴ GRGİC, Aida / MATAGA, Zvonimi / LONGAR Matija / VILFAN Ana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı (çev. Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Haziran 2007, s. 14; HARRİS / O'BOYLE / BATES / BUCKLEY, s. 691; GÖZÜBÜYÜK, Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 425.

Baklanov v. Rusya davası¹⁵⁵ bu kapsamda incelenebilir. Başvurucunun parası bir kaçakçılık suçu kapsamında müsadere edilmiştir. Müsaderenin dayanağı olan kanun metni daha sonra değiştirilmiş, müsadereye ilişkin hüküm kaldırılmıştır. Ayrıca paranın suç ile ilişkisi de tam olarak saptanamamıştır. Dolayısıyla hâlihazırdaki müsadere kararının herhangi bir yasal zemini yoktur. Buna ilişkin bir içtihatla söz konusu değildir. Dolayısıyla diğer kriterlere girmeden mülkiyet hakkının ihlaline hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi *Ağlar* başvurusunda mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin mutlak anlamda (Any. mad. 35/f.2'deki ifadeye uygun olarak) kanunla yapılmasını öngörmüştür. Dolayısıyla AİHM'in benimsediği gibi kanun dışı düzenlemeler, içtihatlar mülkiyet hakkına müdahale için geçerli olmayacaktır. Yine mahkemeye göre kanuni herhangi bir dayanak olmadan yapılan sınırlandırmalar diğer şartların incelenmesine gerek kalmadan Anayasaya aykırı olacaktır¹⁵⁶.

b. Uluslararası Hukukun Genel İlkelerine Uygun Olması

Mülkiyet hakkına devletler tarafından yapılacak müdahalenin sınırlarından birisi uluslararası hukukun genel ilkelerine uygunluktur. Bu sınır daha çok mülkiyet hakkından yoksun bırakılma halinde tam karşılığın ödenmesi yönünde genel bir kuralı ifade etmektedir.

Ancak bu korumanın AİHM kararlarında herkes açısından değil sadece yabancılar açısından geçerli olduğu kabul görmektedir¹⁵⁷. Diğer bir ifadeyle, devletlerin sadece yabancıların mülkiyet hakkına müdahale etmesi durumunda bu ilke bir sınır olarak devreye girecektir.

c. Sınırlamanın Ölçülü Olması (Adil Denge)

Mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin bir diğer sınırı sınırlamanın ölçülü olması ilkesidir. AİHSEP mad. 1'in metninde yer almayan ve AİHM 'in içtihatlarıyla benimsenen bu ilke mülkiyet hakkı ile

¹⁵⁵ *Baklanov v. Russia*, Kabul No: 68443/01, 09.06.2005, <http://hudoc.echr.coe.int>, Erişim Tarihi: 30.06.2014.

¹⁵⁶ *Ağlar* kararı, para. 27.

¹⁵⁷ DİNÇ, s. 66; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 398.

ilgili başvuruların her aşamasında (üç kural) dikkate alınacaktır¹⁵⁸ “Adil denge” olarak ta ifade edilen bu ilkeye göre mülkiyet hakkına yapılacak müdahale nihai amaca ulaşmaya elverişli ve orantılı olmalıdır.

AIHM bu ilkeyi *James and others v. the United Kingdom* davasında müdahale sayesinde ulaşılmak istenen amaç ile yöntem arasında makul bir orantılılık olarak açıklamıştır¹⁵⁹. Başka bir kararında ise ölçülülük ilkesini; *toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında "adil denge" olarak ifade etmiştir*¹⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi *Ağlar* başvurusunda ölçülülük ilkesini tıpkı AIHM gibi “adil denge” olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre temel hak ve hürriyetlere kamu yararı amacıyla yapılacak sınırlandırma ile bireyin hak ve çıkarları arasında adil bir denge olmalıdır¹⁶¹.

d. Sınırlamanın Makul Karşılıkla Yapılması

Mülkiyet hakkına yapılacak herhangi bir müdahalenin sınırlarından birisi bu müdahalenin belirli bir karşılıkla yapılmasıdır. AIHSEP mad. 1 metninde yer almayan bu sınır tıpkı ölçülülük ilkesi gibi AIHM’in içtihatlarıyla benimsenmiştir. Mahkemenin bu yöndeki içtihatlarının oluşmasında sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuklarında ancak uygun bir bedel karşılığında mülkiyete son verileceğini öngören hükümler etkili olmuştur.

SONUÇ

Mülkiyet hakkı; 1961 ve 1982 Anayasası’nda Kişinin Hak ve Ödevleri başlığı altında 35. maddede 3 fıkra halinde düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkının tanındığı ilk fıkrada herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu vurgulanmış, ikinci fıkrada ise mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada ise mülkiyet hakkının malik tarafından toplum yararına aykırı kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

¹⁵⁸ DİNÇ, s. 62; Önceki dönemlerde yapılan başvurularda AIHSEP mad.1’in dili ayrıntılı bir şekilde incelenirken, son dönemdeki başvurularda doğruca adil denge ölçütünün uygulamasına geçildiği göze çarpmaktadır. HARRİS / O’BOYLE / BATES / BUCKLEY, s. 718.

¹⁵⁹ *James and others v. the United Kingdom*, para. 50.

¹⁶⁰ Bkz. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, para. 69.

¹⁶¹ *Ağlar* kararı, para. 32-33.

Mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı hak ve yetkiler mülkiyet hakkının muhtevasını oluşturmaktadır. Doktrin ve Anayasa Mahkemesi kararlarının çoğunluğu mülkiyet hakkının muhtevasını kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkileri olarak kabul etmektedir. Kanaatimizce mülkiyet hakkının muhtevası; doktrin ve Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği gibi sadece TMK' da belirtilen (üzerine eklense dahi) hak ve yetkilerden müteşekkil değil ve ancak onu da içine alan ayrıca hukuk düzenin öngördüğü yükümlülükleri de (ödevleri) ihtiva eden geniş bir hâkimiyet yetkisi olarak anlaşılmalıdır. Mülkiyet hakkının elastiki yapısına en uygun yaklaşım bu olacaktır. Bu sebeple mülkiyet hakkının muhtevasını sınırlayan TMK'nın 683. maddesinin mülkiyet hakkının geniş ve elastiki yapısına uygun olarak tekrar düzenlenmesi gerekmektedir.

Mülkiyet hakkının ne tür varlıklar üzerinde hâkimiyet yetkisi vereceği mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkının konusu doktrinin çoğunluğunda Medeni Hukuk (Eşya Hukuku) kapsamında ele alınmış ve mülkiyet hakkının sadece taşınır ve taşınmaz malları konu edindiği kabul edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi doktrinin aksine mülkiyet hakkının konusunu oldukça geniş tutmuştur. Mahkemeye göre mülkiyet hakkı iktisadi değeri olan her türlü mal, hak ve alacağı konu edinebilmektedir. AİHM, ise mülkiyet hakkının konusu noktasında sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuklarına bağlı kalmadan özerk bir yaklaşım sergilemektedir. AİHM'e göre mülkiyet hakkının konusuna her türlü mal, alacak ve hak girebilmektedir. Hatta meşru beklentiler bile mülkiyet hakkına konu olabilmektedir. AİHM'in bu özerk yaklaşımı daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiş ve bireysel başvuru neticesinde verilmiş olan kararlarda uygulanmıştır. Yukarıda mülkiyet hakkının muhtevasını değerlendirirken belirttiğimiz gibi mülkiyet hakkının sadece Medeni Hukuk'a (Eşya Hukuku) göre tayin edilmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin özellikle AİHM'e uygun olarak benimsediği özerk yaklaşım oldukça yerindedir.

Mülkiyet hakkı sınırlanmayan mutlak bir hak değildir. Anayasamıza göre mülkiyet hakkı toplum ve kamu yararı amacıyla sınırlanabilecektir. Ancak hem kamu yararı kavramı hem de toplum yararı kavramları oldukça esnek, geniş ve keyfi yorumlanabilecek kavramlardır. Dolayısıyla bu kavramların olabildiğince dar yorumlanması gerekmektedir. Bu kavramların ne anlam ifade ettiği noktasında doktrinde görüş birliği yoktur. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu iki kavramı

kararlarının çoğunluğunda eş değer olarak görmektedir. Kanımızca hem Anayasa Mahkemesi'nin kararı hem de doktrindeki farklı görüşler dikkate alındığında mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılmayacağını öngören 35. maddenin 3. fıkrasının kaldırılması ya da Anayasa Mahkemesi tarafından içeriğinin net bir şekilde belirlenmesi icap etmektedir.

Anayasa'nın 12. maddesi ve 35. maddesine göre mülkiyet hakkına yapılacak olan sınırlandırmaların bir takım sınırları vardır. Bunlar; sınırlamanın kanunla yapılması, sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması, sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması, sınırlamanın mülkiyet hakkının özüne dokunmaması, sınırlamanın laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmaması, sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması. Ne Anayasa Mahkemesi kararlarında ne de doktrinde bu kavramlar somut bir şekilde açıklanamamaktadır. Bu durum ise mülkiyet hakkına yapılacak olan sınırlamaların Anayasa Mahkemesi tarafından yerli yersiz engellenmesine neden olacaktır. AİHM'in kararlarına bakıldığında ise AİHSEP mad. 1 kapsamında mülkiyet hakkına yapılacak sınırlamanın sınırları; sınırlamanın yasal olması, uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olması, ölçülü olması ve makul bir karşılık verilerek yapılmasıdır. AİHM tarafından sınırlı bir şekilde ortaya konulan bu sınırlar yine Mahkeme tarafından içtihatlarla somut bir şekilde açıklanmaya çalışılmaktadır. Sonuç olarak Türk Anayasa koyucunun da Anayasa'da geniş ve keyfi yorumlanmaya müsait mezkûr sınırları AİHM'in içtihatlarına uygun bir şekilde yeniden düzenlemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarıyla bu sınırlara açıklık getirmesi elzemdir.

Tüm bu değerlendirmelerin neticesinde mülkiyet hakkına getirilecek tanımın da dar kapsamlı olmaması mülkiyet hakkının elastiki yapısına uygun olması gerekmektedir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin mülkiyet hakkı ile ilgili kararları incelendiğinde;

- Anayasa Mahkemesi'nin özellikle mülkiyet hakkının sınırlandırılması ile ilgili kararlarda çok afaki bir yaklaşım tarzı sergilediği görülmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin daha somut nitelikte kararlar vermesi gerekmektedir.

- Mahkeme, mülkiyet hakkının konusu ve muhtevası konularında tutarlı ve net bir yaklaşım sergilemese de AİHM'in etkisiyle bireysel başvuru kararlarında mülkiyet hakkını sistematik bir şekilde ele almaya

başlamıştır. Özellikle AİHM'in kararlarında uyguladığı üç kural prensibi ile mülkiyet hakkına özerk yaklaşımı isabetli bir şekilde Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir.

- Anayasa'da bir temel hak olarak düzenlenen mülkiyet hakkı ile TMK'da bir aynı hak olarak düzenlenen mülkiyet hakkı özellikle mülkiyet hakkının konusu noktasında farklılık arz etmektedir. Anayasal hak olarak mülkiyet hakkı çatı bir kavramdır ve TMK'daki mülkiyet hakkı kavramını da kapsayan, geniş bir nitelik arz etmektedir. Dolayısıyla mahkemenin kararlarında mülkiyet hakkını anayasal hak olarak ele alması olası tartışmaları engellemesi açısından yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Abdullah, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Der Yayınları, İstanbul 2007.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, İÜİHD, C. 5, S. 2, 2012.
- AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2009.
- ARMAĞAN, Servet, 1961 Anayasasına Göre Temel Hak ve Ödevler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 7. Baskı, Ekim 2012.
- AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Mimoza Yayınları, 4. Baskı, Konya 2012.
- AYBAY, Aydın / AYBAY, Rona, Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, Eylül 2012.
- AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- BARKAN, Ömer Lütfi, Türkiye'de Toprak Meselesi Toplu Eserler Cilt 1, Gözlem Yayınları, İstanbul 1980.
- BAŞPINAR, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- BERKİ, Şakir, “Roma'da Aynı Haklar”, AÜHFD, Cilt 5, Sayı 1-4.

- BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, 30. Bası, Ankara 2012
- BOZKURT, Enver, İnsan Hakları Temel Metinler, Asil Yayın Dağıtım, 2. Baskı 2011.
- BULUT, Nihat, “Mülkiyet Konusunda Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, EÜHF, C. X, S. 3-4, 2009.
- CARSS-FRISK, Monica, Mülkiyet Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Eylül 2005.
- CHALLAYE, Felicien, Mülkiyetin Tarihi (çev. Arif Kızıgıntuğ), Düşünen Adam Yayınları, Ocak 1994.
- COŞAR, V. Ahsen, “Mülkiyet Kavramı ve Çeşitleri”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1985.
- ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz, Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara 2012.
- ÇETİN, Kenan, Selçuklu Medeniyeti Tarihi, Yitik Hazine Yayınları, Ağustos 2011.
- DAL, Kemal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksek Okulu, Ankara 1984.
- DEMİR, Fahri, İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 5. Baskı 2012.
- DOĞAN, İlyas, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2013.
- EKİNCİ, Hüseyin / SAĞLAM, Musa, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Avrupa Konseyi, 2012.
- EKİNCİ, Hüseyin / SAĞLAM, Musa, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Avrupa Konseyi, 2012.
- ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 10. Baskı.
- EREN, Abdurrahman, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması, Turhan Kitabevi, Ocak 2007.
- EREN, Fikret, “Mülkiyet Kavramı”, A. Recai Seçkin’e Armağan, AÜHF Yay., s. 766; ÖZEL, Sadullah, Mülkiyet,

- Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- EREN, Fikret, Anayasa ve Yeni Gelişmeler Işığında Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam, Medeni Kanun'un 50. Yılı, AÜHF Yay., Ankara 1976.
- EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.
- ERTAŞ, Şeref, "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yıl Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum (editörler: A. Lale Sirmen, Çiğdem Kırca, Vedat Buz), AÜHFY.
- ETGÜ, Mehmet Akif, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, XII. Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md. 13)", Anayasa Dergisi, C. 18, 2002.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Mimoza Yayınları, Konya 1994.
- GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, 14. Baskı, Kasım 2013.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 14. Baskı, Şubat 2013.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- GRGİC, Aida / MATAGA, Zvonimi / LONGAR Matija / VILFAN Ana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı (çev. Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Haziran 2007.

- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, 12. Baskı, Ankara 2009
- GÜRİZ, Adnan, Teorik Açından Mülkiyet Sorunu, AÜHF Yayınları, Ankara 1969.
- HARRİS, D. J. / O'BOYLE, M. / BATES, E. P. / BUCKLEY, C. M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi Yayını, 2013.
- İMAMOĞLU, M. Altuğ, Mülkiyet ve Toprak Sistemleri, Yazıt Yayın Dağıtım, Ankara 2006.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, 6. Baskı.
- KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku Cilt 3, İz Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2012.
- KÜÇÜKBİÇAKÇI, Erdem, "Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları", Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2010 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZER, Seliçi / ÖZDEMİR, Saibe Oktay, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.
- ÖKTEM, Niyazi / TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, Felsefe Sosyoloji Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2012.
- ÖRÜCÜ, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, İstanbul 1976. SARI, Gürbüz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, XII Levha Yayınları, 2. Baskı, Nisan 2010.
- ÖZBEY, Özcan, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2013.
- ÖZTÜRK, Kazım, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayını, Ankara 1966.
- RATİP, Mehmet, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Uzun Yargılama Süreçlerine Çare Olur Mu?",

- Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı,
[http:// www.tepav.org.tr/tr/yayin/s/574](http://www.tepav.org.tr/tr/yayin/s/574).
- SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, A.Ü Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982.
- SEROZAN, Rona “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 6. Baskı, Mayıs 1986.
- ŞİMŞEK, Suat “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Karşılaştırmalı Bir Analiz Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, TBB Dergisi, 91. Sayı, Kasım-Aralık 2010.
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2012.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- TİRYAKİ, Refik, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- TUĞRUL, Saim, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, Kazancı Kitap, İstanbul 2004.
- TUNAYA, Tarık Zafer. Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, 5. Bası.
- TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Berikan Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2012.
- TURABİ, Selami, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Seçkin Yay., Ocak 2013.
- TURAN, Osman, Selçuklular ve İslamiyet, Ötüken Yayınları, İstanbul 2005.
- TURHAN, Mehmet, “Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, *Anayasa Yargısı*, Ankara 1991, S. 8.
- UYGUN, Oktay, Kamu Hukuku İncelemeleri (1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları), XII Levha Yayınları, Ocak 2011.

- ÜÇOK, Coşkun / MUMCU, Ahmet / BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2002.
- ÜNAL, Mehmet, “Ferdî (özel) Mülkiyetin Tarihi, Dini ve Beşeri Kökenleri”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006.
- ZEVKLİLER, Aydın, “Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler”, Bülent Nuri Esen’e Armağan, AÜHF Yay., Ankara 1977.

DOLANDIRICILIK SUÇUNUN HİLE UNSURUNA İLİŞKİN SORUNLAR

Arş. Gör. Volkan MAVİŞ*

Özet

Dolandırıcılık, gündelik hayatta bireylerin en çok karşılaştığı suçlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Resmi rakamlar gösteriyor ki, suçun işlenme oranı günden güne artış gösteriyor. Bu nedenle, devletin bireylere etkin koruma sağlama yükümlülüğü daha da önem kazanmaktadır. Dolandırıcılık suçunun hileye ilişkin sorunları bu bakımdan özel incelemeye alınmalıdır. Hile unsurundan kaynaklı dört temel sorun gerek içtihatlarla, gerekse kanuni düzenlemelerle çözüme kavuşturulabilir. Öncelikle, basit hile suçun oluşumu için yeterli kabul edilmelidir. Böylelikle saf veya tecrübesiz kişilerin mağduriyetinin yaptırımsız kalmasının önüne geçilebilir. İkinci olarak, suçun ihmali hareketle işlenebilir olduğu kanuni düzenleme ile açıklığa kavuşturulmalıdır. Son olarak, karşılıksız yararlanma fiillerine ve kartopu sözleşmelerine ilişkin ayrı suç tipleri öngörülmalıdır, çünkü dolandırıcılık suçunun bu hallere çözüm sunamadığı söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Dolandırıcılık suçu, karşılıksız yararlanma, kartopu sözleşmeleri, İhmali hareket

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

THE PROBLEMS ON DECEPTION ELEMENT OF THE CRIME OF FRAUD

Abstract

Fraud is one of the most common crimes which people confront in everyday life. Official statistics indicates that the crime of fraud rates have been rising day by day. Therefore, the duty of the government to provide an effective protection increases in importance. In this regard, the problems on deception which raise the crime of fraud ought to be reviewed specifically. The four main problems which emerge from the deception element of fraud must be resolved through case-law and new legislations. Primarily, simple deception should be sufficient for the constitution of fraud. Thus, victimization of unexperienced and naïve people is not gone unpunished. Secondly, a new legislation is required in order to criminalize any fraud committed through negligence as a criminal act. And lastly, the offence of making off without payment and pyramid schemes should be distinguished as different criminal acts from fraud since the crime of fraud has failed to address these cases.

