



MARMARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

Cilt- 21

Sayı - 1

Yıl - 2015

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hukuk Araştırmaları Dergisi



Yayın Sahibi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Dekan Prof. Dr. Serap HELVACI

Yazışma Adresi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Tıbbiye cad. Haydarpaşa/İstanbul
Tel.: 0216-338 7703 / Faks: 0216-338 7710
E-posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

ISSN - 2146-0590

Yıl - 2015 Cilt - 21 Sayı - 1

Basım

DER Kitabevi Yayınevi ve Dağıtım Paz. Ltd. Şti.
Molla Fenari Sokak, Der Han 28/A, 34410 Cağaloğlu - İSTANBUL.

Sertifika No:12158

Matbaanın Adı: Gülmat Matbaacılık Mücellit ve Baskı Hizmetleri (Sertifika No:18005)

Copyright © 2015

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranan hakemli bir dergidir.

YAYIN KURULU



Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL (Başkan)
Doç. Dr. İpek SAĞLAM (Başkan Yardımcısı)
Yrd. Doç. Dr. Gediz KOCABAŞ
Ar. Gör. Can Yalçın ARMUTCUOĞLU
Ar. Gör. Süleyman Emre ÖZDEMİR
Ar. Gör. Alper IŞIK
Ar. Gör. Asım Furkan TEKİR

DANIŞMA KURULU



Prof. Dr. Mehmet AKAD (Kadir Has Üniversitesi)
Prof. Dr. Atilla ALTOP (İstanbul Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (İstanbul Medipol Üniversitesi)
Prof. Dr. Nur CENTEL (Koç Üniversitesi)
Prof. Dr. Yalçın ÇAKALIR (Galatasaray Üniversitesi)
Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL (Doğuş Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Tufan ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (İstanbul Aydın Üniversitesi)
Prof. Dr. Nihal SABAN (Lefke Avrupa Üniversitesi)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Yayın İlkeleri (MÜHF-HAD)

1. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi hakemli bir dergidir.
2. Dergi yılda en az iki sayı olarak yayımlanmaktadır.
3. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, iki hake-min olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yapılmaksızın yayımlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakem incelemesine göre yayımlanması uygun bulunmayan yazılar iade edilir. Bir yazının yayımlanmasında nihai takdir Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Yayın Kuruluna aittir.
5. Dergide yayımlanan yazıların telif hakları yazarı veya yazarları tarafından karşılıksız olarak Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-ne devredilir.
6. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.
7. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, hakem atamasından önce eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini yayın kuruluna iletmek zorundadır.
8. Dergiye gönderilecek makaleler, Türkçe ve İngilizce özet ile anahtar kelimeleri içermelidir.
9. Dergiye gönderilecek yazılar, .doc veya .docx dosya uzantıları veya bu dosya uzantılarını yürütebilen kelime işlemcisi yazılımlarla

desteklenen bir formatta hazırlanmalıdır. Yazıların gövde metni Times New Roman karakteri-12 punto; dipnotlar sayfanın altında gösterilecek biçimde, Times New Roman karakteri – 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalı ve yazılarda kesinlikle otomatik başlıklandırma kullanılmamalıdır. Yazılarda dilbilgisi kurallarına uyulmalıdır.

10. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu haliyle basılabileceği kabul olunur.
11. Yazılar, elektronik ortamda (CD)'ye kaydedilmiş olarak elden veya posta ile dört nüsha (üç nüshasında yazarın adı gözükmeyecek biçimde) A4 boyutunda çıktısı alınarak, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Haydarpaşa/İstanbul adresine teslim edilmelidir. Yazılar hukukdergi@marmara.edu.tr adresine elektronik postayla da gönderilebilir.
12. Yazılarla birlikte, yazar veya yazarlarının iletişim bilgileri (unvanları, kurumları, açık adresleri, telefon numaraları, elektronik posta adresleri ve faks numaraları) ayrı bir sayfa halinde gönderilmelidir.

SUNUŞ



Hukuk fakültelerinde hukuk öğretiminin yanı sıra yayın yapmanın da büyük önem taşıdığı inancıyla çıkarılan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), 2015 yılının ilk sayısında bazı biçimsel değişikliklerle karşınıza çıkmaktadır.

Öncelikle Dergi Yayın Kurulu üyeleri nöbet değişimi yaparak, yerlerini yeni üyelere bırakmıştır. Yayın Kurulu'nun yeni üyeleri olarak amacımız, Dergi'nin yayın, sayı ve kalitesini sürekli ileriye götürerek hukuk alanına bilimsel katkı sağlamaktır.

MÜHF-HAD bilindiği gibi hakemli dergi olarak yayımlanmakta ve TÜBİTAK-ULAKBİM tarafından taranmaktadır. Dergi'de yer alan makaleler, elektronik ortamda da MÜHF internet sitesinde yer almaktadır. Böylece daha geniş bir okuyucu kitlesine ulaşmak hedeflenmiştir.

Diğer bir değişiklik ise kapak tasarımına ilişkindir. Dergi kapağı, önceki yıllarda yayımlanan sayıların kapağına uygun hale getirilmiştir.

2014 yılının üçüncü sayısından itibaren hakem değerlendirilmesine ilişkin yayın ilkelerinde de bazı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu vesile ile yayıma hazırlanma aşamasında hakem olarak bize yardımcı olan tüm öğretim üyelerine teşekkürlerimizi sunarız.

MÜHF-HAD her zaman olduğu gibi bu sayısında da gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk alanına katkıda bulunacak birçok makale içermektedir. Yayın Kurulu olarak makaleleri ile katkıda bulunan değerli yazarlara ve Dergi'nin bu sayısının basımını gerçekleştiren Elif Derbeder'e ve Der Yayınevi'nin değerli mensuplarına teşekkür ederiz.

Yayın Kurulu adına
Prof. Dr. Bihterin Dinçkol

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

- 1924 Anayasası Döneminde Yurttaşlık Anlayışı**
Bihterin VURAL DİNÇKOL - Alper IŞIK.....13
- Alman ve Türk İçtihatlarında Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçunda Nedensellik ve Objektif İsnâdiyet**
Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY 43

ÖZEL HUKUK

- Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri**
Nilgün BAŞALP 77
- 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları**
Özlem KARAMAN COŞGUN..... 107
- Roma Hukukunda Hısımlık**
Nurcan İPEK 167
- Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller**
Akif KARACA 205
- Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması**
Ozan TOK 239



KAMU HUKUKU

1924 Anayasası Döneminde Yurttaşlık Anlayışı*



Prof. Dr. Bihterin VURAL DİNÇKOL** - Ar. Gör. Alper IŞIK***

ÖZET

Yurttaşlık kavramı, gerek yazılı anayasaların varlığından önce gerek yazılı anayasalardan sonraki süreçte devlete ait olmanın esaslarını belirleyen kilit bir kavram olarak her zaman önem arz etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş ve Osmanlı Devleti'nin çöküş aşamalarında ilk olarak 1876 Kanun-i Esasi, daha sonradan 1909 yılında yapılan kapsamlı değişiklikler, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve son olarak da 1924 Anayasası yürürlüğe girmiştir. 1924 Anayasası, 6 bölümden ve 105 maddeden oluşur. Kendisinden önce yürürlükte olan 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun aksine daha detaylı düzenlemeler içermektedir. Bunun yanı sıra 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda yer almayan temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemeler 1924 Anayasasında yer almaktadır. Kuşkusuz düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin öznesi yurttaşlardır. Anayasada yer alan hakların öznesi olan yurttaşların kimler olduğu da Anayasa metninde yer almaktadır.

Makalede, yurttaş kavramının kısa bir tanımı ve günümüzde taşıdığı anlam ele alınacak, ardından 1876 Kanun-i Esasi, 1909 değişiklikleri, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve 1924 Anayasasında yer alan yurttaş tanımları incelenecek ve 1924 Anayasasında yurttaşlık tanımına ilişkin yürütülen tartışmalara değinilecektir. 1924 Anayasasının yürürlüğe girmesiyle anayasada yer alan yurttaş tanımının analizi yapılacak ve 1924 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde yurttaşlık

* Bu makale, "Türkiye'de Ulus-Devlet ve Gayrimüslim Azınlık" isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

*** Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD Araştırma Görevlisi.

anlayışını yansıtan belli başlı kanunlardan bahsedilecektir. Ardından 1924 Anayasasında yer alan tanımın 1961 ve 1982 Anayasalarındaki yurttaş tanımıyla arasındaki farka dikkat çekilecektir. Son olarak ise ülkemizde sıklıkla gündeme gelen yeni bir anayasa hazırlanması düşüncesi göz önüne alınarak, muhtemel bir yurttaşlık tanımı önerisi sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: 1924 Anayasası, yurttaşlık anlayışı, millet anlayışı, çoğulcu demokrasi, ulus-devlet

ABSTRACT

The concept of citizenship as a key concept, has always been important for determining the basis of belonging to the state not only before the existence of written constitution but also after it. In the phases of the Republic of Turkey and the collapse of the Ottoman Empire, firstly 1876 Kanun-i Esasi (The Fundamental Law), subsequently comprehensive changes made in 1909, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (Fundamental Organisation Act) and finally 1924 Constitution came into force. 1924 Constitution consists of 6 chapters and 105 articles. Unlike 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu which was in force before 1924 Constitution, it contains more detailed regulations. Apart from that, provisions on fundamental rights and freedom which are not included in 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, are located in 1924 Constitution. Certainly, the subject of fundamental rights and freedoms are citizens. Citizenship, who are the subject of the rights in the constitutions, are regulated in Constitution.

In this paper, a short description of the concept of citizen and its today's meaning are discussed. Then definitions of citizenship in 1876 Kanun-i Esasi, 1909 amendments, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu and 1924 Constitution are examined and focus on debates regarding the definition of citizenship in the 1924 Constitution. A definition of citizenship in the 1924 Constitution is analyzed and some codes reflecting the understanding of citizenship is mentioned. Also, differences between the definition in 1961 and 1982 and the definition in 1924 Constitutions are showed. Finally the idea of drafting a new constitution which is often raised is considered and a possible definition of citizenship is presented.

Keywords: *the 1924 Constitution, understanding of citizenship, understanding of nation, pluralistic democracy, the nation-state*

I. YURTTAŞLIK KAVRAMI

Tarihsel süreçte gelişerek bugün bir çok devletin anayasalarında somut tanımlar şeklinde yerini alan yurttaşlık kavramı, modern devlet düşüncesine ait bir kavram olsa da kavramı daha eskiye götürmek olasıdır. Dolayısıyla yurttaşlık kavramı köken olarak modern devletten çok daha öncesine dayanmaktadır. Yurttaşlık kavramı toplumsal algıda çoğunlukla hukuki tanımından bağımsız olarak düşünülür. Dolayısıyla yurttaşlık, hukuki bir mahiyete sahip olmasının yanında, tarihsel, sosyolojik ve politik bilgilerle de çerçevesi çizilmeye çalışılan bir kavramdır. Modern hukukta yurttaşlığın kazanımı için "*kan esası*" ve "*toprak esası*" benimsenmiştir. Yurttaş kavramı pratikte, Antik Yunan'da şehir devleti olarak tabir edilen '*polis*'e aidiyetin ifadesi şeklinde olmuştur. Yurttaşlık kelimesinin Latin kökenli dillerde karşılıkları olan "*citizen*", "*citoyen*" kelimeleri, şehir (*city*, *cité*) kökeninden gelmekte ve "*bir şehrin yaşayanı*"¹ olarak etimolojik karşılığını bulmaktadır. Dolayısıyla İngilizce'de "*citizen*" Fransızca'da "*citoyen*" olarak adlandırılan yurttaşlık kavramının aslında şehir devletine ve şehirliliğe has bir durum olduğuna işaret edilmektedir. Modern devlette yurttaşlık ise zamanla birey-devlet arasındaki hukuki bağlılığa işaret eder hale dönüşmüştür. Çünkü birey, devletin temelidir, zira bireysiz bir topluluk ve dolayısıyla devlet düşünülemez². Bu sebeptendir ki yurttaşlık kavramının birey-devlet arasındaki bağın niteliğini çözümlemek için taşıdığı önem açıktır.