Keywords: The crime of fraud, making off without payment, pyramid schemes, neglected act

1. Giriş

Dolandırıcılık suçu, bireylerin malvarlığı güvenliğini tehdit eden en ağır ihlallerden birisi olmaya devam ediyor. Bu durum, hepimizi gündelik hayattaki sıradan işlerimizde dahi fazladan tedbirli olmaya sevk ediyor. Bugün, kitle iletişim araçlarıyla yapılan sıradan görüşmeler dahi birer tehdit olarak karşımıza çıkabilmekte. Bunun esas sebebi olarak dolandırıcılık suçunun dinamik yapısı gösterilebilir. Özellikle gelişen teknoloji, hayatımıza rahatlık getirmekle birlikte suçun icrasını kolaylaştıran bir başka etken oluyor. Böylelikle suç modern sanayi toplumunda daha büyük bir sorun teşkil ediyor. Gelişen sanayi ve ekonomiye paralel olarak yükseliş gösteren yoğun insan trafiği de suç

oranını arttıran bir başka etken olarak kendisini gösteriyor¹. Dolandırıcılık suçuna ilişkin son resmi veriler de endişemizi haklı çıkaran nitelikte. Her zaman toplumsal huzura yönelik ciddi bir tehdit olan dolandırıcılık, son yıllarda yükselişe geçmiş bulunmaktadır. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün verilerine göre 2011 yılında 82.412 dolandırıcılık suçu işlenmiştir². 2012 ve 2013 yıllarında bu sayının sırasıyla 96.888³ ve 103.687'ye⁴ çıktığını görüyoruz. Bu halde, nüfus artışı ve dolandırıcılık tekniklerindeki ilerleme suç sayısının artışına ivme kazandırmış görünmektedir.

Bugün, dolandırıcılık fiilleriyle etkin mücadele için gerekli tedbirlerin alınmasının gerektiği ortadadır. Dolandırıcılığın temel unsurlarından olan hileli hareket pek çok farklı şekilde ortaya çıkabilir. Bu halde hangi fiillerin dolandırıcılık kapsamında değerlendirileceği, suça karşı gerekli önlemlerin alınmasında önem arz eder. Ceza hukukunda dolandırıcılık suçunda hile unsuruna ilişkin tartışmalar halen devam etmektedir. Bu tartışmalardan yola çıkarak dolandırıcılık suçunun oluşması için gereken hileli hareketin niteliğini tespit etmeye yönelik görüşler incelenecektir. Suçun oluşmasına neden olabilecek birçok farklı fiil mevcuttur. Bu fiillerden hangilerinin suçun oluşumuna neden olacak eşiği aştığı tartışma konusudur. Yine, 765 sayılı eski TCK kapsamında yer almasına rağmen yeni kanunda yer verilmeyen kimi karşılıksız yararlanma fiillerinin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği de tartışmalara neden olmaktadır. Son olarak, doktrinde kartopu sözleşmeleri olarak adlandırılan piramit satış sözleşmelerinin ayrı bir suç tipi olarak

¹ SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010 s. 416.

² Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü: Ceza Mahkemelerinde 5237 Sayılı TCK Uyarınca 2011 Yılı İçinde Açılan Davalardaki Suç ve Sanık Sayıları, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/2011-5237acilan.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.07.2014).

³ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü: TCK Uyarınca Açılan ve Karara Bağlanan Davalarda Yoğunluk Gösteren Suç Sayıları, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2012/46.pdf, (Erişim Tarihi: 14.07.2014).

⁴ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü: TCK Uyarınca Açılan ve Karara Bağlanan Davalardaki Suç Türleri, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/57.pdf, (Erişim Tarihi: 14.07.2014).

düzenlenmesinin gerekliliği incelenecektir. Dolandırıcılık suçunun hile unsuru bu sözleşmelerin kendine özgü yapısından kaynaklı sorunlara yeterli çözüm getirememektedir. Çalışmamızın ilk kısmında dolandırıcılık suçuna ilişkin genel açıklamalar verilecek, ardından hile unsuruna dair tartışmalar ele alınacaktır.

2. Türk Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçu

Bu bölümde dolandırıcılık suçuna ilişkin genel bilgiler verilmeye çalışılacaktır. Çalışma esas itibariyle dolandırıcılık suçunun tamamına odaklanmadığından, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifleten sebeplere ilgili yerlerde atıfta bulunmakla yetinilecektir.

2.1. Korunan Hukuki Yarar, Suçun Konusu, Fail ve Mağdur

Dolandırıcılık suçu, 5237 sayılı TCK'nın "Malvarlığına Karşı Suçlar" bölümü altında düzenlenmiştir. Kanunun 157-159 maddeleri arasında ilgili hükümler yer almaktadır. TCK mad. 157 "*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir*" demektedir⁵. Bu tanımdan yola çıkarak korunan hukuki değer mülkiyet hakkı olduğunu söylemek mümkündür. Öğretide bireyin irade yeteneğinin de koruma altına alındığı ifade edilmektedir⁶. Yargıtay da irade özgürlüğünün koruma altına alındığını kararlarında vurgulamıştır⁷. Malın elde edilmesi için mağdurun aldatılması arandığına göre, bireyin iradesinin de koruma altında olduğu söylenebilir.

Malvarlığına ilişkin her türlü değer suçun konusunu oluşturabilecektir. Ekonomik değeri olan her türlü taşınır veya taşınmaz

⁵ 26.09.2004 gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (Resmî Gazete 12.10.2004, No: 25611).

⁶ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M.Ruhan / ÖNOK, R.Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2013, s.638.

⁷ "Bu suç iki konulu bir cürüm olup, malvarlığı yanında kişinin irade serbestisi ve rıza özgürlüğü de korunmaktadır. Çünkü, dolandırıcılık suçunda malın teslimi mağdurun rızası ile gerçekleşmekte, fakat bu teslim hile ve desise kullanılarak sakatlanmış, özgür olmayan bir iradeye dayanmaktadır." Yarg. CGK. 24.12.2002, E.6-306, K.441 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

mal suça konu olabilir. Bunun yanında haksız olarak hizmet elde edilmesi durumunda da suç oluşacaktır. Örneğin, bir doktorun haksız olarak ameliyat yapmaya ikna edilmesi halinde dolandırıcılık suçunun varlığı kabul edilmelidir⁸. Ancak, maddi değeri bulunmayan şeylerin suçun konusu olup olamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre salt manevi değere sahip şeyler de (mektup, fotoğraf) suçun konusunu oluşturur⁹. Aksi görüşe göre, yalnızca ekonomik değere sahip şeyler suça konu olabilir¹⁰. Bizce de, dolandırıcılık suçu bakımından esas olan ekonomik değeri korumaktır¹¹. Suçun oluşabilmesi için mağdurun malvarlığında zarar oluşması arandığından ve manevi değere sahip şeyler malvarlığı içinde değerlendirilemeyeceğinden suç oluşmayacaktır.

Dolandırıcılık suçu fail bakımından özellik göstermez. Herhangi bir kimse bu suçun faili olabilir. Ancak, TCK mad.158/1-h ve i gereğince, suçun *“tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında, serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle”* işlenmesi halinde verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. Yani suçun bu nitelikli hali ancak özel faillik vasfını taşıyan kişilerce işlenebilecektir¹². Öte yandan *“görevinin sağladığı güveni kötüye*

⁸ Dönmezer, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, s.467.

⁹ ARTUÇ, Mustafa: Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara 2007, s.363.

¹⁰ ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2012, s.651; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.638.

¹¹ Bu konudaki tartışmalar esas itibarıyla malvarlığına karşı işlenen suçlarda suçun konusuna ilişkin farklı yaklaşımlardan kaynaklanmaktadır. Bir görüşe göre, ceza hukukundaki malvarlığı kavramı, özel hukuktaki malvarlığı kavramı ile özdeştir. Yani, ekonomik değer taşıyan şeyler malvarlığı içerisinde değerlendirilebilir. İkinci bir görüşe göreyse, ceza hukukundaki malvarlığı kavramı, özel hukuktakinden farklıdır. Ceza hukukunda malvarlığına ilişkin ayrı bir değerlendirme yapılması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SELÇUK, Sami: Dolandırıcılık (Evrimi-Suç Genel Kavramı İçindeki Yeri), İstanbul 1982, s. 35 vd.

¹² Herkes tarafından işlenebilmekle birlikte nitelikli halinin ancak özel failce işlenebildiği suçlar *“görünüşte özgü suç”* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s.105-106.

kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi” dolandırıcılık suçunu değil, TCK mad. 250/2’deki irtikâp suçunu işlemiş olur.

Suç mağdur bakımından da özellik göstermemektedir. Genel kabule uygun olarak yalnızca gerçek kişiler bu suçun mağduru olabilirler. Tüzel kişiler ise ancak suçtan zarar gören olabilecektir. Ne var ki, Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında tüzel kişinin de mağdur olabileceğine karar vermiştir. Kararda olaya konu olan şirketler dolandırıcılık suçunun mağduru olarak nitelenmişlerdir¹³. Önemle belirtelim ki, malı zarar gören kişi ile aldatılan kişinin aynı olması gerekmemektedir. TCK mad.157’deki *“bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak”* ifadesinden bu sonucu çıkarmaktayız. Malı elinde bulunduran zilyedin aldatılması durumunda, zilyet suçun mağduru, mal sahibi ise suçtan zarar gören olacaktır. Bununla birlikte, aldatılan kişi malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip kılınmış olmalıdır. Mal üzerinde tasarruf yetkisi olmayan kişinin aldatılması halinde, dolandırıcılık suçu değil, duruma göre hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır¹⁴.

Suç mağdur açısından özellik göstermese de mağdurun içinde bulunduğu durum ağırlaştırıcı neden olarak karşımıza çıkabilmektedir. TCK mad. 158/1-c’de *“kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle”* suçun işlenmesi halinde cezada artırım yapılacağı belirtilmiştir. Maddede algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanılmasına vurgu yapılmıştır. Öyleyse, mağdurun en azından hile olgusunu algılayabilecek yeteneğe sahip olması aranacaktır¹⁵. Mağdur bundan dahi yoksun ise dolandırıcılık suçunun değil, diğer koşulların varlığı halinde hırsızlık suçunun oluşacağı kabul edilmelidir.

¹³ “Olay tarihinden önce mağdur şirketler olan CSC O... Inc., C... S... C... ve C... S.A. şirketlerinin Türkiye’deki işlerini takip etme yetkisini mağdur E. S. İthalat ve İhracat Ticaret Limited Şirketi’ne verdikleri...”, Yarg. CGK. 09.03.2010, E.2009/109, K.2010/48 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

¹⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.639.

¹⁵ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s.646.

2.2. Fiil

Dolandırıcılık suçunda eylemin tipe uygunluğu için harekete ilişkin belirli şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Kanun koyucu, “*hileli davranışlarla*” bir kimsenin aldatılması gerektiğini belirtmiş, hangi hareketlerin bu suçu oluşturacağına üzerinde durmamıştır¹⁶. Öyleyse dolandırıcılık suçunun serbest hareketli bir suç olduğunu söyleyebiliriz¹⁷. Ancak, pek çok farklı şekilde karşımıza çıkan hileli hareket tek başına yeterli değildir. Hileli hareket mağdurun iradesini etkileyip, aldanmasına sebebiyet vermelidir. Önceden de belirtildiği üzere, dolandırıcılık suçunu oluşturan hareketler farklılık arz eder¹⁸. Harekete ilişkin genel bir çerçeve çizmek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle suç, malvarlığına ilişkin diğer suçlara nazaran daha karmaşık bir yapıdadır. Suçun bu karmaşık yapısı, hangi fiillerin aldatmaya elverişli olduğunun tespitinde sorun oluşturmaktadır. İlerleyen bölümde bu konu özel olarak irdelenecektir.

Suçun oluşması için aldanma neticesinde mağdur veya bir başkası zarar etmeli, fail veya bir başkası yarar sağlamalıdır. Aldatıcı hareketin sebep olduğu zarar ile elde edilen yarar illiyet bağlantısına sahip olmalıdır. Oluşan zarar ve yarar hareketin neticesi değilse, dolandırıcılık suçu oluşmaz. Örneğin, hali hazırda mevcut olan bir borç için, sanığın hileli hareketlere başvurması halinde dolandırıcılık suçunun varlığından bahsedemeyiz¹⁹. Zararın varlığı tek başına yeterli olup, ayrıca zararın miktarı önem taşımaz. Suçun oluşumu için malvarlığına ilişkin zarar

¹⁶ Gerçekten, hangi hareketlerin bu suçu oluşturacağına ilişkin bir sınırlama yapmak mümkün görünmemektedir. Dolandırıcılık yolları günden güne değişiklik göstermektedir. Yargıtay’ın da bu duruma vurgu yaptığı kararları mevcuttur. “Bu kabulün sonucu olarak belirtilen hareketler sonsuz şekilde gerçekleştirilebilir. Bu hareketler fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi başka kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir. Yazılı ve görsel ilanlarla, sözlü açıklamalarla yalanların onaylanması, yazılı yalanların kullanılması, diğer belirli bazı hareketlerle gerçeğin gizlenerek sahte film, raporlar ve vesikalar gösterilerek merhamet çekilmesi hallerinde de hile ve desise söz konusudur”, Yarg. CGK. 24.11.1998, E.6-280, K.359 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

¹⁷ GÖKÇEN, Ahmet / BALCI, Murat: “Dolandırıcılık Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C.14, S.1-2, s.1-55, s.15.

¹⁸ SOYASLAN, s.417.

¹⁹ GÖKÇEN / BALCI, s.23.

mutlak olarak arandığından, tehlike halinde suç oluşmayacaktır. Bu nedenle dolandırıcılık bir zarar suçudur. Failin veya bir başkasının yarar sağlaması da eylemin tipe uygunluğu için aranan şartlardandır. Ancak, hukuka aykırı malvarlığı değerlerinden aldatma yoluyla yarar sağlanması durumunda suçun oluşmayacağı kabul edilmektedir²⁰. Hukuk düzeninin, yasaya aykırı bir değeri koruması mümkün değildir²¹. Ancak, TCK mad.159 özel bir hükme yer vermiştir. Buna göre, “*dolandırıcılığın, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde*” verilecek cezada indirimine gidilecektir. Ayrıca, bu halde suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı kılınmıştır.

Yukarıda harekete ilişkin yapılan açıklamalardan yola çıkarak, dolandırıcılığın malvarlığına ilişkin diğer suçlardan farklarını belirtmeyi faydalı görüyoruz. Karmaşık yapısı nedeniyle dolandırıcılık sıkça diğer suç tipleriyle karıştırılmaktadır. Dolandırıcılık ve hırsızlık suçları arasındaki farka dikkat edilmesi gerekmektedir. Hırsızlık suçunun oluşması için malın zilyedin rızasına aykırı olarak yerinden alınması gerekmektedir. Oysa, dolandırıcılık suçunda fail malı mağdurun rızasıyla elde etmektedir, ancak bu rıza iradenin bozulmasından kaynaklanmaktadır²². Yine iki suçun konuları bakımından da ayırım mevcuttur. Hırsızlık suçunun konusunu yalnızca taşınır mallar oluşturabilir. Dolandırıcılık, suçu taşınır veya taşınmaz her türlü eşya üzerinde işlenebilir. İkinci olarak, dolandırıcılık ve güveni kötüye

²⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.655.

²¹ Aksi yönde BAKICI, Sedat: 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Ankara 2008, s.233. Yazar, hukuka aykırı davranan kişinin korunmaması gerektiğini, aldatılan kişinin hukuka aykırı bir amaç gütmemesinin, aldatan failin cezalandırılmasını gerektiren sebepleri ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir.

²² “Şikâyetçinin dükkânına alışveriş için gelen ve bir kısım emtia satın alan sanıkların kontrollü telefon olup olmadığını sorduktan sonra görüşme yapmak için dışarıya çıktıktan ve şikâyetçinin başka müşterilerle ilgilendiği sırada hazırlattıkları suça konu malları parasını ödmeden alıp dükkânın önünde duran araçlarına binip gitmekten ibaret eylemlerinde dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarından olan hile ve desise bulunmayı TCK'nun 491/3. madde ve bendindeki hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden...”, Yarg. 11.CD. 22.10.2003, E.2002/8634, K.2003/7143 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

kullanma suçlarının ayrımı oldukça zor olabilmektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda, dolandırıcılığın aksine malın zilyetliği mağdurun geçerli rızası ile elde edilmiştir²³. Yani fail, malı mağdurun iradesini etkilemeden elde etmektedir. Öte yandan fail, malikin rızası olmadan mal üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. İşte dolandırıcılık suçunu, bu iki suç tipinden ayıran temel nokta sakat iradedir. Dolandırıcılığı karakterize eden de işte bu hiledir²⁴. Son olarak, yağma suçunun dolandırıcılıktan farklı yönlerine değinmek gerekmektedir. Yağma suçunda kişi tehdit veya cebir yoluyla malının alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakılmaktadır. Dolandırıcılıktan farklı olarak kişinin malı hile ile değil, zorlama yoluyla alınmaktadır.

3. Dolandırıcılık Suçunda Hileye İlişkin Sorunlar

Doktrinde, suçun hile unsuruna ilişkin tartışmalar dört başlık üzerinde yoğunlaşmaktadır. Biz de birbirinden farklı noktalara yoğunlaşan bu konuları ayrı başlıklar altında incelemeyi uygun görüyoruz.