Tarihsel süreçte yurttaş kavramına siyasal oluşumlarla birlikte düşünürler de katkı sunmuştur. Bunlardan en önemlisi Aristoteles'tir. Aristoteles yurttaş kavramı için "*tek bir tanım üzerinde bir uzlaşma yoktur*"³ demektedir ancak kendi tanımını da "*karar alma ve yargı süreçleri-*

¹ **Walter W. SKEAT**, *An Etymological Dictionary of the English Language*, New York, 1985, s. 111.

Inhabitant of a city http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=Citoyen+&searchmode=none (Erişim Tarihi: 01/10/2015)

² **Hicri FİŞEK**, *Anayasa ve Vatandaşlık*, Ankara, 1961, s. 2.

³ **Ernest BARKER (Ed.)**, *The Politics of Aristotle*, Oxford University Press, 1958, s. 93.

ne katılan erkek"⁴ olarak yapmaktadır. Yurttaşlık doğuştan, aileden veya sonradan kazanılabilir ve yurttaş seçimlere katılır, meclislere üye olur ve kamu gücünde pay sahibidir⁵. Ancak Aristoteles'in düşüncesinde yurttaş statüsü site içindeki bütün yaşayanların sahip olduğu bir statü değildir. Yabancılar ve köleler, yurttaş değil konuktur⁶. Aristoteles'in hocası olan Platon'a göre de yurttaşlar üç sınıfa ayrılırlar; yöneten konumunda bulunan yöneticiler, koruyan konumunda bulunan askerler ve üreticiler⁷. Üreticiler en geniş sınıftır ancak yönetimde yer almazlar ve askerler üretim faaliyetinde yer almamalarına rağmen maaş olarak üretilenleri alırlar⁸. Bu yüzden yurttaşlar arası bir eşitlikten söz edemeyiz⁹.

Yurttaşlık kavramının günümüzde bu kadar belirleyici olmasının sebebi, devletle birey arasındaki ilişkinin niteliğine dair bir kavram olmasında yatar. Günümüzde yurttaşlığın bir haklar ve ödevler bütünü olduğunu düşünürsek, bu kavramın sosyal sözleşme teorisini savunan yazarların da ilgi alanına girdiğini söyleyebiliriz. Ancak yurttaşlığın bir haklar ve ödevler bütünü olduğuna ilişkin önemli tespitlerden biri de Jean Bodin'e aittir. Bodin, yurttaşı egemene olan bağlılığıyla tanımlar ve egemen bu bağlılığa karşılık olarak yurttaşa, adalet, öğüt, yardım ve koruma götürür¹⁰. Karşılıklı yükümlülükler bağlamında yapılan bu değerlendirmeye benzer çıkarımlar sosyal sözleşmeciler düşünürlerde de görülmektedir. Sosyal sözleşme teorisini savunan önemli düşünürlerden biri Thomas Hobbes'dur. Hobbes'un sosyal sözleşme teorisinde iki önemli kavram vardır; "*egemen*" ve "*uyruk*". Yurttaşlık konusuna doğrudan temas ettiği için uyruk kavramı önemlidir. Hobbes, uyruk kavramını egemenin dışında kalanlar olarak tanımlar. Egemenlik ise; "*büyük bir topluluğun üyelerinin birbirleriyle yaptıkları ahitlerle, her birinin huzur ve*

⁴ BARKER, s. 93.

⁵ Mehmet AKAD/Bihterin VURAL DİNÇKOL/Nihat BULUT, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 2015, s. 35.

⁶ İlhan F. AKIN, Kamu Hukuku, İstanbul, 1979, s. 14.

⁷ AKAD/VURAL DİNÇKOL/BULUT, s. 27.

⁸ PLATON, La République, Paris, 1966, s. 303.

⁹ Derek HEATER, Yurttaşlığın Kısa Tarihi, İstanbul, 2007, Çev: Meral DELİKARA ÜST, s. 28.

¹⁰ Mehmet Ali AĞAOĞULLARI/Levent KÖKER, Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı, Ankara, 2009, s. 24.

sükunu ve ortak savunmaları için, içlerinden birinin, onun uygun bulacağı şekilde, hepsinin birden gücünü ve imkanlarını kullanabilmesidir"¹¹. Egemenin yasama yetkisi mutlak ve değiştirene kadar koyduğu yasalarla bağlıdır, aksi halde düzen korunamaz¹². Hobbes'un yaptığı bir başka tanıma göre ise; "Her yurttaş ve bağımlı her tüzel kişi, egemen gücü elinde bulunduranın tebaası olarak adlandırılır"¹³. Yurttaşlık teorisine ilişkin çıkarımlarda bulunan önemli düşünürlerden biri de Jean-Jacques Rousseau'dur. Yurttaşlık kavramına değinmeden önce dikkate alınması gereken kavram ise genel iradedir. Genel irade, özel iradelerin tek tek toplamı değil, topluluğun ortaya koyduğu iradedir¹⁴. Rousseau'ya göre yurttaş (citoyen) "egemen otoriteye tek tek katılan kişilerdir", "devletin yasalarının altında kalan, ona uymak zorunda kalan kişiler" ise uyruk (sujet) olarak adlandırılır¹⁵. Rousseau'nun yaptığı ikili sınıflandırma bizi aktif-pasif yurttaş olarak adlandırılacak bir ayrıma götürmektedir. Bunun yanı sıra Aristoteles'in klasik tanımında belirtilen karar alma ve yargı süreçlerine katılma unsurunun aktif yurttaşlığa gönderme yaptığını söyleyebiliriz.