3.1. Hileli Davranışın Kandırmaya Yeterliliği Sorunu:

765 sayılı eski TCK mad. 503'te “*bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlayan*” kişinin dolandırıcılık suçunu işlemiş olacağı belirtilmekteydi²⁵. Görüldüğü gibi eski kanunda, 5237 sayılı TCK'da yer verilen tanımdan farklı olarak hile ve desise ayrımına yer verilmişti. Desise, mağduru yanıltmak için

²³ “Olay tarihinde müezzin olarak görev yapan sanığın, şikâyetçinin cami için bağış yapacağını söylemesi üzerine, yetkisi olmadığı halde kullanımdan kaldırılan makbuzu düzenleyerek aldığı parayı dernek kasasına intikal ettirmemesi şeklindeki eyleminde, suça konu paranın verilmesini temin için başlangıçta hile ve desiseler kullanılmayıp, rızaen bağış olarak verilmesi nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı, sanığın dernek adına aldığı parayı kendisinde alı koymak suretiyle, TCK'nın 508. maddesindeki takibi şikâyete bağlı güveni kötüye kullanmak suçunu işlediği ve mağdurun şikâyetinden vazgeçtiği anlaşıldığından, kamu davasının TCK'nın 99. maddesi gereğince düşürülmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın mahkûmiyetine hükümlenmesi”, Yarg. 11.CD. 17.06.2002, E.2002/4278, K.2002/5893 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

²⁴ SOYASLAN, s.416.

²⁵ 01.03.1926 gün ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu (Resmî Gazete 13.03.1926, No: 320).

kullanılan maddi vasıtalar olarak tanımlanmıştır²⁶. Keza Yargıtay da desiseyi maddi nitelikteki fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmek için kullanılan aldatici vasıtalar olarak tanımlamaktadır²⁷. Desise kavramının yeni kanundan hariç tutulması tereddüde neden olmuştur. Bugün, desiseye kanunda yer verilmemesinin bir eksiklik olmadığı öğretilerde savunulmaktadır²⁸. Bizce de kanun koyucu desise kavramına bilerek 5237 sayılı kanunda yer vermemiştir. Madde metninde suçun “*hileli davranışlarla*” işlenebileceği belirtilmiştir. Şüphesiz ki hile, desiseyi de içine alan daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle, hileli tüm davranışları suçun oluşumu için mümkün gören kanun koyucunun, desise yoluyla işlenen suçları cezalandırmaması düşünülemez. Sonuç olarak, desise kavramına kanunda yer verilmemiş olmasının pratikte bir önemi kalmamaktadır.

5237 sayılı TCK’da suçun hileli davranışlarla işlenebileceği belirtilmiştir. “*Hile, gerçekte mevcut olmayan bir hususu mevcut göstermek veya gerçekleşmiş bir olayı olduğundan başka türlü ya da hiç gerçekleşmemiş gibi göstermek suretiyle bir insanın yanlıya düşürülmesi*” olarak tanımlanmıştır²⁹. Bir başka yazar hileyi, “*birtakım sahte, suni hareketler ile gerçeğin çarpıtılması, gizlenmesi ve saklanması*” olarak nitelmiştir³⁰. Görüldüğü gibi, hile kavramına ilişkin ortak bir yargıya ulaşmak mümkün görünmemektedir. Hileye ilişkin bu kavram karmaşası, hangi hareketlerin bu suçu oluşturacağına ilişkin farklı görüşleri beraberinde getirmektedir. O halde, hile kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Hileye yönelik geleneksel açıklamalarda, özel hukuk hilesi ceza hukuku hilesi ayrımını zorunlu kabul eden görüşler bulunmaktadır³¹. Bu ikili ayrımın ortaya çıkışı, özel hukuk ilişkilerine

²⁶ BAKICI, s.225.

²⁷ Yarg. 11.CD. 21.02.2006, E.2004/5558, K.2006/1119 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

²⁸ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s.647.

²⁹ ÖZGENÇ, İzzet: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s.19.

³⁰ SOYASLAN, s.418.

³¹ ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖZBEK, Veli Özer: Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), Ankara 2003, s.286.

fazla müdahale edilmesinin önüne geçmek ve ceza hukukunun alanını dar tutmak amacına dayanmaktaydı³². Çünkü, özel hukukta soyut yalan dahi hilenin oluşması için yeterli sayılmaktadır. Öğretide, özellikle *Dönmezer* tarafından savunulan sahneye koyma kuramına göre, basit yalan suçun oluşması için yeterli olmayıp yalana doğru görüntüsü verecek bir sahneye koyma gerekmektedir³³. Ancak, artık günümüzde özel hukuk hilesi – ceza hukuku hilesi ayrımının bulunmadığı, hukukta aranan şartların cezada da hile oluşturmak için yeterli olacağı savunulmaktadır³⁴.

Günümüzde, özel ve ceza hukukundaki hile kavramlarının önemi ortadan kalktığına göre ayrımın nasıl yapılması gerektiği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Hangi hareketlerin ceza hukuku anlamında hile olarak değerlendirilebileceğinin tespiti gerekmektedir. Özel hukuk kapsamında hilenin oluşması için yeterli sayılan basit yalan, dolandırıcılık suçunu oluşturmaya yeterli midir? Bu soruya kesin bir yanıt vermek mümkün görünmemektedir. Doktrinde, basit yalanın aldatma gücü bulunmadığı için suçun oluşmayacağını kabul eden görüşler bulunmaktadır³⁵. Başvurulan yalan belirli bir ağırlığa ulaşmalı, kandırıcı mahiyette olmalıdır. Bireylerin dikkat yükümlülüklerinin bulunduğu, söylenen her söze inanmamaları gerektiği savunulmaktadır. Gerekli özeni göstermeyen bireylerin bunun sonucuna katlanması gerektiği söylenmektedir³⁶. Daha sert bir ifadeye göre, hukuk aptalları koruma cihazı değildir³⁷. Aksi görüşü savunan yazarlara göre, soyut yalan dahi suçun oluşması için yeterli kabul edilmektedir. Somut olayda hileli

³² ÖZGENÇ, Ekonomik Çıkar, s.24.

³³ DÖNMEZER, s.370.

³⁴ TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2008, s. 177.

³⁵ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I, İstanbul 2007, s.453; aynı yönde PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu 3.Cilt, Ankara 2010,s.2539. Yazarlara göre, mağdurun denetleme istek ve imkânını ortadan kaldıracak bir davranış sergilenmediği sürece failin “soyut yalan” boyutunu aşmayan davranışları hile olarak nitelendirilemez ve bu ahvalde dolandırıcılık suçunun yasal unsurları oluşmaz.

³⁶ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.455.

³⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları”, *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2011, s.405-440, s.411.

davranışın karşı tarafı aldatmış olması yeterli olup hareketin aldatmaya yeterli olup olmadığını araştırmaya gerek bulunmamaktadır³⁸. Yargıtay ise ilk görüşte belirtildiği gibi aldatıcı davranışın belirli bir ağırlığa ulaşması gerektiğini belirtmektedir. Yüksek mahkemeye göre filin aldatıcı olup olmadığına olaya göre değerlendirilmelidir. Yargıtay, “*Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; fiilin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olma, "sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. O halde hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez. Olaysal olarak değerlendirme, hileli hareketin ne olduğu, mağdur üzerindeki etkisi, kandırabilecek bir hareket olup olmadığı, mağdurun iyi niyeti ve güven duygularının suiistimal edilip edilmediği araştırılmalıdır*”³⁹ değerlendirmesini yaparak, geçmişten beri süregelen görüşünü özetlemiştir.

765 sayılı TCK mad.503, dolandırıcılık suçunun oluşması için “*bir kişiyi kandırabilecek nitelikteki hile ve desiseler*” aramaktaydı. Yeni TCK dolandırıcılık suçunun tanımında hilenin kandırabilecek nitelikte olması şartını aramamaktadır. Söz konusu farklılığın, yukarıda da bahsedilen özel hukuk hilesi – ceza hukuku hilesi farkının önemini kaybetmesinden kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bahsi geçen düzenleme, suçun oluşumunun kolaylaşacağı şeklinde algılanmıştı⁴⁰. Gerçekten de yeni kanunun lafzı dikkate alındığında, hareketin kandırıcı niteliğe sahip

³⁸ TOROSLU, s.178; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.643.

³⁹ Yarg. 11.CD. 05.06.2006, E.2005/144, K.2006/5115 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁴⁰ Bkz. MALKOÇ, İsmail: Yeni Türk Ceza Kanunu 1.Cilt, Ankara 2008, s.1384-1385.

olmasının şart olmadığı izlenimi ortaya çıkmaktadır. Ancak, Yargıtay yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarda görüşünü korumuştur. Yüksek mahkeme basit yalanı suçun oluşumu için yeterli görmemekte, mağdurun iradesini etkileyen, denetim olanağını ortadan kaldıran unsurlar aramaktadır. Yargıtay, kararlarında sık sık olaya göre değerlendirmede bulunmanın gerekliliğine vurgu yapmaya devam etmektedir.

Buraya kadar Yargıtay'ın süreklilik kazanmış görüşü açıklanmaya çalışıldı. Ancak, Yüksek Mahkeme kendi tespitleriyle çelişen kararlar da vermiştir. Soyut yalanın dolandırıcılık suçunu oluşturmaya yeterli sayıldığı kararlar mevcuttur. Yakın tarihli bir kararda, basit yalan dolandırıcılık için yeterli sayılmıştır: “*Şikâyetçiye satılan Ankara ili Çankaya İlçesi Karataş köyü karakaya mevkiinde bulunan 763 nolu parselin bulunduğu köyde oturan ve emlak komisyonculuğu yapan sanıkların, görevleri ve hayatın doğan akışı gereği aynı köy arazisini iyi bilmek ve satılacağı söylenerek gösterilen 775 nolu parsel ile gerçekte satışı yapılan 763 nolu parselin arasında başka parseller olup her iki parselin ortasında bulunan tepenin farklı cephelerinde yer almaları nedeniyle karıştırılmasının mümkün olmaması gösterilen yer ile tapuda satışı yapılan yerin değerleri arasında Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/24 D.İş. dosyasında yaptırılan tespit sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda belirtildiği üzere %25 oranında fark bulunması nedeniyle sanıkların hile ve desise yaratarak şikayetçinin zararına kendilerinin yararına haksız çıkar sağladıkları şikayetçinin aşamalardaki değişmeyen iddiası, sanıkların tevilili ikrarları, tanık beyanları ile dosyadaki diğer belgelerden anlaşılmasına göre yüklenen suçun sabit olduğu gözetilerek mahkûmiyetlerine karar verilmesi yerine suç kastı olmadığından bahisle beraat kararı verilmesi⁴¹”. Olayda sanıkların eylemi, mağdura gerçekte satın almak istediği arazinin değil, daha düşük bedelli başka bir arazinin gösterilmesinden ibarettir.*

⁴¹ Yarg. 11.CD. 25.05.2005, E.2004/5247, K.2005/2922 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

Yargıtay'ın kabul ettiği ölçüt göz önünde bulundurulduğunda, sanıkların eyleminin mağdurun denetleme imkânını ortadan kaldırmadığı görülmektedir. Arazinin yerine ilişkin yoğunluk içermeyen, sahneye koyma unsuru bulunmayan hareket suçu oluşturmaya yeterli sayılmıştır. Otomobil satın alırken herhangi bir serviste kontrol yaptırılması gerektiğini vurgulayan Yargıtay'ın⁴², taşınmaz satın alırken denetim yapılmasını aramaması kendisiyle çelişki oluşturmaktadır.

Yargıtay'ın sabit görüşünün ne kadar yararlı olduğu tartışmaya açıktır. Olağan şartlara göre kandırma niteliği taşımayan eylemler suça yeterli görülmemektedir. Yüksek mahkeme bir kararında, kendisinden 17 yaş küçük olan bir başkasının sağlık karnesi ile muayene olmak isteyen kişinin eylemini dolandırıcılık kapsamında değerlendirmemiştir⁴³. Olayımızda, sanığın başvurduğu yalan elbette basit bir kontrolle ortaya çıkarılabilir. Öğretide, basit yalanın başarılı olması mümkün olmadığından işlenemez suç bulunduğu görüşü bulunmaktadır⁴⁴. Ancak, sanık şayet aldatmakta başarılı olursa ne olacaktır?⁴⁵ Bizce, sanık başarılı olur da cezalandırılmazsa, hareketi adeta ödüllendirilmiş olmaktadır. Ek hileye başvurmaya dahi gerek kalmadan mağdurun kandırılması halinde suçun oluşumu için başka şart aramaya gerek kalmamalıdır⁴⁶. Yargıtay verdiği güncel kararlarda yalnızca telefonla arayıp savcı olduğundan

⁴² Yarg. 11.CD. 28.01.2004, E.2002/12983, K.2004/219. Kararı aktaran PARLAR / HATİPOĞLU, s.2540.

⁴³ Yarg. 11.CD. 13.11.2007, E.2005/11646, K.2007/7873 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁴⁴ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.454.

⁴⁵ ORMEROD, David: "The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying?", Criminal Law Review, March 2007, s.193-219, s.201. Yazarın verdiği örnek sorumuzu vurgular niteliktedir. Buna göre, her gün aldığımız ve zengin olma vaatleri içeren elektronik postaya inanılması halinde ne olacaktır? Şüphesiz bu hilelere insanlar artık kanmamaktadır. Ancak, milyonlarca insana ulaşılabilirdi göz önüne alınırsa failin başarıya ulaşma ihtimali oldukça yüksektir. Hilesinde başarılı olan kişinin cezalandırılmaması ise düşünülemez.

⁴⁶ TÜMERKAN, Somay: Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), İstanbul 1987, s.42. Diğer yandan yazar, mağdurun tesadüfen aldanması durumunda suçun oluşmayacağını, aksinin kabulü halinde medeni hukuk bakımından kötü niyetli herkesin cezalandırılmasının gerekeceğini belirterek görüşünü yumuşatmaktadır.

bahisle para istemekten ibaret olan fiili suçun oluşumu için yeterli bulmuştur⁴⁷. Oysa bu tür dolandırıcılık fiillerine karşı emniyet teşkilatı sürekli yazılı ve görsel basında uyarılar yapmaktadır. O halde, ilk olayımızdaki sanığın fiilinin neden dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmediğinin izahı güçtür. Hukuk aptalları koruma cihazı olarak değil, mazlumu koruma cihazı olarak görülmelidir. Aksinin kabulü, kötü niyetini eylemleriyle göstermiş kişilerin adaletten kaçmasını sağlamak olur. Basit yalanla dahi olsa aldatma çabası içerisine giren kişi, suçu işlemek yönünde iradesi olduğunu ortaya koymuştur. Bizce kanun koyucunun iradesi de zayıf korumaya yöneliktir. Gerçekten, TCK mad.158/1'e göre, suçun "*kişinin algılama yeteneğininin zayıflığından yararlanmak suretiyle*" işlenmesi halinde cezada artırım yapılacaktır. Burada kast edilen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sarhoşluk, sağır ve dilsizlik sebebiyle kandırmaya daha açık olan kişilerdir. Ancak, zayıf korumaya özel önem verdiği ortada olan kanun koyucunun nitelikli hal oluşturmasa da saf veya tecrübesiz kişileri korumaması düşünülemez.

Son olarak üzerinde önemle durulması gereken bir konu da satıcının başvurduğu basit yalanın suçu oluşturmaya yeterli olup olmayacağıdır. Örneğin, bir emlakçının gösterdiği evi abartarak anlatması veya bir marketin pirinci birinci kalite olduğundan bahisle satması. Bu hallerde dolandırıcılık suçunun bulunmadığına ilişkin doktrinde görüş birliği mevcuttur. Bu görüşün isabetli olduğuna şüphe yoktur. Aksinin kabulü halinde ticari hayat içerisinde müşteriyi kazanmak için söylenen tüm sözlerin suç oluşturduğunu kabul etmek gerekecektir⁴⁸. Özellikle

⁴⁷ Yarg. 15.CD. 26.11.2012, E.2012/12840, K.2012/44143 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁴⁸ "Araba alım satım işi yapan sanığın, katılana 2004 model Ford Fiesta marka aracı satarken aracın 87.000 kilometrede olduğunu söylediği ve göstergesinde oynama yaparak gerçek kilometresini gizlediği, ancak katılanın sonradan arıza yapan aracı servise götürdüğünde aracın gerçekte 150.000 kilometrede olduğunun anlaşıldığı ve böylece sanığın dolandırıcılık suçunu işlediği iddia olunan somut olayda; eylemin hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu anlaşıldığından unsurları itibarıyla oluşmayan dolandırıcılık suçundan verilen beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiştir." Yarg. 15.CD. 07.05.2013, E.2011/24601, K.2013/8497 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası). Yargıtay'ın bu görüşüne katılmıyoruz. Zira, satıcı kilometre göstergesiyle oynayarak

emlakçılık, galericilik gibi müşteriyi cezbetmeye yönelik sözlerin fazlaca kullanıldığı meslek kollarına karşı sayısız dava açılabilir⁴⁹. Tüketiciyi korumaya yönelik kanunlar zaten satıcının gerçekleştirdiği hileye karşı alıcıyı korumaktadır. Bu halde, yukarıda açıklanan kandırıcı nitelikteki yalanını hile kabul edilmesi, alım-satım ilişkilerinde satıcı için uygulanmayacaktır. Böylelikle, ticari hayatı sekteye uğratabilecek zararlardan da kaçınılmış olacaktır.