Yukarıda yer alan görüşler ekseninde önceleri sınırlı bir topluluğa hasredilen "yurttaş" sıfatı Fransız Devrimi'yle birlikte toplumun, kadınlar hariç, bütün üyelerine tanınan bir sıfat haline gelmiştir. Ancak bu tanınma durumu da kolay olmamıştır. 1789 Fransız Devrimi'nden sonra, burjuva ve halk bir çatışma halindedir. Burjuva mensupları, talep ettikleri siyasal hakların yalnızca mülk sahibi Fransızlara tanınmasını istemektedirler. Bu talebe göre mal sahibi olan Fransızlar aktif yurttaş olacak ve oy hakkına sahip olacaktır. Mal sahibi olmayanlar ise pasif yurttaş olacaktır¹⁶. Ancak burjuvazinin bu isteği kabul görmemiştir ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinde hukuksal eşitlik prensibi kabul edilmiştir. Hukuksal eşitliğin boyutlarından biri de seçme hakkının tüm halka ait olmasıdır¹⁷. Bu görüşe en şiddetli olarak kar-

¹¹ Thomas HOBBS, Leviathan, İstanbul, 2013, Çev: Semih LİM, s. 136.

¹² AKAD/VURAL DİNÇKOL/BULUT, s. 111.

¹³ Thomas HOBBS, Elementa Philosophica De Cive-Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri, İstanbul, 2014, Çev: Deniz ZARAKOLU, s. 84.

¹⁴ AKAD/VURAL DİNÇKOL/BULUT, s. 137.

¹⁵ Jean-Jacques ROUSSEAU, Du Contrat Social, Paris, 2001, s. 58.

¹⁶ Alphonse AULARD, Fransa İnkılabının Siyasi Tarihi, Cilt: 1, Ankara, 2011, Çev: Nazım POROY, s. 48.

¹⁷ AULARD, s. 71.

şı çıkanlardan biri Sièyes'dir. Sièyes'ye göre; modern toplumun temeli insanlar arasındaki iş bölümüdür ve siyaset de bir uzmanlık alanıdır. Dolayısıyla herkesin bu konu hakkında fikir yürütmesi doğru değildir. Sièyes'nin görüşlerini kısmen de olsa yansıtan aktif yurttaş-pasif yurttaş ayrımı, 1791'de Fransa'da oluşturulan iki kademeli ve vergiye dayalı seçim sisteminde etkili olmuştur¹⁸. Yurttaşlık kavramının hukuksal eşitliğe evrilmesinde sosyal sözleşmeci düşünürlerin önemli payı vardır. Devleti oluşturanların bireyler olduğunu ve devletin bu bireylerin bir tasavvuru olduğu, dolayısıyla herkesin doğuştan eşit olduğu göz önüne alınırsa, devlet içinde ayrıcalıklı sıfatların bulunmaması gerektiği yönündeki tespitler, "yurttaş" sıfatının herkese tanınmasında önemli bir düşünsel birikimdir.

Fransız Devrimi, tarihsel önemi itibariyle feodaliteden ulus-devletler dönemine geçişin başlangıcıdır. Bu dönemde yurttaşlığın ayırım gözetilmeksizin herkese tanınan bir hak olduğunu belirtmiştik. Yurttaş anlayışı bununla birlikte başka bir nitelikle daha özdeşleşmiştir. Bu kavram "ulus" kavramıdır. Çünkü devletin kurucu unsuru ve meşruiyet temeli bundan böyle türdeş bir halk olarak kabul görecektir¹⁹. Bu durumun dolaylı bir sonucu olarak da ulus-devletler içindeki bölgesel ve yerel farklılıklara kuşkuyla bakılması görülebilir, bunun yanında merkezi devlete de bir temel teşkil ettiğini söylemek yerinde olacaktır. Bu durumu, ulusların kendilerini değerli görmeleriyle birlikte düşündüğümüzde ulusçuluğun yükseldiğini söyleyebiliriz. Bunun yanı sıra yükselen ulusçuluğun sebebinin Immanuel Kant'a dayandıranlar da mevcuttur. Kant, insan olmanın koşulunu bireylerin "kendi kaderlerini tayin etme"lerine dayandırmıştır. Bu anlayış günümüzde hala gündemden düşmeyen "ulusların kendi kaderlerini tayin etme hakkı"na uyarlanmış ve ulusçuluk ciddi bir ivme kazanmıştır²⁰. Ulus kavramına bireylerin sahip olduğu

¹⁸ Lucien JAUME, Fransız Devrimi'nde Yurttaş ve Devlet, Ed: Quentin SKINNER/ Bo STRATH, Devletler ve Yurttaşlar, içinde, İstanbul, 2011, Çev: Gökhan AKSAY, s. 161.; Sièyes'nin konuya ilişkin açıklamalarının detaylı bir analizi için bkz. Arda ATAKAN, Putlaştırılmış Bir Kavram: Millî İrade, Mehmet AKAD'a Armağan, içinde, İstanbul, 2012, s. 236-240.

¹⁹ Yurttaş ve ulus arasında hangisinin daha öncelikli olduğu konusundaki tartışma için bkz. Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği, İstanbul, 2010, s. 231.

²⁰ Umut ÖZKIRIMLI, Milliyetçilik Kuramları, Ankara, 2015, s. 34; Ayşe KADIOĞLU, Vatandaşlık: Kavramın Farklı Anlamları, Vatandaşlığın Dönüşümü: Üyelikten Haklara, içinde, Ed: Ayşe KADIOĞLU, İstanbul, 2012, s. 21-30.

özelliklerin değer görülmesinin yansımaları bu kavramın dönüşümünü açıklamak açısından önemlidir. Ulus kavramının bireye ait olan özelliklerle açıklanması, ulusun da tıpkı birey gibi tek bir iradeye sahip olması gerektiği fikrini doğurur. Bu durumun devletin içinde yaşayan ve toplamı ulus olarak ifade edilen insan topluluğunun homojen ve türdeş olmasına yol açtığını söyleyebiliriz. Bir başka şekilde ifade edecek olursak, ulusun tek bir iradesinin olduğunu kabul etmek bizi, ulusun türdeş bir şekilde kurgulanmasına götürecektir²¹. Ulusun türdeş bir şekilde kurgulanması, amacına bakıldığında, demokrasi adına girilen bir çabadır. Çünkü devletin kurucu iradesi hükümdardan veya ilahi kaynaklardan değil ulustan gelmektedir. Ancak türdeş bir ulus yaratma amacı, farklı olanı kavramın kapsamı dışında bırakmaktadır. Dolayısıyla aynı etnik kökenden gelmeyen, aynı dili konuşmayan, aynı dine mensup olmayan kişilerin yurttaşlık bağına sahip olsalar da ulus kavramına dahil olup olmadıkları günümüze kadar gelen bir tartışma konusudur. Türdeş uluslar yaratarak ulus egemenliğini hakim kılma yönündeki çabalar, farklılıkları dışlar hale geldiğinde, evrensellik iddiası taşıyan insan hakları kavramıyla çelişmeye başlamaktadır. Kuşkusuz ulusun ana unsuru olan yurttaş ile insan haklarının öznesi olan insan kavramı bir çok durumda örtüşmektedir. Ancak yurttaş kavramıyla ulus kavramının örtüşmediği durumlarda insan haklarıyla yurttaş kavramının çatıştığını söyleyebiliriz. Erözden'in ifade ettiği şekilde ifade edecek olursak; *"bazı kritik noktalarda, "ulusal" olanın "insani" olandan zarar görme ihtimalinin belirlediği o hayati alanlarda, "yurttaş" ile "insan" pekala çatışabilecektir"*²². Yurttaş kavramına ilişkin pratik ve teorik görüşleri bu şekilde ortaya koyduktan sonra 1924 Anayasası'nın hazırlanma sürecinde yurttaşlığa ilişkin tartışmalara değinmek gerekecektir.

II. 1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE YURTTAŞLIK

A. 1924 ANAYASASI ÖNCESİ YURTTAŞLIK DÜZENLEMELERİ

1924 Anayasasında yurttaşlık anlayışına değinmeden önce, 1924 Anayasasının yürürlüğe girmesine kadar gelen süreçlerde anayasa ve yurttaş ilişkisine değinmek yerinde olacaktır. Osmanlı Devleti'nin

²¹ Ozan ERÖZDEN, *Ulus-Devlet*, İstanbul, 2013, s. 179.

²² ERÖZDEN, s.180.

yurttaşlık anlayışı, kuruluşundan Tanzimat Dönemi'ne kadar ağırlıklı olarak İslam hukukuna göre şekillenmiştir. Daha sonrasında Tanzimat ve Islahat Fermanları ve sonrasındaki süreçle birlikte gayrimüslimleri de içine alan bir eşit yurttaşlık çabasının izleri görülmektedir. Burada karşımıza iki temel metin çıkmaktadır: ilki "1869 tarihli *Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi*", diğeri ise "1876 tarihli *Kanun-i Esasi*"dir. Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi, İslam ülkelerinde yapılan ilk yasal yurttaşlık düzenlemesi olması bakımından önemlidir. Ayrıca Kanunname o zamana kadar olan Osmanlı yurttaşlık anlayışından da ayrılan bir takım düzenlemelere sahiptir. Örneğin İslam hukuku ve Roma'nın toprak esasının bir bileşimi olan Osmanlı yurttaşlık anlayışı bu Kanunname ile yurttaşlığın asli kazanımında "*kan esasi*"nı benimsemiştir. Toprak esası yerine kan esasının benimsenmesinin sebeplerinden birinin de mevcut kapitülasyonlar olduğu iddia edilmektedir²³. Kanunname'nin bir diğer önemli özelliği de Cumhuriyet kurulduktan sonra da 23 Mayıs 1928 tarihli 1312 sayılı Vatandaşlık Kanunu'nun yayımlanmasına kadar yaklaşık 60 sene yürürlükte kalmış olmasıdır.

Osmanlı Devleti'nin ilk anayasası olan 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de ise yurttaşlık kavramı, temel hak ve özgürlüklerin başlangıç kısmında yer almaktadır ve detaylı bir düzenlemeye sahip değildir. Detaylı bir yurttaşlık düzenlemesinin anayasada yer almamasının sebebi yurttaşlığı düzenleyen Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nin, Kanun-i Esasi'den daha önce yürürlüğe girmiş olması olarak düşünülebilir. Bu duruma paralel olarak Kanun-i Esasi'nin yurttaşlık ile ilgili olarak koyduğu bir takım soyut ilkeler mevcuttur. Tanzimat ve Islahat Fermanları'nda yer alan gelişmelere paralel olarak, yurttaşlık anlayışında din faktörü göz ardı edilmiş ve tüm yurttaşların özgür ve eşit olduğu kabul edilmiştir. Kanun-i Esasi'de yer alan bu vurgular Avrupa'da yükselen ulusçuluk akımlarına karşı toprak bütünlüğünü korumak isteyen Osmanlı Devleti'nin aldığı önlemlerden biridir. Devlet içinde yaşayan bireyler arasında ırk ya da din üzerinden bir ayırımı gidilmeksizin herkesi Osmanlı yurttaşlığına sahip olup olmamasına göre ayıran bu anlayışa "Osmanlılık" anlayışı denir²⁴.

²³ **Osman Fazıl BERKİ**, Türk Vatandaşlığı Hukukunda Toprak Esasının Gelişmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1970, Cilt: 27, Sayı 1-2, s. 68.