3.2. Hilenin İhmali Davranışla Gerçekleştirilebilmesi Sorunu

Hilenin daha çok icrai hareketle gerçekleştirildiğini söylemek yanlış olmaz. Gerçekten de, karşımıza çıkan olaylara baktığımızda, dolandırıcılık suçunun daha çok icrai hareketlerle işlendiğini görüyoruz. Çünkü, mağdurun aldatılabilmesi için genellikle failin olaya etki edecek bir fiili gerekmektedir. Örnek olarak, failin sahte bir evrak göstermesi, mağduru uydurma bir hikâyeyle kandırması gösterilebilir. Bunun yanında, kanununun lafzı da icrai hareketin gerektiği yönünde bir izlenim vermektedir. Madde metnindeki *“hileli hareket”* unsuru buna sebep olmaktadır. Bununla birlikte, hilenin ihmali hareketle gerçekleştirilmesi de mümkündür. Genel görüş, ihmali hareketle de hilenin oluşacağı yönündedir⁵⁰. *“Hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir”* şeklindeki madde gerekçesi de tereddüde yer bırakmayacak kadar açıktır⁵¹.

alıcıyı kandırmıştır. Malın özelliklerinin abartılması, övülmesi ve malın özelliklerine ilişkin yalana başvurulması ayrı şeylerdir. Bu durumda hileli hareketi özel hukuk ilişkisi çerçevesinde değerlendirmek bize mümkün değildir.

⁴⁹ ORMEROD, s.202.

⁵⁰ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s.648; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.642.

⁵¹ TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s.564.

“İhmal, davranış normlarıyla kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün tahmil edildiği hallerde, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesidir”⁵². O halde ihmali davranışın hile oluşturması için iki şartın bir arada bulunması aranacaktır⁵³. Öncelikli olarak, tanımdan da anlaşılacağı gibi, failin mağduru aydınlatma yükümlülüğü altında olması gerekecektir. Bir başka deyişle, failin garantör sıfatını taşıması gerekir. Bu yükümlülük kanundan, sözleşmeden veya öngelen bir davranıştan kaynaklanabilir. Örneğin, satıcı mal üzerinde önemli değişiklikler yapmışsa, artık bu mal orijinal değildir ve alıcıya gerekli açıklamaların yapılması gerekir. Ayrıca, ihmali davranış failin yaptığı bir açıklama anlamı taşımamalıdır. Yani, fail susmakla irade ortaya koymuştur diyebiliyorsak hilenin varlığından bahsedebiliriz. Bir olayda, ölen kocasından dolayı katılan kurumdan dul aylığı almasına rağmen, aynı kuruma babası nedeniyle yetim aylığına başvurusu esnasında kimlik araştırma belgesine dul aylığı aldığını yazmayan sanığın dolandırıcılık suçunu işlediğine karar verilmiştir⁵⁴. Görüldüğü gibi Yargıtay da, sessiz kalmayı hilelinin oluşumu için yeterli kabul etmektedir.

Hilenin ihmali davranışla oluşturulabileceğine ilişkin tereddüt bulunmamakla birlikte ihmali davranışla gerçekleştirilen dolandırıcılığın cezalandırılması konusunda tereddütler vardır⁵⁵. 765 sayılı eski TCK

⁵² ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.217.

⁵³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s.381-382. Yazarlar, ihmali bir hareketten sorumluluk için ihmal gösterilmemesi konusunda hukuki bir yükümlülüğün yanı sıra, ihmali hareketin icrai bir harekete eşdeğer olmasının da gerektiğini belirtmektedir.

⁵⁴ Yarg. 11.CD. 28.04.2008, E.2008/1243, K.2008/3744 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁵⁵ Bilindiği gibi ihmali suçlar ikiye ayrılmaktadır: gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar (ihmal suretiyle icra suçları). Gerçek ihmali suçlar, kanun tarafından kişiye yüklenen icrai bir harekette bulunma yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşir. Yani burada kanun, kişiden belirli bir şekilde hareket etmesini beklemektedir. TCK mad.98’de düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ve mad.284’te düzenlenen tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme, gerçek ihmali suçlara örnek olarak gösterilebilir. İkinci olarak, görünüşte ihmali suçlar, esasen icrai bir davranışla işlenebilen, ancak ihmali hareketle işlendiğinde de cezalandırılan suçlardır. Kanun koyucu ihmali hareketle de işlenebilecek icrai suçların tamamını kanunda

mad.503/2'de “*fiili, mağdurda esasen var olan hatadan, hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanarak gerçekleştiren kişi hakkında da birinci fıkrada yazılı ceza uygulanır*” denilerek, suçun ihmali davranışla da gerçekleştirilebileceği açıkça hükme bağlanmıştı. Bunun yanında, 5237 sayılı TCK, dolandırıcılık suçunun tanımında böyle bir hükme yer vermemiştir. Gerek yargı kararlarında, gerekse öğretilerde dolandırıcılığın ihmali davranışla da gerçekleştirilebileceği vurgulanmaktadır. Kimi yazarlar, dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle işlenmesinin ayrıca düzenlenmemesi nedeniyle, failin cezalandırılmasının kanunilik ilkesini ihlal edeceğine inanmaktadır⁵⁶. Biz de bu görüşe iştirak ediyoruz. Yukarıda da değinildiği gibi, kanun koyucu hilenin ihmali davranışla da gerçekleştirilebileceğini madde gerekçesinde belirtmekle yetinmiştir. Oysa ki, madde gerekçesi madde metnine dâhil değildir. Gerekçe, kanun koyucunun iradesini anlamakta, madde metnini yorumlamakta kullanılan en önemli kaynaklardan birisidir. Öte yandan, gerekçeyi temel alarak bireyleri yaptırıma tabi tutmak hukuk devleti ilkesiyle şüphesiz bağdaşmayacaktır. Kanun koyucunun ihmali hareketle dolandırıcılığı cezalandırmak istediği ortadadır. Ancak, bu durum maddede yer almadığı sürece kanunilik ilkesi tehlikeydedir. Kanun koyucunun TCK'nın genel hükümleri içerisinde görünüşte ihmali suçlarla ilgili yapacağı bir düzenleme tüm tereddütleri ortadan kaldırmaya yeterlidir.

3.3. Bedelsiz Kullanma Fiilleri

Ceza hukuku sistemimizde karşılıksız yararlanma hali için özel bir düzenlemeye yer verilmemişti. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kanundaki boşluğu doldurmak için, “*25.6.1975 günü gece saat 24 sıralarında sanıkların Keskin'in İğdebeli Köyü'nde yol üzerinde bulunan müştekiye ait lokantaya gelip yedikleri yemek ve içtikleri bira bedeli olan 195 lirayı*

göstermemiştir. 5237 sayılı TCK bu suçların bir kısmına yer vermekle yetinmiştir. Buna göre, örneğin kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının ihmali hareketle de işlenmesi mümkündür. Bu iki halde, faile verilecek cezada indirimde gidilmesi gerekecektir. Öte yandan, kanun koyucunun bu suçları ayrıca düzenlemesi, diğer görünüşte ihmali suçların cezalandırılabilir olması bakımından tereddüt yaratmaktadır.

⁵⁶ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s.648; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.643.

*ödemeyerek müşterinin parasını istemesine karşı müştekiyi itip, geldikleri otoyola binerek oradan kaçmaları*⁵⁷” şeklinde gerçekleşen olayı hırsızlık kapsamında değerlendirmişti. Bu içtihat 1991 yılında 765 sayılı TCK’ya yeni bir hüküm eklenmesine kadar geçerliliğini korumuştur. 765 sayılı TCK mad.521/a “*ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde; (1) ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan, (2) Ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen, (3) taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan ve ödemede bulunmayan kimseye onbeş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir. Bu maddedeki suçların kovuşturması şikâyete bağlıdır.*” şeklinde bir düzenlemeye gitmişti. Buna göre, konaklama, yeme içme ve ulaşım hizmetlerinden faydalanıp da ödeme yapılmaması ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmişti.

765 sayılı kanun döneminde, başkasının telefon hattından ücretsiz yararlanmak gibi enerjinin izinsiz kullanımına yönelik eylemlerin cezalandırılması da sorun oluşturmuştu. Enerjinin izinsiz kullanımına ilişkin kanunda hüküm bulunmamasına karşın, Yargıtay genişletici yorum yaparak bu fiilleri hırsızlık suçuna vücut verdiği hükmetmişti⁵⁸. Yüksek Mahkemenin yaptığı bu genişletici yorumun kanunilik ilkesine zarar verdiği düşünüldüğünden, 765 sayılı eski TCK’nın 491. maddesine “*ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır*”⁵⁹

⁵⁷ Yarg. CGK. 07.02.1977, E.1976/577, K.1977/47 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁵⁸ “Alınıp -satılabilmesi, başkalarına devredilebilmesi ve mirasçılara intikal edebilmesi nedeniyle mamelek haklarına dahil olan ve belli bir numara verilerek kişileştirilen; ekonomik değeri haiz olması yanında tıpkı sayaçtan geçirilen elektrik akımı gibi, kendisi aracılığı ile yapılan her konuşma, süre adet ve konuşulan yerle bağlantılı olarak elektronik cihazlarla ölçümlenip, P.T.T. İdaresinde adına kayıtlı kişiden para talep hakkı doğuran müştekiye ait telefon hattına, onun rızası olmadan saplama yapıp, kendisine ait cihazla irtibatlandırmak suretiyle, kaçak olarak kendi malı imişçesine kullanmaya başlayan ve olay ortaya çıkıncaya kadar kendi yaptığı konuşmalar dahil, bu hattan yapılan tüm konuşmaların bedelini de müştekiye ödeten sanığın eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunduğundan.” Yarg. CGK. 27.06.1988, E.1988/175, K.1988/306 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁵⁹ 06.06.1991 gün ve 3756 sayılı kanun (Resmi Gazete: 14.06.1991, No: 20901).

hükmü eklenmişti. Böylelikle eski kanun döneminde, her türlü enerjinin izinsiz kullanımı hırsızlık suçu olarak kabul edilmişti.

5237 sayılı kanun ise karşılıksız yararlanma fiillerini daha dar bir kapsamda ele almıştır. TCK mad.163, “(1) otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.(2) Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmişti. Öte yandan, daha sonradan eklenen “abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” hükmü ile madde bugünkü halini almıştır⁶⁰. Görüleceği gibi, iki kanun maddesi de aynı ad altında düzenlenmelerine rağmen içerikleri tamamen farklıdır. Bu durum, eski kanunda bulunup da yeni kanunda yer verilmeyen karşılıksız yararlanma hallerinin ne şekilde cezalandırılacağına yönelik tereddüt yaratmıştır.

Sorunun çözümüne ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bahsi geçen fiiller şartları varsa dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmeli, diğer hallerde özel hukuk hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır⁶¹. Bir diğer görüş te benzer şekilde, kanun koyucunun esas amacının bu fiilleri özel hukuk kapsamında çözmek olduğunu, ancak söz konusu eylemlerin duruma göre hırsızlık veya dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtilmiştir⁶². Yargıtay ise 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarda olaya göre değerlendirmede bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme,

⁶⁰ 02.06.2012 gün ve 6352 sayılı kanun (Resmi Gazete: 05.06.2012, No: 28344). Aynı kanunla yürürlükten kaldırılmadan önce TCK 142/1-f maddesi, hırsızlık suçunun elektrik enerjisi hakkında işlenmesini nitelikli hal olarak düzenlemişti.

⁶¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.645-646.

⁶² CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.482.

hileli davranışın bulunmadığı hallerde alacak-borç ilişkisinin varlığına vurgu yapmaktadır⁶³. Aldatıcı eylemin bulunduğu bir olayda ise dolandırıcılık suçunun oluştuğuna karar verilmiştir. 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararda, “70 YTL’ye pazarlık yaparak şikâyetçiye ait ticari taksi ile Tatvan’dan Muş Devlet Hastanesi’ne gelen ve kardeşinin yaralı olarak gönderildiğinden bahisle kendisini Diyarbakır’a götürmesi teklifini kabul etmeyen şikâyetçiyi bir sitede götürmek suretiyle, ‘burada bekle sana para getireceğim’ diyerek geri dönmek üzere oradan ayrılan sanığın eyleminin, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK’nın 521/a-3 ve sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 157.maddelerinde öngörülen karşılıksız yararlanma ve dolandırıcılık suçlarına uygun bulunduğu göz önüne alınıp⁶⁴” denilmek suretiyle, yeni kanun döneminde dolandırıcılık suçunun uygulama alanı bulacağı vurgulanmıştır.

Yargıtay’ın TCK mad.163 dışında kalan karşılıksız yararlanma fiillerine ilişkin uygulaması en yerinde olan çözüm şeklidir. Gerçekten de, karşılıksız yararlanmanın kandırıcı hareketlerle gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin, kişinin akşama döneceğinden bahisle oteli terk edip bir daha geri dönmemesi veya lüks bir yemeği lokantanın önemli bir müşterisinin adını kullanarak ücretsiz olarak yemesi hallerinde dolandırıcılıktan bahsedebiliriz. Verilen örneklerde failin hizmetten bedelsiz olarak yararlanma yönünde baştan beri süregelen bir iradesi vardır. Fail, en başından hileye başvurarak bedelsiz olarak hizmet elde etmeyi tasarlamıştır. O halde, başlangıçtan beri hizmet bedelini ödememek yönünde bir irade yoksa dolandırıcılık suçunun oluşmayacağını kabul etmek gerekir. Ancak, failin bu iradesinin tespiti elbette oldukça zordur. Kişinin, zihnindeki tasarımı bilmemiz imkânsızdır.

⁶³ “Katılan temsilcisi ile sanığın birbirlerini tanıdıkları, şirket temsilcisi olan sanığın belli bir iş ve yerleşim yeri adresinin bulunduğu, daha önce de katılanın otelinde temsil ettiği şirket adına konakladığı, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında 765 sayılı TCY nın 521/a-1 maddesinin karşılığı olarak bir düzenlemeye yer verilmediğinden taraflar arasındaki uyuşmazlığın özel hukuk alanında bulunan alacak-borç ilişkisi niteliğinde olduğu.” Yarg. 6.CD. 21.02.2006, E.20303, K.2006/1486 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁶⁴ Yarg.11.CD. 15.06.2009, E.2009/9631, K.2009/7509 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

Eğer failin hareketleri, aldatma yönünde bir iradenin baştan beri var olduğunu gösteriyorsa dolandırıcılık suçunun oluşacağına tereddüt bulunmamaktadır. Eski TCK'da düzenlemeye gidilene kadar Yargıtay içtihatları yol gösterici olmuş ve bedelsiz yararlanma fiilleri hırsızlık kapsamında değerlendirilmişti. Bizce, bugün dolandırıcılık dışında kalan fiillerin hırsızlık suçunu oluşturabileceğini söylemek mümkün değildir. Çünkü, hırsızlık suçunun oluşumu için malın *zilyedinin rızası olmadan* alınması gerekmektedir. Oysa örneğin bir lokantaya gidildiğinde garson teamül gereği siparişi derhal getirecektir. Yani, mal sahibi zilyetliği kendi iradesiyle teslim etmektedir. Başka bir deyişle, hırsızlık suçu için gerekli olan rızaya aykırı hareket burada yoktur.

Dolandırıcılık suçunu oluşturacak hilenin bulunmaması halinde ne olacaktır? Yargıtay, hilenin bulunmaması durumunda çözümün özel hukuk içerisinde olacağına vurgu yapmaktadır. Biz de bu görüşe iştirak ediyoruz. Çünkü hileye dayanmayan bedelsiz yararlanma hallerine yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunilik ilkesi gereğince TCK kapsamına alınmamış karşılıksız yararlanma fiillerinin cezalandırılması mümkün değildir. Öte yandan, bu fiillerin kanuni düzenleme ile TCK kapsamına alınmasında fayda görüyoruz. Zira, kişi aldığı hizmetin karşılığını ödememekle kamu düzenine karşı zararlı bir iradesi olduğunu ortaya koymaktadır. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, otomatlardan ücretsiz olarak yararlanmak cezalandırılırken, haksızlık içeriği daha fazla olan bedelsiz konaklama, yeme-içme gibi fiillerinin cezalandırılmaması yerinde görünmemektedir⁶⁵. Karşılaştırmalı hukukta, bu tarz fiiller eski TCK'da olduğu gibi ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmektedir. Fransız Ceza Kanunu mad.313/5'e göre bedelini ödeyemeyeceğini bilmesine rağmen yiyip içen, konaklama hizmeti veren yerlerden yararlanan, aracına benzin veya yağ doldurulmasını sağlayan veya taksi ve benzeri taşıtlarla ulaşım sağlayan kişi bedelsiz yararlanma

⁶⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.646.

suçunu işlemiş olur⁶⁶. Aynı şekilde İngiliz hukukunda 1978 tarihinde yürürlüğe giren Hırsızlık Yasası'nın üçüncü bölümünde konumuz içerisindeki fiilleri kapsayan düzenlemeler getirilmiştir⁶⁷. Buna göre, sonucunda ödemenin beklendiği hizmetlerden ücretsiz yararlanılması halinde suç oluşacaktır. Ayrıca, suçun oluşması için bir hile veya aldatmacaya başvurulması gerekmemektedir. Görüleceği üzere, batı sistemleri bedelsiz yararlanma hallerini ayrı birer suç tipi olarak tasarlamıştır. 5237 sayılı TCK'da aynı şekilde yapılacak bir düzenleme ile tereddütler ortadan kaldırılabilir.

3.4. Kartopu Sözleşmelerinde Hilenin Tespiti

Kartopu sözleşmesi (*multi-level marketing*), yatırımcının belirli bir bedel karşılığında dahil olduğu ve getirdiği her yeni üye için kazanç elde ettiği bir sistemdir. Piramit satış sistemi de denilen sistem şu şekilde işler: yatırımcı bir organizasyona veya sistemi yürüten kişiye belirli bir miktar katılım payı öder ve getirdiği her yeni üye için kendisine para ödenir. Piramit bu şekilde yukarıdan aşağıya doğru üye sayısını artırarak büyür. Oyunun devam edebilmesi için yatırımcı yeni katılımcılar bulmak zorundadır. Özellikle meşhur “*Titan Saadet Zinciri*” olayıyla gündeme gelen sistem, bugün varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Kısa yoldan zengin olma hayali kuran kişiler oyuna dâhil olmaktadır.

Kartopu sözleşmelerinden doğan mağduriyetlerin artması üzerine kanun koyucu konuyla ilgili düzenleme yapma yoluna gitmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun mad.80'e göre “(1) *piramit satış; katılımcılarına bir miktar para veya malvarlığı ortaya koymak karşılığında, sisteme aynı şartlar altında başka katılımcılar bulma koşuluyla bir para veya malvarlığı kazancı olanağı ümidi veren ve malvarlığı kazancının elde edilmesini tamamen veya kısmen diğer katılımcıların da koşullara uygun davranmasına bağlı kılan, gerçekçi olmayan veya gerçekleşmesi çok güç olan kazanç beklentisi sistemidir.* (2)

⁶⁶ 04.07.2005 gün ve 2005-759 sayılı Fransız Ceza Kanunu-Code Pénal (Resmi Gazete: 01.07.2006).

⁶⁷ 20.07.1978 gün ve 1978-31 sayılı Hırsızlık Yasası-Theft Act 1978(Resmi Gazete: 20.10.1978).

Piramit satış sisteminin kurulması, yayılması veya tavsiye edilmesi yasaktır. (3) Bakanlık, piramit satış sistemleri ile ilgili gerekli incelemeleri yapmaya ve varsa elektronik sistemin ülkemizde durdurulması dâhil ilgili kamu kurum veya kuruluşlarıyla iş birliği içinde gerekli önlemleri almaya yetkilidir.⁶⁸ Görüldüğü gibi kanun koyucu pek çok ülkedeki yasal düzenlemeyi takip etmiş ve piramit satış sözleşmelerini yasaklama yoluna gitmiştir. 6502 sayılı kanununun 77/17 maddesi ise konuya ilişkin cezai hükümler içermektedir: *“Bu Kanununun 80 inci maddesine aykırı olarak piramit satış sistemini başlatan, düzenleyen veya toplantı, elektronik posta veya diğer birçok kimsenin de katılımını sağlamaya elverişli yöntemlerle yayan veya böyle bir sistemin diğer bir şekilde yayılmasını ticari amaçlarla destekleyenler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.”* Kanun koyucu özel hükümler sevk etmemiş ve TCK’yı işaret etmekle yetinmiştir. Ancak, TCK da söz konusu sözleşmelere ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Yargıtay bugüne kadar verdiği kararlarda, kartopu sözleşmelerini dolandırıcılık olarak nitelendirmiştir. 1971 tarihli bir kararda, sistemi sürdürmenin olanaksızlığına vurgu yapılarak dolandırıcılık suçunun varlığına değinilmiştir⁶⁹. Daha yakın tarihli ve toplumun büyük ilgisini çeken Titan kararında ise *“sanıkların eylem birliği içerisinde hile ve desiselerle mağdurların fikri faaliyetlerini etkiledikleri, onlarda psikolojik bir körlük yarattıkları, matematiksel işlem ve tablolarla üyelerde hatalı bir inanç meydana getirdikleri, çok para kazanılacağı vaadi, yüksek volümlü müzik, devamlı alkışlarla katılımcıların sağlıklı düşünme yeteneğinin ortadan kaldırıldığı, oluşan hatalı inanç ve kanaatle devamının sağlandığı⁷⁰”*nı vurgulamış ve yine dolandırıcılık suçunun oluştuğuna kanaat getirmiştir. Ne var ki, Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına

⁶⁸ 07.11.2013 gün ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (Resmi Gazete 28.11.2013, No:28835).

⁶⁹ Yarg.6.CD. 04.11.1971, E.6032, K.5940. Kararı aktaran HAKERİ, Hakan: “Zincirleme Piramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu”, *Yargıtay Dergisi*, C.27, S.1-2, s.137-172, s.164.

⁷⁰ Yarg. CGK. 24.11.1998, E.1998/6-280, K.1998/359 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

rağmen, kartopu sözleşmelerinin ceza hukukundaki yeri doktrinde tartışmalıdır. Genel olarak, sisteme ilk girenler vaat edildiği gibi büyük paralar kazanmakta, ancak sonradan dâhil olan yatırımcılar zarar etmektedir. Zaten, ilk yatırımcıların kazancı da sonradan gelen üyelerin yaptığı ödemelere dayanmaktadır⁷¹. Sistem devamlı olarak yeni katılımcıya ihtiyaç duymakta, bu ihtiyacın karşılanamadığı noktada tıkanmaktadır. Sözleşmenin bu niteliği, tartışmaya neden olan esas sebeptir. *Hakeri*'ye göre katılımcılar oyunun olası sonuçları hakkında bilgilendirilmişlerse hilenin varlığından bahsedilemez ve dolayısıyla suç oluşmaz⁷². Öte yandan *Dönmezer* ise sistemin bir süre sonra tıkanmasının kaçınılmaz olduğunu ve bu andan itibaren suçun oluşacağını belirtmektedir⁷³.

Bizce, şu anki hukuki düzenlemeler içerisinde Yargıtay'ın ortaya koyduğu görüş duruma en uygun düşen çözümdür. Peşinen belirtelim ki, doktrinde de belirtildiği gibi, sisteme üye olan kişinin olası tüm sonuçlar hakkında bilgilendirilmesi halinde dolandırıcılığın varlığından bahsedilemez. Çünkü bu halde tipikliğin unsuru olan hile mevcut değildir. Öte yandan, uygulamada genellikle katılımcılar diğer üyelere soyutlanmakta ve iletişim engellenmektedir. Üyeler genellikle takma isimler kullanmaya zorlanmakta ve üyelik ödemeleri sadece nakit olarak kabul edilmektedir⁷⁴. Yatırımcı adayları, ikna amacıyla düzenlenen motivasyon toplantılarında gerçek üstü bir havaya sokulmaktadır. Bu imkânlardan yararlanılarak üyeler hileye maruz bırakılmakta, kaybetme imkânı bulunmadığından bahisle üye olmaya razı edilmektedir. O halde, dolandırıcılığın varlığı konusunda tereddüde düşmemek gerekir. Ancak, bu çözüm yolunun hilenin bulunduğu her olayda uygulanması mümkün

⁷¹ POZZA, Clarence L. Jr. / COX, Thomas R / MORAD, Robert J.: "A Review of Recent Investor Issues in the Madoff, Stanford and Forte Ponzi Scheme Cases", Journal of Business & Securities Law, Spring 2010, Vol.10, Issue 2, s.113-131, s.119.

⁷² HAKERİ, s.146.

⁷³ DÖNMEZER, s.379.

⁷⁴ WITW, Eric: "Selling the Right to Sell the Same Right to Sell: Applying the Consumer Fraud Act, the Uniform Securities Law and the Criminal Code to Pyramid Schemes", Seton Hall Law Review, 1995-1996, Vol.26, s.1635-1652, s.1637.

görünmemektedir. Piramit satış sözleşmeleri binlerce üyeden oluşmaktadır. Sistemin kurucularının hukuki sorumluluklarının tespiti güç değildir. Esas problem daha alt basamaklarda yer alan kişilerin sorumluluğunu tespit ederken ortaya çıkacaktır. Örneğin, A kendisini sisteme üye yapan yatırımcı B tarafından mağdur edilmiştir, ancak A sisteme üye olmaya ikna ettiği C'ye göre ise fail konumundadır. Sistem içerisinde yer alan binlerce kişi içerisinde hileye başvuran failleri veya gerçekten zengin olacakları zannıyla hareket eden saf kişileri ayırt etmek çok zordur. Yargıtay da yukarıda değinilen *Titan* kararında, “*sanıkların üye yaptıkları kişiler saptandıktan sonra gerektiğinde bu kişilerin bilgilerine de başvurulmak suretiyle, bu kişilere karşı kandırıcı nitelikte davranışlarının bulunup bulunmadığı belirlenerek, mevcut kanıtlar bu çerçevede değerlendirildikten sonra sanıkların hukuki durumlarının tespitinde zorunluluk bulunmaktadır*”⁷⁵ diyerek sanıklar hakkında ayrı ayrı değerlendirmede bulunmanın önemine vurgu yapmıştır.

Dolandırıcılık suçunun kartopu sözleşmelerinden doğan sorunlara tatmin edici çözümler getirememesi, yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. Batıdaki diğer ülkelerin ceza hukuku sistemlerinin gerekli değişiklikler yapılarak güncellendiğini görmek mümkündür. Örneğin Avusturya Ceza Kanunu'nun 168a maddesi kartopu sözleşmelerini başlı başına bir suç olarak düzenlemiştir⁷⁶. Yine İngiltere'de 1973 Adil Ticaret Kanunu'na koyulan hükümlerle ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir⁷⁷. Adı geçen kanun, sözleşmenin kendine has yapısından doğan sakıncaları giderici mahiyettedir. Buna göre, piramidin kurucularının ve daha sonradan katılanların sorumluluğu ayrı ayrı değerlendirilecektir. Üyelik ücretlerinden esas faydayı sağlayan yönetici kadrosu ve yeni üyeler kazanmaya çalışan alt derecedeki üyelerin sorumluluğu birbirinden bağımsız olarak ele alınacaktır. Bizce, ülkemizde

⁷⁵ Yarg. CGK. 24.11.1998, E.1998/6-280, K.1998/359 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁷⁶ 23.01.1974 gün ve 60/1974 sayılı Avusturya Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch(Österreich), (Resmi Gazete: 01.01.1975).

⁷⁷ 25.07.1973 gün ve 1973/41 sayılı Adil Ticaret Kanunu-Fair Trading Act 1973 (Resmi Gazete: 14.09.1973).

de piramidin basamaklarına göre cezai düzenleme getirecek bir maddenin TCK'ya eklenmesi yerinde bir çözüm olacaktır. Sözleşmenin özel niteliği gereği oluşabilecek ihtimallere çözüm getirecek bağımsız bir suç tipine kanunda yer verilmesi gereklidir.

4. Sonuç

Dolandırıcılık, gündelik yaşamımızdaki ciddi tehditlerden birisi olmaya devam ediyor. Suçun dinamik yapısı, bireyleri yeni yöntemlere karşı tetikte olmaya zorluyor. Özellikle teknolojideki gelişmeler de faillerin işini daha da kolaylaştırıyor. O halde, vatandaşın devletin korumasından en etkin şekilde yararlanması sağlanmalıdır. Öte yandan, Yargıtay'ın yaklaşımının ve TCK'daki düzenlemelerin, bireyin korunması için yeterli olmadığını düşünmekteyiz. İlk olarak, Yüksek Mahkeme hilenin oluşumu için basit yalanı yeterli sayan görüşü benimsemelidir. Bizce, yalan kandırılmışsa hiledir. Devlete düşen bireyin güvenliğini sağlamaktır. Dikkatsiz davranan bireyin koruma dışında bırakılması, failin ödüllendirilmesinden başka bir anlam taşımaz.

İkinci olarak, kanun koyucunun getireceği bazı düzenlemeler ile uygulamada ortaya çıkan tereddütler giderilmelidir. Öncelikle dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle de gerçekleştirilebileceğini belirten bir düzenleme kanunilik ilkesine ilişkin kaygıları giderici olacaktır. Yine, yeni TCK döneminde özel düzenlemeye konu edilmeyen bazı karşılıksız yararlanma fiillerinin tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir. Karşılıksız yiyip içme, ücret ödemedi konaklama gibi eylemlerde failin hileye başvurma iradesinin bulunup bulunmadığının tespiti zorluk yaratmaktadır. Bu fiillerin kanundaki diğer karşılıksız yararlanma halleri ile birlikte sayılması yerinde olur. Son olarak, kanun koyucunun kartopu sözleşmelerine ceza hukuku içerisinde de yer vermesi gerekmektedir. Her ne kadar bu sözleşmeler özel kanunlarla yasaklanmış olsalar da cezai yaptırıma ilişkin belirsizlik vardır. Bu sözleşmeleri dolandırıcılık kapsamında değerlendirmek soruna kalıcı çözüm sunmamaktadır. O halde, batı hukuk sistemlerindeki düzenlemelere paralel olarak sözleşmenin kendine özgü koşullarını dikkate alan bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü:** Ceza Mahkemelerinde 5237 Sayılı TCK Uyarınca 2011 Yılı İçinde Açılan Davalardaki Suç ve Sanık Sayıları, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/2011-5237acilan.pdf>
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü:** TCK Uyarınca Açılan ve Karara Bağlanan Davalarda Yoğunluk Gösteren Suç Sayıları, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2012/46.pdf,
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü:** TCK Uyarınca Açılan ve Karara Bağlanan Davalardaki Suç Türleri, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/57.pdf
- ARTUÇ, Mustafa:** Malvarlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- BAKICI, Sedat:** 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2008
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem:** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I, Beta Yayınları, İstanbul 2007
- DÖNMEZER, Sulhi:** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yayınları, İstanbul 2001
- GÖKÇEN, Ahmet / BALCI, Murat:** “Dolandırıcılık Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C.14, S.1-2, s.1-55
- HAFIZOĞULLARI, Zeki:** “Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları”, Zabunoğlu Armağanı, Ankara

- Üniversitesi Yayınları, Ankara 2011, s.405-440
- HAKERİ, Hakan:** “Zincirleme-Piramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu”, Yargıtay Dergisi, C.27, S.1-2, s.137-172
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014
- MALKOÇ, İsmail:** Yeni Türk Ceza Kanunu 1.Cilt, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008
- ORMEROD, David:** “The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying?”, Criminal Law Review, March 2007, s.193-219,
- ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012
- ÖZGENÇ, İzzet:** Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002
- ÖZGENÇ, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖZBEK, Veli Özer:** Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), Turhan Kitabevi, Ankara 2003
- PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer:** Türk Ceza Kanunu Yorumu 3.Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010
- POZZA, Clarence L. Jr. / COX, Thomas R. / MORAD, Robert J:** “A Review of Recent Investor Issues in the Madoff, Stanford and Forte Ponzi Scheme Cases”, Journal of Business & Securities

- SELÇUK, Sami:** Law, Spring 2010, Vol.10, Issue 2, s.113-131
- SOYASLAN, Doğan:** Dolandırıcılık (Evrimi-Suç Genel Kavramı İçindeki Yeri), İstanbul 1982
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Rıfat Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013
- TOROSLU, Nevzat:** Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2008
- TÜMERKAN, Somay:** Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1987
- WITIW, Eric:** “Selling the Right to Sell the Same Right to Sell: Applying the Consumer Fraud Act, the Uniform Securities Law and the Criminal Code to Pyramid Schemes”, Seton Hall Law Review, 1995-1996, Vol.26, S.1635-1652

YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASINI ETKİLEYEN BİR DURUM OLARAK FİİLİ TAKSİM

Zeynep SAYIMLAR¹

ÖZET

Bu çalışmanın konusunu yasal önalım hakkını engelleyen bir durum olarak fiili taksim oluşturmaktadır. Bu kapsamda, çalışmada öncelikle yasal önalım hakkında temel bilgilere yer verilmiştir. Burada yasal önalım hakkı kavramı izah edilmiş, ardından yasal önalım hakkının hukukî niteliği ve kullanılması için gereken şartlar ele alınmıştır. Daha sonra fiili taksim açıklanmış ve şartları incelenmiştir. Akabinde ise, fiili taksimin yasal önalıma etkisi anlatılmış ve çalışma tamamlanmıştır. Nihayet çalışma sırasında edindiğimiz kanaatler ise, “Sonuç” kısmında topluca yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yasal önalım, fiili taksim.

ACTUAL DIVISION AS A STATUS AFFECTING THE LEGAL PREEMPTION RIGHT

ABSTRACT

The subject of this study is “Actual Division As A Status Affecting The Legal Preemption Right”. In this study, firstly, basic informations about legal preemption right are given. In this context, the concept of legal preemption was described. Afterwards, legal nature and conditions for use of the legal preemption right was examined. Later on, actual division and its conditions was studied. Following, the effect to legal preemption of

¹ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 3. Sınıf Öğrencisi.

actual division was explained and the study was completed. Finally, during our investigation we have convictions are located in “Result” in a mass.

Keywords: legal preemption, actual division.

I. GİRİŞ

Yasal önalım hakkı, TMK. m. 732’de düzenlenmiştir. Sistematik açıdan konunun düzenlendiği bölüme bakıldığında, yasal önalım hakkının, taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarından biri olduğu görülür. Yasal önalım hakkının düzenlendiği maddenin üst başlığı ise, devir hakkının kısıtlamalarıdır. Fiili taksim ise, kanunda yer alan bir müessese değildir. Yargıtay içtihatları ile gelişmiş bir hukukî kurumdur.

Fiili taksim, Yargıtay kararlarında yasal önalım hakkının kullanıp kullanılmamasında önemli rol oynamaktadır. Bu çalışmada da, ilgili Yargıtay kararları birbirleri ile karşılaştırmalı olarak ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Söz konusu kararlarda yapılan incelemeler neticesinde, fiili taksime ilişkin birtakım sonuçlara ulaşılmış, Yargıtay’ın konuya bakışı izah edilmeye çalışılmıştır.

II. YASAL ÖNALIM HAKKINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

A. Yasal Önalım Hakkı Kavramı

TMK. m. 732’de yasal önalım hakkının tanımına yer verilmemiştir. Bunun yerine, yasal önalım hakkının, hangi durumda kullanılacağı düzenlenmiştir. Gerçekten de, söz konusu hükümde, “*Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.*” ifadesine yer verilmiştir. Bununla birlikte, doktrinde yasal önalım hakkının tanımı yapılmış bulunmaktadır. Buna göre; “*Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyetteki paydaşlara, diğer paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye devretmeyi taahhüt etmesi halinde aynı şartlarla bu payın*

*kendisine devrini isteme hakkı tanıyan kanuni bir talep hakkıdır*². Diğer bir tanıma göre ise, “*Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tâbi olan taşınmazın tamamının ya da bir kısmının, paydaş olmayan üçüncü bir kişiye satılması halinde, diğer paydaş veya paydaşların yenilik doğuran bir dava açarak kullandıkları, kanundan doğan, eşyaya bağlı, yenilik doğuran bir haktır*³.”

Yasal önalım hakkının başlıca iki amacı olduğu söylenebilir⁴. Bunlardan ilki, paydaşlar arasında istenmeyen kişilerin girmesini önlemektir⁵. Diğeri ise, paydaşlar arasında birçok soruna sebep olan paylı mülkiyetin ortadan kalkmasını kolaylaştırmaktır. Bunların yanında, yasal önalım hakkının kullanılması ile arazilerin çok fazla bölünmesinin de önüne geçilebileceği söylenebilir⁶.

Yasal önalım hakkı ile paydaşlara getirilen kısıtlama kanundan doğan ve özel hukuka dayanan bir kısıtlamadır⁷. Dolayısıyla bu kısıtlamanın kamu hukukuyla ve kamu yararıyla ilgisi bulunmamaktadır⁸.