²⁴ **Yusuf AKÇURA**, Üç Tarz-ı Siyaset, Ankara, 1976, s. 19.

Yurttaşlık konusu 1876 Kanun-i Esasi'nin 8. ve devamı maddelerinde kendine yer bulmuştur. Kanun-i Esasi'ye göre "*Devlet-i Osmaniye Tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine hangi din ve mezhebden olur ise olsun bila istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihsal ve izae edilir*"²⁵. Madde metninde herhangi bir dini veya ırki gönderme olmadığından, Kanun-i Esasi'de eski Osmanlı millet sisteminin yerini, modern yurttaşlık anlayışının aldığını söylemek gerekir. Kanun-i Esasi kısa bir süre yürürlükte kaldıktan sonra II. Abdülhamid tarafından Meclis-i Mebusan'ın kapatılmasıyla birlikte askıya alınmıştır. Ancak İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin, Rumeli'den başlattığı eylemler sonucunda II. Abdülhamid, uzun bir tereddüitten sonra Kanun-i Esasi'yi yeniden yürürlüğe koyarak II. Meşrutiyeti ilan etmiştir²⁶. 1908 yılında tekrar yürürlüğe giren Kanun-i Esasi, tekrar ilga edilme ihtimaline karşı padişahın yetkilerini önemli ölçüde sınırlamıştır ve 1909 yılında köklü değişiklikler geçirmiştir. Kanun-i Esasi'nin bu dönemde 21 maddesi değiştirilmiş, bir maddesi kaldırılmış ve üç madde metne eklenmiştir. Bu değişimlerden en önemlisi, kaldırılan tek madde olan Kanun-i Esasi'nin ilk halinde mevcut bulunan ve padişaha "*hükümetin emniyetini ihlal ettikleri bir polis soruşturması sonucunda belli olanları*" sürgüne yollama yetkisi veren 113. maddedir. Bunun yanı sıra yeni tanınan özgürlükler de, Kanun-i Esasi'nin ilk haliyle paralel olarak tüm yurttaşlara tanınmıştır.

Ulusal Kurtuluş Savaşı'nın ardından kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nde ise ilk anayasa olarak 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu yürürlüğe girmiştir. 1921 Teşkilat-ı Esasiyesi bir geçiş dönemi anayasasıdır ve oldukça kısadır. 23 maddeden oluşan bu metinde yalnızca devletin teşkilatlanmasından bahsedilmiştir. Metinde bir temel hak ve özgürlükler bölümü mevcut değildir. Dolayısıyla 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda yurttaşlıkla ilgili somut bir düzenlemeye rastlanmaz. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun ilk maddesinde bir millet adı zikredilmez ve "*hakimiyet bila kayd ü şart milletindir*"²⁷ ifadesi yer alır. Devam eden maddeler incelendiğinde ise "*millet*" (madde 1, 2, 5) ve "*halk*" (4,

²⁵ Kanun-i Esasi metni için bkz. **Suna KİLLİ-Şeref GÖZÜBÜYÜK**, *Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*, İstanbul 2006, s. 36-51.

²⁶ **Recai Galip OKANDAN**, *Amme Hukukumuzda İkinci Meşrutiyet Devri*, İstanbul, 1947, s. 15.

²⁷ Teşkilat-ı Esasiye Kanunu metni için bkz; **KİLLİ-GÖZÜBÜYÜK**, s. 105-108.

12, 18) ifadelerinin yanında herhangi bir ırk ya da etnisite adı olmadan kullanıldığını görüyoruz. Ayrıca içinde "halk" geçen maddelerin daha çok temsilcilerin seçimiyle ilgili olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla 1921 Teşkilat-ı Esasîyesi'nin metninden yurttaşlık anlayışı tespiti yapmak güçtür.

B. 1924 ANAYASASINDA YURTTAŞLIK ANLAYIŞINA İLİŞKİN MECLİS TARTIŞMALARI

1924 Anayasası dönemindeki yurttaşlık anlayışını belirleyebilmek için, konuya ilişkin anayasal hükmün nasıl ortaya çıktığını araştırmak gerekmektedir. Büyük Millet Meclisi'nde madde üzerine yapılan tartışmalar bu hususta yol gösterici olacaktır. Devlet içinde yaşayan Rum ve Ermenilerin durumu üzerine İstanbul Mebusu Hamdullah Suphi Bey'in ifadeleri bu tartışmaların ana ekseninin toplandığı noktayı tespit etmek açısından önemlidir;

"Bütün siyasi hudutlarımız dahilinde yaşayanlara Türk unvanını vermek bizim için bir emel olabilir...Diyoruz ki: Devletin, Türkiye Cumhuriyetinin tebaası tamamıyla Türktür. Bir taraftan da hükümet mücadele ediyor, ecnebler tarafından tesis edilmiş olan müessesatta çalışan Rumu, Ermeniye çıkarmaya çalışıyor. Biz bunları Rumdur, Ermenidir diye çıkarmak istediğimiz vakit bize "hayır, Meclisinizden çıkan kanun mucibince bunlar Türktür" derlerse ne cevap vereceksiniz?...Maddeye bir tefsir geçilebilir, fakat bir hakikat vardır. Onlar Türk olamazlar." 28

Kuşkusuz Kurtuluş Savaşı ardından yapılan bu konuşmada bir ulus-devlet olarak kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin yurttaş tanımında düştüğü ikilemin ipuçlarını görmekteyiz. Lozan Barış Antlaşması sonrasında mübadeleye konu olmayan ve Türkiye'de kalan ve Anayasal anlamda "Türk" olarak tanımlanması planlanan gayrimüslimlerin gerçekten "Türk" olup olmadıkları o dönem tartışma konusu olmuştur. Bu konuşmayla başlayan görüşmelere ek olarak daha sonra Gelibolu Mebusu Celal Nuri Bey tarafından "Türk" tanımı yapılarak devam edilmiştir:

²⁸ Şeref GÖZÜBÜYÜK-Zekai SEZGİN, 1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri, Ankara 1957, s.437.