Yasal önalım hakkının 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu içerisindeki düzenlemesi devir hakkının kısıtlanması başlığını taşısa da bu kısıtlama hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Önalım hakkı

² **AKİPEK** Jale G; Türk Eşya Hukuku II. Kitap Mülkiyet, Ankara 1971, s.215; 14. HD. E. 2013/7451, K. 2013/9719, T. 24.06.2013 (Karar yayımlanmamıştır).

³ **EREN** Fikret; Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD. C. XII, Y. 2008, (Önalım), S. 1-2, s. 106; **AYİTER** Nuşin; Eşya Hukuku, Ankara 1977, s. 137; **AYAN** Mehmet; Eşya Hukuku II Mülkiyet, 4. Baskı, Konya 2012, s. 336.

⁴ **AKİPEK**; s.215; **GÜRSOY K./ EREN F./ CANSEL E**; Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s.654; **AYİTER**, s. 137; **AYAN**, s. 335; **EREN, Önalım**, s. 109.

⁵ “*Yasal önalım hakkı tanınması ile paylı mülkiyet üzere olan taşınmazlara, paydaşları arasındaki müşterek kullanılmaya yabancıların sokulmasının önlenmesi amaçlanmıştır*”. HGK. E. 1990/6-321 K. 1990/441 T. 26.9.1990, www.kazanci.com, Erişim Tarih ve Saati 24.03.2015 10.20.

⁶ **AYAN**, s. 335.

⁷ **EREN** Fikret; Mülkiyet Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012, (Mülkiyet) s. 401; **ZEVKLİER A./ ERTAŞ Ş./ HAVUTÇU A./ GÜRPINAR D**, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 590.

⁸ **EREN, Mülkiyet**, s. 401; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s. 654; Aksi görüş için bkz; **AKİPEK**, s. 215 “...*Yasal önalım hakkında paydaşların yararı olduğu kadar kamunun da yararı söz konusudur*”.

kullanılmadığı sürece mülkiyet hakkında doğrudan bir kısıtlanma söz konusu değildir⁹. Dolayısıyla paydaş veya paydaşlar bu hakkını kullanmadığı sürece üçüncü kişiye yapılan satış geçerliliğini korur¹⁰.

Aynı olay içerisinde hem yasal önalım hakkı hem de sözleşmeden doğan önalım hakkı bir arada bulunabilir. Bu durumda yasal önalım hakkının sözleşmeden doğan önalım hakkına kıyasla önceliği mevcuttur. Sözleşmeden doğan önalım hakkına tapuda şerh verilmesi de bu durumu değiştirmemektedir¹¹. Zira yasal önalım hakkının üçüncü kişilere karşı etki edebilmesi için tapuya şerh verilmesine gerek yoktur¹². Bu kapsamda paydaşlardan birinin sözleşme ile paydaş olmayan üçüncü bir kişiye önalım hakkı tanınması durumunda paydaşın kanundan doğan önalım hakkı önce gelir. Dolayısıyla zaman bakımından da sözleşmeden doğan önalım hakkının yasal önalım hakkının önüne geçmesi mümkün değildir¹³.

B. Yasal Önalım Hakkının Hukukî Niteliği

Yasal önalım hakkının hukuki niteliğini açıklamada hâkim görüş bu hakkın bir yenilik doğuran hak olduğu yönündedir¹⁴. Yenilik doğuran haklar ise, “*Tek taraflı bir hukuki işlem ile bir hukuki ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk*

⁹ OĞUZMAN K./ SELİÇİ Ö./ OKTAY-ÖZDEMİR S; Eşya Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2013, s.556; EREN, *Mülkiyet*, s. 402; HGK E. 2005/6-230, K. 2005/244, T. 13.4.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi ve Saati 7.2.2015 16.07; ÖZTAŞ İlker, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 180. Aksi görüş için bkz. SİRMEN Lale; Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 457 “...*kanun gereği özel bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan doğruya taşınamaz satma yükümlülüğü doğurduğundan, bir doğrudan mülkiyetin kısıtlanmasıdır*” ; BELEÇ Mehmet, Yasal Önalım Hakkı, Ankara 2007, s. 25, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi); ERKAN Vehbi Umut, Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkı, Ankara 2006, s. 29, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

¹⁰ EREN, *Mülkiyet*, s. 401; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.654.

¹¹ AYAN, s. 337; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 635.

¹² ERKAN, s. 17.

¹³ AYAN, s. 337.

¹⁴ OĞUZMAN K./ SELİÇİ Ö., Eşya Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2002, s. 411; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 554; AKİPEK, s. 215; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 653; AYİTER, s. 137; SİRMEN, s. 457; AYAN, s. 335; EREN, *Mülkiyet*, s. 402; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, (Borçlar) s. 62.

alanında *değişiklik meydana getirebilme yetkisi veren haklar*” olarak tanımlanmaktadır¹⁵.

Yenilik doğuran haklar kanundan doğabileceği gibi sözleşmeden de doğabilirler. Yasal önalım hakkı ise bu ayırım içerisinde kanundaki açık düzenleme uyarınca kanundan doğan yenilik doğuran haklar arasında yer almaktadır¹⁶. Ayrıca yenilik doğuran bir hak olarak yasal önalım hakkının, hak sahibi olan paydaşın diğer haklarıyla bir ilgi ve bağlantısı da bulunmamaktadır¹⁷.

Yenilik doğuran haklar genellikle hak sahibinin yararına sonuçlar doğurmaktadır. Bu hakların kullanılmasında muhatabın katılımına gerek olmadığı gibi muhatabın rızası hilafına, karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı irade beyanı yeterli olmaktadır¹⁸. Kanunda açıkça hüküm bulunan istisnai hallerde de yenilik doğuran haklar ancak dava yoluyla kullanılabilir. Nitekim yasal önalım hakkı da dava ile kullanılabilen yenilik doğuran bir haktır¹⁹.

Yenilik doğuran haklar kısa hak düşürücü sürelerle tâbi olmaktadır²⁰. Yasal önalım hakkı da bu kapsamda hak düşürücü sürelerle tâbi olup TMK. m. 733 uyarınca satışın önalım hakkı sahibine bildirilmesinden itibaren üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşmektedir.

Yenilik doğuran hakların tüm bu özellikleri sebebiyle, yukarıda da ifade edildiği üzere doktrinde ağırlıklı olarak yasal önalım hakkının bir yenilik doğuran hak olduğu kabul edilmektedir²¹.

¹⁵ BUZ Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s.57.

¹⁶ EREN, Borçlar, s. 62.

¹⁷ EREN, Borçlar, s. 62.

¹⁸ EREN, Borçlar, s. 64; HATEMİ H./ SEROZAN R./ ARPACI A, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 619.

¹⁹ EREN, Borçlar, s. 66; TMK m. 734/1 “Önalım hakkı alıcıya karşı dava açılarak kullanılır”.

²⁰ EREN, Borçlar, s. 68.

²¹ OĞUZMAN/ SELİÇİ, s. 411; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 554; AKİPEK, s. 215; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s. 653; AYİTER, s. 137; SİRMEN, s. 457; AYAN, s. 335; EREN, Mülkiyet, s. 402; EREN, s. 62; ERKAN, s. 26.

Yasal önalım hakkının hukukî niteliğini açıklamaya çalışan görüşler arasında aynı hak görüşü de bulunmaktadır. Ancak yasal önalım hakkı, paya bağlı bir haktır²². Yasal önalım hakkının paya, dolayısıyla eşyaya bağlı olması, bu pay kimin mülkiyetindeyse hakkın da o kişi tarafından kullanılması sonucunu doğurur. Bu sebeple yasal önalım hakkının aynı nitelikte bir hak olmadığı söylenebilir²³.

Pay üzerinde mülkiyet kurulmasıyla birlikte yasal önalım hakkı da doğmaktadır²⁴. Bu anlamda yasal önalım hakkının söz konusu paylı mülkiyetin payından bağımsız olarak devredilmesi söz konusu değildir²⁵. Benzer nitelikte miras yoluyla da bir başkasına devredilmesi mümkün değildir²⁶. Zira bu hak kanundan dolayı doğrudan ve münhasıran paydaşın kendi şahsında doğmaktadır²⁷.

Yasal önalım hakkının paya bağlı olması itibariyle aynı nitelikte bir hak olmadığı gibi şahsî nitelikte bir hak da değildir²⁸. Bu kapsamda yasal önalım hakkı eşyaya bağlı bir haktır²⁹. Zira bu hak şahsa bağlı olmayıp kanun tarafından paylı mülkiyet payına bağlanan bir haktır. Buna bağlı olarak yasal önalım hakkı mahiyeti itibariyle ani edimli eşyaya bağlı bir borç ilişkisidir³⁰. Burada belirtmek gerekir ki yasal önalım hakkının paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde eşyaya bağlı bir hak olması yasal önalım

²² GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 654; ŞIPKA ŞükranTaman; Türk Hukukunda Kanuni Önalım Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 1994, s. 38; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 555; AKİPEK, s. 215; EREN, Mülkiyet, s. 405.

²³ EREN, Önalım, s. 109.

²⁴ AYAN, s. 337.

²⁵ AYAN, s. 337; "...Kanuni şuf'a hakkı ortak mülkiyet hakkından doğduğundan ve adeta mülkiyet hakkıyla iç içe bulunduğundan şayi paydan ayrı olarak devir ve temlik düşünülemez", AYAN; s. 337'daki dipnot 1026'da bulunan Yargıtay kararı; EREN, Önalım, s. 109.

²⁶ EREN, Mülkiyet, s. 405.

²⁷ EREN, Önalım, s. 109.

²⁸ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 654; EREN, Mülkiyet, s. 405. Aksi görüş için bkz. VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet; Medeni Hukuk, İstanbul 1969, s. 342.

²⁹ ERKAN, s. 30.

³⁰ EREL Şafak; Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 93; SİRMEN, s. 458; BELEÇ, s. 21.

hakkının hukukî niteliği ile ilgili olmayıp kanun tarafından tanınan özel bir durumdur³¹.

C. Yasal Önalım Hakkının Kullanılması İçin Gerekli Şartlar

Yasal önalım hakkı yenilik doğuran bir hak olması hasebiyle tali haklar grubuna dâhildir. Dolayısıyla hukuk dünyasında meydana gelebilmesi için temel bir ilişkiye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu kapsamda yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan temel ilişki paylı mülkiyet ilişkisidir³².

Yasal önalım hakkının kullanılabilmesi TMK. m. 732 uyarınca yalnızca paydaşlara tanınmıştır. Paydaşlık sıfatı ise kişinin paylı mülkiyete tabi taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanması ile kazanılır³³. Hakkın kullanımı için paydaşın sahip olduğu pay miktarının bir önemi de bulunmamaktadır³⁴.

Paylı mülkiyet ilişkisinde yasal önalım hakkının kullanılabilmesinin bir diğer şartı da önalım olayının gerçekleşmesidir. Önalım olayını ise taşınmaz payının devrini amaçlayan satım sözleşmeleri ve ekonomik olarak satım sözleşmelerine denk olan sözleşmeler oluşturmaktadır³⁵.

Hakkın kullanılması için gereken şartlar arasında kanun koyucu önalım olayının bildirilmiş olmasını da aramaktadır. Gerçekten de TMK. m. 733/3'e göre, "*Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilir*". Kanun koyucunun bu bildirimden noter aracılığı ile yapılmasını öngörmesinin amacı, önalım hakkı sahibinin satım olayından haberdar olmadığı iddiasıyla, bu hakkı kullanabileceği süreyi üst sınıra kadar uzatmasının önüne geçmektir³⁶.

Yasal önalım hakkının kullanılması, zorla olmayan, isteğe bağlı, ivazlı ve cüz'i halefiyet yoluyla gerçekleşen devir işlemleri ile ortaya

³¹ ŞIPKA, 39.

³² ERKAN, s. 34.

³³ ERKAN, s. 79.

³⁴ ERKAN, s. 79.

³⁵ ERKAN, s. 39;

³⁶ Bkz. TMK m. 733'ün gerekçesi.

çıkar³⁷. Bu devir işlemleri içerisinde de özellikle satım sözleşmesiyle gerçekleşir³⁸. Burada hak yalnızca geçerli satım sözleşmeleri sonucunda kullanılabilir. Yok hükmünde olan satım sözleşmeleri ile geçersiz olan satım sözleşmelerinde bu hak kullanılamaz³⁹. Meselâ, resmî şekle aykırı yapılan, muvazaalı ya da içeriği hukuka aykırı veya imkânsız olan sözleşmelerde önalım hakkı kullanılamaz.

Önalım hakkının kullanılması isteğe bağlı, ivazlı ve cüz'î halefiyetle gerçekleştiği için cebri artırma, kamulaştırma, bağışlama, mirasın geçmesi gibi devirlerde kullanılamaz⁴⁰. Önalım hakkının kullanılmadığı benzer bir husus da taşınmazın tamamının veya bir kısmının satılmasıdır. Zira bu hak paya bağlı bir hak olduğu için payın satılması halinde kullanılabilir. Üzerinde paylı mülkiyet bulunan taşınmazın tamamının ya da bir kısmının satılması durumunda bu hakkın kullanılması söz konusu değildir⁴¹. Aynı şekilde bu hakkın kullanılması payın devrinin üçüncü bir kişiye yapılması sonucunda gerçekleştiği için payın paydaşlardan birine satılması durumunda da diğer paydaşların önalım hakkı söz konusu değildir. Zira bir paydaşın diğer bir paydaş aleyhine önalım davası açma hakkı bulunmamaktadır⁴². Hâkim bu durumu re'sen göz önünde bulundurmamak mecburiyetindedir⁴³.

Yasal önalım hakkı yalnızca taşınmazlar üzerinde kurulan paylı mülkiyetler için söz konusudur⁴⁴. Dolayısıyla elbirliği mülkiyeti ve kat

³⁷ EREN, Mülkiyet, s. 406; EREN, Önalım, s. 110.

³⁸ Önalım olayının mutlaka satım sözleşmesi olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu kapsamda ihtiyari arttırmalar da önalım olayını oluşturacak niteliktedir. ERKAN, s. 39.

³⁹ EREN, Mülkiyet, s. 407; BELEÇ, s. 29.

⁴⁰ EREN, Mülkiyet, s. 406. Önalım hakkının kullanılmadığı durumlarda ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Mülkiyet, s. 410 vd; AKİPEK, s. 216.

⁴¹ EREN, Önalım, s. 110.

⁴² EREN, Mülkiyet, s. 413.

⁴³ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 556'daki 1209 sayılı dipnotta bulunan Yargıtay kararı.

⁴⁴ AKİPEK, s. 215; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 654; EREN, Mülkiyet, s. 404.

mülkiyetinde uygulanmamaktadır⁴⁵. Taşınırlar üzerinde kurulan paylı mülkiyetlerde de bu hak söz konusu değildir⁴⁶.

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyetin kurulmasıyla aynı anda kendiliğinden kanundan doğar⁴⁷. Bir başka anlatımla paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğunda yasal önalım hakkı başka bir işleme gerek kalmaksızın doğmaktadır⁴⁸. Bu sebeple paylı mülkiyetteki bu hakkın payın satıldığı anda doğduğunu düşünmek doğru değildir⁴⁹. Belirtmek gerekir ki hakkın doğması için değil kullanılması için satış şartı aranmaktadır. Dolayısıyla yasal önalım hakkı paylı mülkiyet ilişkisinin doğduğu anda doğmakta, mülkiyet ilişkisi devam ettiği müddetçe devam etmekte ve önalım olayı gerçekleştiğinde de kullanılabilir hale gelmektedir⁵⁰. Nitekim bu husus Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme bir kararında, “*Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyetin oluşması ile doğar ve satışla kullanılabilir hale gelir.*” ifadesine yer vermiştir⁵¹.

Yasal önalım hakkı mülkiyetin kanunîsınırlamalarından olduğu için bu konuda tapuya şerh verilmeksizin herkese karşı ileri sürülebilir⁵². Bu hususta tapuya şerh vermek gerekli olmadığı gibi caiz de değildir⁵³.

⁴⁵ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 654; AYAN, s. 337.

⁴⁶ SİRMEN, s. 457; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 654; “*Bununla birlikte, paydaşlar dilerlerse, aralarında yapacakları bir hukuki işlem ile taşınır mallarda da önalım hakkı kurabilirler*” EREN, *Mülkiyet*, s. 404.

⁴⁷ 11. HD. E. 2014/5988, K. 2014/7042, T. 28.05.2014 (Karar yayımlanmamıştır) “*Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir*”.

⁴⁸ ERKAN, s. 36.

⁴⁹ EREN, *Mülkiyet*, s. 401.

⁵⁰ ERKAN, s. 36.

⁵¹ 14. HD. E. 2014/5481, K. 2014/9286, T. 10.07.2014, (Karar yayımlanmamıştır). Aynı doğrultuda kararlar için bkz. 14. HD., 2014/4065, K. 2014/7543, T. 09.06.2014, (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD., E. 2014/5988, K. 2014/7042, T. 28.05.2014, (Karar yayımlanmamıştır).

⁵² ESENER Turhan, *Eşya Hukuku*, Ankara 1985, s. 132; EREN, *Mülkiyet*, s. 403.

⁵³ EREN, *Mülkiyet*, s. 403.

Hakkın kullanımı mülga Medeni Kanun döneminde olduğundan farklı olarak yenilik doğuran bir irade beyanıyla değil, yenilik doğuran bir davanın açılması ile kullanılır. Açılan önalım davası hukukî niteliği itibariyle bir tespit ya da eda davası olamayıp yenilik doğuran bir davadır⁵⁴. Gerçekten de bu dava sonucunda mevcut hukukî durumda değişiklik meydana geldiği gibi payını satan paydaş ile alım yapan üçüncü kişi arasındaki satış ve mülkiyet ilişkisi ortadan kalkar. Bunun yerini payını satan paydaş ile önalım hakkı sahibi olan paydaş arasındaki hukukî ilişki alır⁵⁵. Dolayısıyla hakkın dava dışında başka bir yolla kullanılması da söz konusu değildir⁵⁶.