"...bugün bizim öz vatandaşımız, Müslüman, Hanefi-yülmehp, Türkçe konuşur...Eskiden bir Osmanlı sıfatı vardı, bu sıfat cümleye şamildi. Bu sıfatı ortadan kaldırıyoruz. Yerine bir Türk Cumhuriyeti kaim olmuştur. Bu Türk Cumhuriyeti-nin de bilcümle efradı Türk ve Müslüman değildir. Bunları ne yapacağız? Ortada bir Rum var, bir Ermeni var, bir Yahudi var, türlü türlü anasır var."²⁹

Celal Nuri Bey'in yaptığı bu tanım yeni kurulan ulus-devletin ana unsuru olan ulusun ortak paydasının tespiti açısından önem arz etmektedir. Zira ortada; Türk olarak nitelenen, Türkçe konuşan ve Müslüman olan bir topluluk varken; diğer yandan da bu nitelikleri haiz olmayan farklı ırk ve inanç grupları mevcuttur. 1924 Anayasasının bu farklılıkları bir arada tutacak bir tanıma sahip olması, yeni kurulan ulus-devletin temelini sağlam olması açısından bir zorunluluk olarak göze çarpmaktadır.

C. 1924 ANAYASASINDA YURTTAŞLIK DÜZENLEMESİ

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu olağanüstü dönem şartlarında hazırlanmış eksik bir metin olduğu için yeni cumhuriyetin niteliklerini karşılamaktan uzaktır³⁰. Dolayısıyla ilerleyen süreçte bu eksikleri kapatacak yeni bir anayasanın (1924 Anayasası) hazırlanması gerekmiştir. Ancak 1924 Anayasasının temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeleri de geniş ve ayrıntılı değildir. Çoğu zaman bu özgürlüklerin yalnızca adları sayılmış ve sınırlarının kanunla çizileceği hususu belirtilmiştir³¹. 1924 Anayasasında, 1789 Fransız Devrimi'nin etkilerini taşıyan 1875 Fransa Anayasasından esinlenme yoğun ölçüde hissedilmektedir. Örneğin, özgürlük tanımı, doğrudan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinden alınmadır³². Bunun yanı sıra 1924 Anayasası demokratik bir ruha sahip olmakla birlikte çoğunlukçu demokrasi anlayışını yansıtmaktadır³³. Çoğunlukçu demokrasi anlayışı ve TBMM'nin üstün-

²⁹ GÖZÜBÜYÜK-SEZGİN, s. 439.

³⁰ Bihlerin VURAL DİNÇKOL, Atatürk Devrimi, İstanbul, 2001, s. 139.

³¹ Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2013, s. 33.

³² Münci KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1970, s. 97.

³³ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 33.

de bir güç olmayışı, TBMM'yi her türlü yargısal ve siyasi denetimden de muaf tutmaktaydı. Dolayısıyla sandıktan çıkan sonuçlara karşı gelmek, milli iradeye karşı gelmek anlamına gelmekteydi³⁴. Ancak "Tek Parti Dönemi"nde devletin kutsallaştırılması gibi totaliterliğe varabilecek uygulamalar gözlemlenmez³⁵. Anayasada yer alan kamu hürriyetlerine bakarak bu döneme, "*demokrasiye hazırlık dönemi*" adını verebiliriz³⁶. Bu görüşe paralel olarak Maurice Duverger de 1923-1950 arasındaki "Tek Parti Dönemi"nin, yarattığı yeni yönetici sınıfı ve bağımsız siyasal eliti göz önüne alarak, gerçek bir demokrasinin kurulmasına imkan verebilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir³⁷.

1924 Anayasasında devletin insan unsurunu Türkler oluşturmak-tadır³⁸. İçerdiği eksikliklere rağmen 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun aksine, 1924 Anayasasında yurttaşlık kavramının bir tanımı mevcuttur. Bu tanım 88. maddede yer alır ve "*Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk ıtlak³⁹ olunur*" şeklindedir. Düzenlemenin lafzından anlaşılan, "*Türk*" kelimesinin irksal temelli değil, yurttaşlık temelli bir vurgu yaptığıdır. **Bunun yanı bu tanım** laikleşme sürecine giren devlette dinsel kimlik yerine ulus-devletin bir gereği olarak ulus oluşturma düşüncesinin bir yansımasıdır⁴⁰. Bu düzenleme aynı zamanda Osmanlı Devleti devrinde kullanılan "*Osmanlı*" sıfatının da yürürlükten kalktığı ve yeni kurulan Türkiye Cumhuriyetinde bundan böyle halka "*Osmanlı*" yerine "*Türk*" deneceği anlamına gelmektedir⁴¹. 88. maddede yer alan ifadelerden Türklerin tek bir dine veya ırka sa-

³⁴ Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2014, s. 114.

³⁵ Oktay UYGUN, *Devlet Teorileri*, İstanbul, 2014, s. 448.

³⁶ KAPANİ, s. 98.

³⁷ Maurice DUVERGER, *Siyasi Partiler*, Ankara, 1974, Çev: Ergun ÖZBUDUN, s. 364.

³⁸ Tarık Zafer TUNAYA, *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)*, İstanbul, 2009, s. 136.

³⁹ İtlak: Salıverme, koyuverme, genelleme. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.560ce3db363685.77950251 (Erişim Tarihi: 01/10/2015).

⁴⁰ Bihlerin VURAL DİNÇKOL/Pervin SOMER, *Atatürk İlkeleri ve Devrimi*, İstanbul, 2006, s. 161.