TMK. m. 734'e göre, "*Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır*"⁵⁷. Önalım davası ise, hakka sahip olan kişinin bu hakkını kullanmak için açtığı, dava sonucunda hak sahibi adına payın satılıp mülkiyetin tescil edilmesine karar verildiği yenilik doğuran bir davadır⁵⁸. Zira bu davanın kazanılması halinde mevcut hukukî durumda değişiklik meydana gelir.

Birden çok paydaşın dava açmak suretiyle önalım hakkını kullanması durumunda her paydaşın payı oranında mı yararlanacağı yoksa tüm paydaşların eşit oranda mı paylaşacağı hususu hakkında kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konudaki ilk görüşe göre, paydaşların tümünün dava açması durumunda, paydaşların sahip oldukları pay oranlarına bakılmaksızın satılan pay üzerinde eşit oranla hak sahibi olmaktadır⁵⁹. Yargıtay'da bu görüşe sahiptir⁶⁰. Diğer bir görüşe göre

⁵⁴ EREN, Mülkiyet, s. 414.

⁵⁵ EREN, Mülkiyet, s. 414.

⁵⁶ EREN, Mülkiyet, s. 404.

⁵⁷ Eski Medeni Kanun döneminde ise önalım hakkı dava yoluyla değil, karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı irade beyanıyla kullanılmaktaydı.

⁵⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ, s. 415; EREN, Mülkiyet, s. 414.

⁵⁹ AKİPEK, s. 215; OĞUZMAN K./ SELİÇİ Ö, s. 415; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 562.

⁶⁰ İBK. E. 1947/5, K. 1947/18 T. 11.6.1947, "...Kanunda şüfa hakkının, ne paydaşlar arasında eşit, ne de payları oranında ortak olacağına dair bir açıklık yoktur. Yalnız metinden paydaşlar çok olduğunda, bu hakkın aralarında ortak olduğu anlaşılmaktadır.

ise, satılan pay üzerinde paydaşlar kendi payları oranında hak sahibi olmaktadır⁶¹. Bu görüş sahiplerince önalım hakkının paydaşların payları oranında kullanılması paylı mülkiyet ilişkisine daha uygun bulunmaktadır.

Birden çok paydaşın dava açması durumunda, paydaşlar arasında mecburi dava arkadaşlığı yoktur. Her bir paydaşın durumu birbirinden bağımsızdır. Ancak ihtiyari dava arkadaşlığı yapmaları mümkündür⁶².

Önalım davası hak düşürücü süreye tâbi bir davadır. Gerçekten de, TMK. m. 733'e göre “*Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer*”. Buradaki süreler niteliği itibariyle zamanaşımı süreleri olmayıp hak düşürücü sürelerdir⁶³.

Bu dava hakkında yetkili mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 2'e göre taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Görevli mahkeme ise, dava konusu payın değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesidir.

III. FİİLİ TAKSİM

A. Fiili Taksim Kavramı

Türk Medenî Kanunu'nda yasal önalım hakkını düzenleyen devir hakkının kısıtlamaları başlığında fiili taksimin tanımı yapılmadığı gibi hakkın kullanımına olan etkisine dair bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu kavramın açıklanması daha çok Yargıtay içtihatları ile mevcut olmuştur. Yargıtay'ın konuya ilişkin verdiği kararlarda yaptığı tanımlamaya göre ise fiili taksim, yasal önalım hakkına konu payın ilişkin

Bu haktan paydaşlar eşit olarak yararlanırlar”.www.kazanci.com, Erişim Tarih ve Saati 05.03.2015 21.26.

⁶¹ EREN, *Önalım*, s. 119; EREN, *Mülkiyet*, s. 416.

⁶² AYAN, s. 361.

⁶³ EREN, *Mülkiyet*, s. 417; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 610; 14. HD. E. 2014/5988, K. 2014/7042, T. 28.05.2014, (Karar yayımlanmamıştır) “*Önalım hakkı satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir*”.

bulunduğu taşınmazın paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumudur⁶⁴.

Doktrinde ise paylı mülkiyette fiili taksim durumu Yargıtay kararlarından bağımsız olarak tanımlanmamış olup yalnızca yasal önalım hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanımlarından biri olarak nitelendirilmiştir⁶⁵.

Yargıtay, yasal önalım hakkının kullanılmasına ilişkin davalarda fiili taksim iddiasına büyük önem vermektedir. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme, birçok kararında fiili taksim iddiasının tarafların tanıklarının keşif mahallinde dinlenerek denetime elverişli krokili rapor alınmak suretiyle araştırılması gerekliliğine vurgu yapmıştır⁶⁶.

B. Fiili Taksim Şartları

Fiili taksime ilişkin Yargıtay'ın yukarıda yer verilen tanımı, meseleyle ilgili neredeyse her kararında mevcuttur. Bununla birlikte, söz konusu tanımdan çıkan şartlara, kararların devam eden bölümlerinde pek de riayet edilmediği görülmektedir. Gerçekten de, Yargıtay'ın yaptığı tanıma göre fiili taksim söz konusu olabilmesi için üç şart gerekmektedir. Bunlardan ilki, yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu bir taşınmaz olmasıdır. İkincisi, bu taşınmazın, paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmesidir. Nihayet üçüncüsü ise, her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanmasıdır⁶⁷. Hal böyle olmakla birlikte,

⁶⁴14. HD. E. 2014/9883, K. 2014/13670, T. 01.12.2014, (Karar yayımlanmamıştır); Aynı yöndeki kararlar için bkz. 14. HD. E. 2014/6867, K. 2014/12293, T. 04.11.2014 (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD. E. 2014/6552, K. 2014/10138, T. 18.09.2014 (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD. E. 2014/5481, K. 2014/9286, T. 10.07.2014 (Karar yayımlanmamıştır).

⁶⁵ **ERKAN**, s. 109; **BELEÇ**, s. 73; **KÖYLÜOĞLU**, Egemen, Önalım Davası, Ankara 2011, s. 93 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

⁶⁶Bkz. 14. HD. E. 2014/6204, K. 2014/7824, T. 11.06.2014, (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD., E. 2014/7327, K. 2014/11379, T. 20.10.2014, (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD. E. 2014/5454, K. 2014/8678, T. 26.06.2014, (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD., E. 2014/10048, K. 2014/14371, T. 15.12.2014, (Karar yayımlanmamıştır).

⁶⁷ Aynı şekilde, Yargıtay bir kararında da “*Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden*

Yargıtay'ın fiili taksimi ikinci ve üçüncü şartın tersine de kabul ettiği kararları mevcuttur. Meselâ, Yüksek Mahkeme bir kararında, “*Davacı ve davalının taşınmazda ayrı ayrı kullandıkları yerler var ise taksim savunması kabul edilir. Dolayısıyla tüm paydaşların katılımı ile yapılmış bir taksim gerekli değildir.*” ifadelerine yer vermiştir⁶⁸. Yine bir başka kararda, “*Hükmün gerekçesinde tüm paydaşları kapsayan ve paylarına uygun fiili taksim bulunmadığından bu paylaşmaya değer verilmediği belirtilmiş ise de önalım davalarında fiili taksime değer verilmesi için taksimin yazılı olarak yapılması ya da taşınmazın çok sayıda paydaşının bulunması halinde tüm paydaşları tarafından fiilen kullanılan bölümlerin olması gerekmez.*” ifadelerine yer verilmiştir⁶⁹. Dolayısıyla Yargıtay, öncelikle fiili taksimin yazılı bir şekilde sözleşmeye bağlanmasını aramamaktadır. Yine, tüm paydaşların katılımı ile yapılmış bir taksimin olması gerekli görülmemiştir. Nihayet, bütün paydaşlar tarafından fiilen kullanılan bölümlerin olması da aranmamıştır⁷⁰. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, diğer içtihatları ile birlikte düşünüldüğünde şartıtcı bir şekilde

payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüst davranma kuralı ile bağdaşmaz.” ifadelerine yer vermiştir. Kararda da görüldüğü üzere, “*her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa*” ifadesiyle, bütün paydaşların belirli bir kısmı kullanması gerektiğine işaret etmektedir. Bkz. 14. HD., E. 2014/6867, K. 2014/12293, T. 04.11.2014, (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD. E. 2014/6552, K. 2014/10138, T. 18.09.2014, (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD., E. 2014/2212, K. 2014/4740, T. 10.04.2014, (Karar yayımlanmamıştır).

⁶⁸ 14. HD., E. 2014/7327, K. 2014/11379, T. 20.10.2014, (Karar yayımlanmamıştır).

⁶⁹ 14. HD., E. 2014/6552, K. 2014/10138, T. 18.09.2014, (Karar yayımlanmamıştır). Aynı doğrultuda kararlar için bkz. 14. HD., E. 2014/6398, K. 2014/11139, T. 14.10.2014, (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD., E. 2014/79, K. 2014/2614, T. 27.02.2014, (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD., E. 2014/3625, K. 2014/7121, T. 29.05.2014, (Karar yayımlanmamıştır).

⁷⁰ Yine Yüksek Mahkeme bir kararında, “*Taşınmazın çok sayıda paydaşı olmasına karşın fiilen taksim edildiğinden söz edebilmek için her bir paydaşın fiilen kullandığı bir bölümün olması ya da taşınmazı kullanan paydaşların paylarına karşılık gelen bir alanı kullanmaları gerekmemektedir.*” ifadelerine yer vermiştir. Bkz. 14. HD., E. 2013/10917, K. 2013/12100, T. 24.09.2013, (Karar yayımlanmamıştır).

bir kararında, “*Dava konusu taşınmazda davacının kullandığı pay bulunmadığından fiili taksimden söz edilemez.*” ifadesine yer vermiştir⁷¹.

Yargıtay’ın bütün paydaşların belirli bir bölümü fiilen kullandıkları duruma ilişkin de kararları yer almaktadır. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme’nin bir kararında; “*Dava konusu taşınmazda dört bağımsız bölüm bulunduğu ve iki bağımsız bölümün davalı tarafından kiraya verilerek tasarruf edildiği ve iki bağımsız bölümün de davacı ve öncesinde payını satan kardeş tarafından kiraya verilerek tasarruf edildiği bilirkişi raporu ve dosya kapsamından anlaşıldığından, ispatlanan fiili taksim nedeniyle davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.*” ifadelerine yer vermiştir⁷². Görüldüğü üzere, söz konusu olayda, iki kardeş ve dört bağımsız bölüm bulunmaktadır. Dört bağımsız bölümün ikisi bir kardeş, ikisi de diğer kardeş tarafından kullanılmaktadır. Burada da fiili taksimin varlığı kabul edilmiştir.

Yukarıda incelenen kararlarda, fiili taksim genellikle birbirinden bağımsız parçalar (taşınmaz kabul edilen) üzerinde gerçekleşmiştir. Bunun yanında, Yargıtay, aynı taşınmaz üzerinde de fiili taksim olabileceğini kabul etmektedir. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme bir kararında, paydaşların dava konusu taşınmazda paylarına karşılık gelmek üzere zeytin ağaçlarını bulunduğu sıraya göre ayırmak suretiyle taşınmazı kullanmalarını fiili taksim olarak kabul etmiştir⁷³.

Yargıtay, fiili taksimin geçerli kabul edilmesi için, paylaşımın imar mevzuatına uygun olmasını da aramaktadır. Gerçekten de, Yüksek

⁷¹ 14. HD., E. 2014/8491, K. 2014/9115, T. 08.07.2014, (Karar yayımlanmamıştır.)

⁷² 14. HD. E. 2014/4152, K. 2014/8094, T. 17.06.2014, (Karar yayımlanmamıştır). Yine Yüksek Mahkeme’nin başka bir kararında da, “*Bu davaya karşı davalının taşınmazın fiilen bölünerek kullanıldığı yönündeki savunması doğrultusunda dinlenen tanıkları, davacının kullanımı olmasa da pay satın aldığı malikin zemin kattaki daireyi, satıcı paydaşın birinci kattaki daireyi kullandığını beyan etmişlerdir. Yapı kullanma izin belgesinde her iki malikin adının da bulunduğu, iki dairenin girişlerinin farklı olduğu, belediyece iki ayrı numara verilmek suretiyle numaralandırıldığı, böylece taşınmazın fiilen taksim edilerek kullanıldığı anlaşılmaktadır.*” ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. 14. HD., E. 2013/4607, K. 2013/6642, T. 03.05.2013, (Karar yayımlanmamıştır).

⁷³ 14. HD., E. 2013/4645, K. 2013/6644, T. 03.05.2013, (Karar yayımlanmamıştır).

Mahkeme'nin bir kararına konu olayda, incelemeler sonucunda taşınmazların, cinsi, yüzölçümü, pay oranları ve paydaş sayısı göz önünde tutulduğunda imar mevzuatı uyarınca aynen taksim edilemeyeceği tespit edilmiştir. Söz konusu kararda, bunun sonucu olarak da fiili taksimin söz konusu olamayacağına vurgu yapılmıştır⁷⁴.

Taşınmaz üzerinde fiili taksimin kabul edilebilmesi için taksimin yasal önalım hakkını kullanma imkânı doğmadan önce gerçekleştirilmesi gerekir⁷⁵. Satışın gerçekleşip yasal önalım hakkının kullanım imkânı doğduktan sonra yapılan taksim işlemi fiili taksim olgusuna dâhil değildir.

Fiili taksim iddiası, her türlü delille ispat edilebilir. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme bir kararında, "*Davalı eylemli paylaşma savunmasını tanık dâhil her türlü delil ile kanıtlayabilir.*" ifadesine yer vermiştir⁷⁶. İyiniyet kuralına dayalı olarak ileri sürülen fiili taksim iddiaları davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemece de res'en dikkate alınır⁷⁷.

IV. FİİLİ TAKSİMİN YASAL ÖNALIM HAKKINA ETKİSİ

Paylı mülkiyet ilişkisine tâbî bir taşınmazda fiili taksimin mevcut olması durumunda yasal önalım hakkının kullanılmasını açıkça engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TMK. m. 2'de herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kurallarına uyması zorunluluğu getirilmiş, uyulmamasının yaptırımı olarak da hakkın kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı belirtilmiştir. Bilindiği üzere hakkın açıkça kötüye kullanıldığı tüm hallerde dürüstlük kuralına da aykırılık söz konusudur⁷⁸. Fiili taksimin hukukî dayanağını da Türk Medenî Kanunu'nun bu maddesi oluşturmaktadır⁷⁹. Yargıtay da yasal önalım hakkı kullanılırken de

⁷⁴ Bkz. 14. HD., E. 2013/2976, K. 2013/4680, T. 28.03.2013, (Karar yayımlanmamıştır).

⁷⁵ TUNABOYLU, s. 457'deki Yargıtay kararı.

⁷⁶ 14. HD., E. 2013/10554, K. 2013/11605, T. 16.09.2013, (Karar yayımlanmamıştır).

⁷⁷ 14. HD., E. 2014/5454, K. 2014/8678, T. 26.06.2014, (Karar yayımlanmamıştır); 14.

HD., E. 2014/9047, K. 2014/13215, T. 20.11.2014, (Karar yayımlanmamıştır).

⁷⁸ ALTAŞ, Hüseyin, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara 2014, s. 260.

⁷⁹ TUNABOYLU, s. 440.

dürüstlük kurallarına uyulması mecburiyetini çeşitli kararlarında dile getirmiştir. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme birçok kararında, “*Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması 4721 sayılı TMK’nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötü niyet iddiası 14.02.1951 gün ve 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir.*” ifadelerine yer vermiştir⁸⁰. Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme, fiili taksim halinde yasal önalım hakkının kullanılmasını dürüstlük kuralına aykırı bulmaktadır.

Doktrinde bu konu hakkında görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlar Yargıtay ile aynı görüşü paylaşarak paylı mülkiyette paydaşlar arasında fiili taksim yapılması halinde yasal önalım hakkının kullanılmayacağını belirtmişlerdir⁸¹. Bununla birlikte, doktrindeki diğer bir görüşe göre, fiili taksim durumunda paydaşın veya paydaşların yasal önalım haklarını kullanmaktan vazgeçtiklerini düşünmek zorlama bir çıkarım olmaktadır. Zira paydaşlar kullanacakları yeri paylaşmış olsa

⁸⁰Bkz. 14. HD. E. 2014/9883, K. 2014/1367, T. 01.12.2014 (Karar yayımlanmamıştır). Aynı yöndeki kararlar için Bkz. 14. HD. E. 2014/7327, K. 2014/11379, T. 20.10.2014 (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD. E. 2014/6552, K. 2014/10138, T. 18.09.2014 (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD., E. 2014/5454, K. 2014/8678, T. 26.06.2014, (Karar yayımlanmamıştır); 14. HD., E. 2014/9047, K. 2014/13215, T. 20.11.2014, (Karar yayımlanmamıştır).

⁸¹**EREN, Önalım**, s. 116; **ÇAY**, Cengiz Topel, Yeni Türk Medeni Kanun’un Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), İstanbul 2007, s. 91, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi); **BELEÇ**, s. 73; **ZEVKLİER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ GÜRPINAR**, s. 590; **ÖZENLİ** Soysal, Uygulamada Önalım (Şufla) Davaları, Ankara 1984, s. 113; **TUNABOYLU**, s. 441.

dahi paylı mülkiyet ilişkisinin devam edeceğini düşünmektedirler⁸². Özellikle tarım arazileri şeklindeki bu paylı mülkiyete tâbi taşınmazlarda, taşınmaz paydaşların kullanımına fiili taksim ile sunulur. Ancak bu durum TMK. m. 676/III, m. 698-699 ve m. 706 gereği geçerli bir taksim olarak kabul edilemez. Zira Türk Medenî Kanunu'nun paylı mülkiyet ilişkisine hâkim olan ilkeler gereğince resmi olmayan şekilde yapılan paylaşma kabul edilemez⁸³. Söz konusu paylaşımın resmî şekilde ve Türk Medenî Kanunu'nun öngördüğü düzenlemeler çerçevesinde yapılmamış olması, taksimin geçerli bir taksim olarak nitelendirilmesine engeldir⁸⁴. Diğer taraftan fiili taksim söz konusu olsa dahi paylı mülkiyetin amaçlarında biri olan yabancı kişilerin topluluğa girmesini önleme amacının gerçekleştirilmesi açısından da yasal önalım hakkının tanınması uygundur⁸⁵.

Görüşlerin değerlendirilmesinden önce, Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında kritik önem atfettiği ve sonucu etkileyen dürüstlük kuralının kısaca incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Dürüstlük, kelime olarak “doğru, gerçek, güvenilir olma hali”⁸⁶ anlamına gelmektedir.

⁸²ŞİPKA, s. 116; OĞUZMAN/ SELİÇİ, s. 411; KÖYLÜOĞLU, s. 96; AKALP DEMİRTABAK Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2008, s. 77, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi); KILIÇOĞLU Mustafa, Akdi ve Kanunî Şu'fa Davaları (Önalım), Ankara 1997, s. 120.

⁸³ŞİPKA, s.116; Aksi yöndeki bir Yargıtay kararında ise, “Bilindiği üzere, Türk Medeni Kanununun 706, Türk Borçlar Kanununun 237, 2644 sayılı Tapu Kanununun 26. maddeleri hilafına tapulu taşınmazların harici veya fiili taksimi ile paylarının mülkiyeti ana taşınmazdan ayrılamaz. Ne var ki, taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşmayla belirlenmiş ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre de paydaşlar bu durumu benimsemişlerse; kayıta paylı, eylemli olarak bağımsız bu oluşumun resmi taksim yapılana veya ortaklığın giderilmesine kadar “ahde vefa” (söze sadakat) kuralı doğrultusunda korunması gerekir”. 14. HD. E. 2013/1838, K. 2013/3840, T. 15.03.2013, (Karar yayımlanmamıştır); “Söz konusu taksimin belli bir şekilde veya Medeni Kanun ve imar mevzuatına uygun olarak yapılıp yapılmaması önemli değildir. Burada asıl olan, paydaşların iradesi, eylemi ve iyi niyetidir”. ÇAY, s. 91.

⁸⁴ŞİPKA, s.116.

⁸⁵ŞİPKA, s.117.

⁸⁶DOĞAN, D. Mehmet; Büyük Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Ankara 1996, s. 312; ÖZCAN, Hüseyin; Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 1975, s. 161.

Hukukî açıdan dürüstlük kuralı ise, “Orta zekalı, normal, makûl kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlâka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçlarıyla iş hayatının gereklerine cevap veren, bu sebeple de herkesçe benimsenen kurallar bütünü”⁸⁷ olarak tanımlanmaktadır⁸⁸. Görüldüğü üzere dürüstlük kuralları, normal, makûl ve orta zekâlı kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlâka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelir. Yine bunlar, toplum ihtiyaçlarıyla iş hayatının gereklerine cevap vermeyi amaçlar. Bu sebeple de, dürüstlük kuralları, herkesçe benimsenen kurallar bütünüdür.

Dürüstlük kuralı, genel bir ilke olarak düzenlemiştir⁸⁹. Kuralın konuluş amacına bakıldığında, onun kişilerin dışında objektif nitelikte olduğu görülür⁹⁰. Bu kural, hukuk normlarının önemli bir tamamlayıcısı

⁸⁷ **EDİS**, Seyfullah; Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği, Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU’na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 447-460 (Kısaltılmışı: EDİS, Doğruluk ve Güven), s. 449; Aynı Yazar, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Ankara 1989, (Kısaltılmışı: EDİS, Başlangıç), s. 291; **DURAL**, Mustafa/**SARI**, Suat; Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012, s. 226-227; **AKİPEK**, Jale G./**AKINTÜRK**, Turgut/**KARAMAN**, Derya Ateş; Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, İstanbul 2012, s. 166; **AKINTÜRK**, Turgut/**KARAMAN**, Derya Ateş; Medenî Hukuk, İstanbul 2012, s. 92; **ÖZTAN**, Bilge; Medenî Hukukun Temel Kavramları, 35. Bası, Ankara 2011, s. 172.

⁸⁸ Dürüstlük kuralının doktrinde farklı tanımları da mevcuttur. Gerçekten de, bir görüşe göre de dürüstlük kuralı; “Bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde hukuka, bir toplumda genellikle benimsenen ahlâk anlayışına, örf ve adet kurallarına ve doğruluk ilkelerine uygun davranma, kullanılan hakla ilgili olan diğer hak sahiplerinde veya borç ilişkisinin diğer tarafında bulunanlarda varlığı olağan ve güven duygusunu zedelemeyi öngören kural”dır. Bkz. **ARSLAN**, Ramazan; Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 23.

⁸⁹ **AKYOL**, Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006, (Kısaltılmışı: AKYOL, Dürüstlük), s. 6.

⁹⁰ **VELDET**, Hıfzı; Türk Medenî Hukuku, Cilt I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Üçüncü Basım, İstanbul 1948, s. 20; **EDİS**, Doğruluk ve Güven, s. 449; Aynı Yazar, Başlangıç, s. 292; **KÖPRÜLÜ**, Bülent; Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984, s. 136; **ARSLAN**, s. 26; **ZEVKLİER**, Aydın; Medenî Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 1995, s. 56.

ve açıklayıcısı olarak gösterilmektedir⁹¹. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, dürüstlük kuralını “*Türlü hukukî ilişkileri düzenleyen kurallara, onları tamamlamak, yorumlanmasına katkıda bulunmak için eklenen etik mülahazalardan çıkarılmış temel bir norm*”⁹² olarak nitelemektedir.

Dürüstlük kuralı, haklarını kullanırken ve borçlarının yerine getirirken, bir kimsenin, davranış biçimlerini tespit eder ve bunların sınırlarını belirler⁹³. Bunun yanında, sözleşmeden doğan temel edimlerin dışında, yan edimlerin neler olduğu veya neler olması gerektiği, dürüstlük kuralına göre belirlenir⁹⁴. Aynı şekilde menfaatlerin karşı karşıya geldiği noktada, düzeltici bir etik ilke olarak dürüstlük kuralları devreye girer⁹⁵. O halde, bir hakkın dürüstlük kurallarına uygun kullanımı, “*hakkın ihtiva ettiği menfaatleri koruyacak şekilde amacına uygun kullanımını*” ifade etmektedir⁹⁶.

⁹¹FEYZİOĞLU, Feyni N./DOĞANAY, Y. Ü.: Medenî Hukuk Dersleri, Cilt I, Temel Prensipler-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 40; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi; Medenî Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1970, s. 147; EDİS, Doğruluk ve Güven, s. 451; KURTOĞLU, Serda; Türk Medenî Hukuku Dersleri, İstanbul 1976, s. 44; EDİS, Başlangıç, s. 293; ATAAY, Aytakin; Medenî Hukukun Genel Teorisi, Üçüncü Baskı, İstanbul 1980, s. 417-418; KÖPRÜLÜ, Bülent; Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984, s. 136; ÖZSUNAY, Ergun; Medenî Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1978, s. 312-313; ARSLAN, s. 28; İNAN, Ali Naim; Medenî Hukuk, Ankara 2005, s. 60-61; HATEMİ, Hüseyin; Medenî Hukuk’a Giriş, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul 2012, s. 177; AKYOL, Dürüstlük, s. 6; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami; Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 18. Bası, İstanbul 2012, s. 260.

⁹²JdT 1 958 I 196. Karar için bkz. EDİS, Doğruluk ve Güven, s. 452; Aynı Yazar, Başlangıç, s. 294.

⁹³VELDET, s. 20; FEYZİOĞLU/DOĞANAY, s. 39; TARAKÇIOĞLU, İhsan; Türk Medenî Hukuku, Genel Esaslar-Başlangıç Maddeleri-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1968, s. 70 vd.; TEKİNAY, s. 144; KURTOĞLU, s. 43; ATAAY, s. 417; KÖPRÜLÜ, s. 136; ÖZSUNAY, s. 314; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 94; AKYOL, Dürüstlük, s. 6; Aynı Yazar, Çelişki Yasası, s. 5.

⁹⁴ÖZSUNAY, s. 319; AKYOL, Dürüstlük, s. 6.

⁹⁵ATEŞ, Derya; Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBBD., S. 72, Y. 2007, s. 89.

⁹⁶ATEŞ, s. 89.

Dürüstlük kurallarının önemli özelliklerinden biri de, muhtevastındaki belirsizlik sebebiyle her zaman “somutlaştırılmaya” ihtiyaç duymasdır⁹⁷. Başka bir deyişle, dürüstlük kurallarının uygulanacağı meselelerdeki menfaatlerin belirlenmesi gerekir. Bu itibarla dürüstlük kuralları, herhangi bir olayda doğrudan doğruya uygulanabilen bir nitelik arz etmezler⁹⁸. Aksine, bu kurallar, somut olayın özelliğine ve niteliğine göre somutlaştırılır ve bu duruma göre uygulama alanı bulur.

Dürüstlük kuralının söz konusu özelliklerinden dolayı, kanaatimizce her olay kendi içerisinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu itibarla, fiili taksim durumlarında zaman zaman dürüstlük kuralına aykırılıkla karşılaşılabilceği gibi zaman zaman da yasal önalım hakkının kullanılması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyebilir. Diğer bir ifadeyle, fiili taksim durumlarında yasal önalım hakkının kullanılması, her zaman dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder veya etmez demek kanaatimizce isabetli olmaz. Bunun yerine, taksimin nasıl yapıldığı, ne zamandan beridir fiili durumun devam ettiği, paylı mülkiyette paydaşlığının gideril(e)memesinin sebepleri, paydaşlar arasındaki ilişkiler, kültürün etkisi vs. hususların göz önünde bulundurulması gerekir. Çünkü bunlar, dürüstlük kuralını o olay bakımından somutlaştıracak hususlardır. Buradan çıkacak sonuca göre de bir kanaate ulaşılmalı ve o doğrultuda karar verilmelidir. Meselâ fiili taksim sonucu bağımsız olarak kullanılan taşınmazlarda, artık paylı mülkiyete dışarıdan yabancı birinin girmesinin önlenmesi amacı önemini büyük oranda yitirmektedir. Dolayısıyla somut durumda paylı mülkiyette yasal önalımın bu amacı arka plana itilmiş veya tamamen ortadan kalkmış olabilir. İşte bu sebeple, olaylara katı bir şekilde bakılmayıp, dürüstlük kuralı somut olaya göre izah edilen şekilde incelenmeli ve ona göre karar verilmelidir.

⁹⁷ATEŞ, s. 89.

⁹⁸ATEŞ, s. 89.

V. SONUÇ

Yasal önalım hakkı TMK. m. 734 vd. düzenlenmiştir. Buna göre yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması durumunda diğer paydaşlara aynı şartlarla sözleşme kurma imkânı tanıyan, dava yolu ile kullanılan, yenilik doğuran bir haktır.

Hakkın kullanımı için gerekli şartlar mevcuttur. Bu şartlar ise, öncelikle paylı mülkiyete bağlı bir taşınmazın olması, paydaş sıfatına sahip olunması, payın satılması veya satışa eş değer bir işlemin gerçekleştirilmesi, bu satışın paydaş olmayan üçüncü bir kişiye yapılmış olmasıdır.

Yasal önalım hakkını kullanılmasını etkileyen durumlar mevcuttur. Bunlardan biri de fiili taksimdir. Fiili taksim TMK'da tanımlanmış veya etkisi düzenlenmiş bir durum değildir. Bu husus daha çok uygulamaya bırakılmıştır. Nitekim Yargıtay'ın yasal önalım hakkında fiili taksim durumunu incelediği kararlarında konuya önem verdiği de görülmektedir.

Yargıtay konu ile ilgili yerleşmiş içtihatlarında, paylı mülkiyetteki taşınmaz üzerinde fiili taksimin mevcut olması halinde paydaşın yasal önalım hakkını kullanmasını dürüstlük kuralın aykırılık olarak değerlendirmektedir. Doktrinde bu konu tartışmalı olup Yargıtay'ın görüşüne katılan yazarlar ile birlikte aksini düşünen yazarlar da mevcuttur.

Yargıtay'ın görüşünü benimseyen yazarlara göre fiili taksim durumunda paydaşların yasal önalım hakkını kullanmak istemesi dürüstlük kuralın aykırılık teşkil etmektedir. Hakkın kötüye kullanımının bir örneğini teşkil eden bu durumu hukuk düzeninin korumayacağını ileri sürmektedirler. Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, fiili taksim durumu söz konusu olsa dahî paylı mülkiyet ilişkisi devam etmektedir. Fiili taksim olgusuna dayanarak paydaşların aslında paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmek niyetinde oldukları sonucuna varmak zorlama bir çıkarım olmaktadır. Aynı zamanda paylı mülkiyette yasal önalım hakkının tanınmasının amaçlarından biri olan yabancı kişilerin paydaş olmasının

önüne geçilmesi amacı hala sürmektedir. Dolayısıyla yasal önalım hakkının kullanılmasında fiili taksimin engel oluşturmadığını ileri sürmektedirler.

Kanaatimizce konunun değerlendirilmesinde dürüstlük kuralının somutlaştırılmaya ihtiyaç duyan bir mahiyete sahip olması sebebiyle dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirilmeden önce somut olayın özellikleri incelenmelidir. Somut olayın özelliklerine göre fiili taksim durumunda yasal önalım hakkının kullanımının dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirilmeli, bu konuda baştan kesin yargılara varılmamalıdır. Somut olayın özellikleri değerlendirilirken taksimin nasıl yapıldığı, ne zamandan beri fiili taksimin devam ettiği, paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kaldırılmama veya kaldırılmama sebepleri değerlendirilmelidir. Yapılan inceleme ve değerlendirmeler sonucunda bu hakkın kullanımının dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılırsa yasal önalım hakkı engellenmelidir. Şayet bu sonuca varılamıyorsa, mesela taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet kurulmasında yasal önalım hakkının tanınmasının amaçlarından biri olan yabancıların paydaş olmasının önlenmesi amacı ön planda ise paydaşlara yasal önalım hakkı tanınması kanaatimizce uygun olacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
m.	: madde
s.	: sayfa

S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

BİBLİYOGRAFYA

AKALP DEMİRTABAK

Didem : Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2008,
(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN,

Derya : Medeni Hukuk, İstanbul 2013.

AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK,

Turgut/KARAMAN, Derya Ateş : Türk Medenî Hukuku, Birinci
Cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku,
İstanbul 2012.

AKİPEK Jale G : Türk Eşya Hukuku II. Kitap Mülkiyet,
Ankara 1971.

AKKANAT, Halil : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK.
m. 2 Hükümü Aracılığı İle Aşılması: Örnek Bir
Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi, Prof. Dr.
Hüseyin ÜLGEN'e Armağan, Cilt II, İstanbul
2007, s. 1655-1668.

AKYOL, Şener : Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul
2007 (Kısaltılmışı: AKYOL, Çelişki).

AKYOL, Şener : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye
Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006
(Kısaltılmışı: AKYOL, Dürüstlük).

ALTAŞ Hüseyin : Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara
2014.

- ARSLAN, Ramazan : Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- ATAAY, Aytekin : Medenî Hukukun Genel Teorisi, Üçüncü Baskı, İstanbul 1980.
- ATEŞ, Derya : Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBBD., S. 72, Y. 2007, s. 75-93.
- AYAN Mehmet :Eşya Hukuku II Mülkiyet, 4. Baskı, Konya 2012.
- AYİTER Nuşin :Eşya Hukuku, Ankara 1977.
- BELEÇ Mehmet : Yasal Önalım Hakkı, Ankara 2007, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- BUZ Vedat : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- ÇAY Cengiz Topel :Yeni Türk Medeni Kanun'un Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), İstanbul 2007, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- DOĞANAY, Y. Ü. : Medenî Hukuk Dersleri, Cilt I, Temel Prensipler-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, İstanbul 1966.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat : Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012.
- EDİS, Seyfullah : Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği, Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU'na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 447-460 (Kısaltılmışı: EDİS, Doğruluk ve Güven).
- EDİS, Seyfullah : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Ankara 1989 (Kısaltılmışı: EDİS, Başlangıç).
- EREL Şafak : Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.

- EREN Fikret : Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD. C. XII, Y. 2008, (Kısaltılmışı: EREN, Önalım), S. 1-2.
- EREN Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, (Kısaltılmışı: EREN, Borçlar).
- EREN Fikret : Mülkiyet Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012, (Kısaltılmışı: EREN, Mülkiyet).
- ERKAN Vehbi Umut: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı, Ankara 2006, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- ESENER Turhan : Eşya Hukuku, Ankara 1985.
- FEYZİOĞLU, Feyzi N./
- GÜRSOY K/ EREN F/ CANSEL E: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- HATEMİ, Hüseyin : Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul 2012.
- HATEMİ H./ SEROZAN R./
- ARPACI A :Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- İNAN, Ali Naim : Medenî Hukuk, Ankara 2005.
- KILIÇOĞLU Mustafa : Akdi ve Kanunî Şuf'a Davaları (Önalım), Ankara 1997.
- KÖPRÜLÜ, Bülent : Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984.
- KÖYLÜOĞLU Egemen : Önalım Davası, Ankara 2011, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- KURTOĞLU, Serda: Türk Medenî Hukuku Dersleri, İstanbul 1976.
- OĞUZMAN K/ SELİÇİ Ö: Eşya Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2002.
- OĞUZMAN K/ SELİÇİ Ö./
- OKTAY-ÖZDEMİR S : Eşya Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2013.
- OĞUZMAN, M. Kemal/
- BARLAS, Nami : Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 18. Bası, İstanbul 2012.

- ÖZENLİ Soysal : Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları, Ankara 1984.
- ÖZSUNAY, Ergun : Medenî Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 1978.
- ÖZTAN, Bilge : Medenî Hukukun Temel Kavramları, 35. Baskı, Ankara 2011.
- ÖZTAŞ İlker : Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2011.
- SİRMEN Lale : Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- ŞIPKA Şükran Taman : Türk Hukukunda Kanuni Önalım Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 1994.
- TARAKÇIOĞLU, İhsan : Türk Medenî Hukuku, Genel Esaslar-Başlangıç Maddeleri-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1968.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Medenî Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1970.
- TUNABOYLU Müslim : Önalım (Şuf'a) Davaları, 4. Baskı, Ankara 2008.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet : Türk Medenî Hukuku, Cilt I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Üçüncü Basım, İstanbul 1948.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet : Medeni Hukuk, İstanbul 1969.
- ZEVKLİER A./ ERTAŞ Ş./
- HAVUTÇU A./ GÜRPINAR D : Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara 2012.
- ZEVKLİER, Aydın : Medenî Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 1995.