⁴¹ Edward C. SMITH, *1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl 1958, Cilt 13, Sayı 3, Çev: Mümtaz SOYSAL, s. 108.

hip olmadıklarının kabul edildiği ve çoğulcu bir yurttaşlık anlayışının benimsendiği ya da Türklerin arasında yaşayan çeşitli ırk ve dinlerden toplulukların da farklılıkları yüzünden Türk toplumunun dışında bırakılmadıkları⁴² sonuçları çıkartılabilir. TBMM'de yaşanan tartışmaların sonunda ilk halde yer almayan "*vatandaşlık itibarıyla*" ifadesi maddeye eklenmiştir. Kuşkusuz bu ibarenin eklenmesi TBMM tartışmalarından anlaşıldığı kadarıyla gayrimüslimlerin, anayasal anlamı dışında, "*Türk*" sayılmaması amacına ulaşmak için benimsenmiş bir yoldur. Bunun yanı sıra, Müslüman olup da Türk olmayanların durumundan hiç söz edilmemiştir⁴³. Türk olmayanların durumundan yurttaş tanımında bahsedilmesi, ulus-devlet şeklinde örgütlenen Türkiye Cumhuriyeti için bir çelişki yaratacaktır. Dolayısıyla ırk olarak Türk ve yurttaş (anayasal) olarak Türk kavramları birbirinden farklı temellere oturmuştur. Bir başka şekilde ifade edecek olursak, Müslüman olmayan azınlıklar eşit yurttaşlık haklarına sahiptir ancak sosyolojik anlamda Türk olarak kabul edilmezler⁴⁴. Söz konusu ayrımı üçlü bir temele oturtanlar da vardır. Bu görüşe göre Türkçe dilini konuşanlar "*Türkler*", Türk olmayıp da Müslüman olanlar asimile edilebilir olduklarından "*Müstakbel Türkler*", gayrimüslimler ise "*Kanun-i Esasi Türkleri*" olarak nitelendirilebilir⁴⁵. Bununla beraber ırksal veya dinsel bir anlam taşımayan "*Türklük*" kavramının coğrafi (Türkiye ahalisi) ve siyasi (yurttaşlık bağı) anlamda kullanıldığı düşünülebilir. Yurttaşlık anlayışına ilişkin olarak gözden kaçmaması gereken bir diğer nokta ise Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucusu Mustafa Kemal'in de **aynı yıllarda** "*Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye halkına, Türk Milleti denir*" şeklindeki tanımıdır⁴⁶. Mustafa Kemal'in yurttaşlığa ilişkin olarak ifade ettiği çeşitli görüşlere ise Afet İnan tarafından derlenen "*Vatandaş İçin Medeni Bilgiler*"⁴⁷ isimli eserin-

⁴² SMITH, s. 108.

⁴³ Ergun ÖZBUDUN, 1924 Anayasası, İstanbul, 2012, s. 63.

⁴⁴ Türklüğün tanımlanmasında hakim unsurun din olduğuna yönelik savlara kanıt olarak, Türkiye ile Yunanistan arasında yapılan nüfus mübadelesinde, anadili Türkçe olan Ortodoks Karaman Rumlarının mübadeleye dahil edilmesini gösterenler mevcuttur. Bknz. Ergun ÖZBUDUN, Milli Mücadele ve Cumhuriyetin Resmi Belgelerinde Yurttaşlık ve Kimlik Sorunu, Ed: Nuri BİLGİN, Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik, içinde, İstanbul, 1997, s. 67.

⁴⁵ Mesut YEĞEN, Yeni Anayasa Eski Yurttaşlık, Liberal Düşünce, Yıl 13, Sayı 50, İlkbahar-2008, s. 60.

⁴⁶ Bülent TANÖR, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul, 2011, s. 310.

⁴⁷ Afet İNAN, Vatandaş İçin Medeni Bilgiler, İstanbul, 2010.

den erişebiliriz. Bu eserde Mustafa Kemal, yukarıda belirttiğimiz yurttaş tanımının yanı sıra müslüman olup Türk olmayanların ve gayrimüslimlerin durumları hakkında açıklamalar yapmıştır. Buna göre kendilerine Kürtlük, Çerkezlik, Lazlık, Boşnaklık gibi fikirler propaganda edilenler de Türk topluluğu ile aynı ortak geçmişe, tarihe, ahlaka, hukuka sahiptirler⁴⁸. Gayrimüslimlere ise kendilerini Türk milletine vicdani arzularıyla bağlandıktan sonra yabancı gözüyle bakılması, Türk milletinden beklenecek bir davranış değildir⁴⁹. Kuşkusuz Mustafa Kemal'in ifade ettiği bu görüşler ırk anlayışından uzak bir millet anlayışını yansıtmaktadır.

1924 Anayasasında hakların öznesi olarak da "*Türk*" kavramı kullanılmıştır. Örneğin, Anayasanın 5. faslı "*Türklerin Hukuku Ammesi*" üst başlığına sahiptir⁵⁰. 9. madde milletvekili seçme hakkının "*Türkler*"e ait olduğunu belirtir. 68. maddede ise "*Her Türk hür doğar, hür yaşar*" ifadesi yer alır. 69. Maddede "*Türklerin kanun nazarında eşit oldukları*" belirtilir. Meclis tarafından alınan bazı kararlarda "*Türk*" unsuru vurgulanmıştır. Ancak söz konusu dönemde mevcut bulunan Milli Mücadele ruhu gereği bu anlayışın çok yüksek perdeden dile getirilmediği söylenebilir. İlerleyen dönemde gerek Lozan Barış Antlaşmasıyla devletin kendini güvenceye alması, gerek 1924 Anayasası'nın bir öncekine oranla daha detaylı bir karaktere sahip olması Osmanlı'dan bu yana yurttaşlık kavramının geçirdiği dönüşümün son halkasını görmemize olanak sağlar. Bu anlamda 1924 Anayasası'nın hazırlık dönemi tartışmalarında dile getirilen "*Türk*" kavramının içeriğini doldurma konusunda yaşanan tartışmalar yeni dönemde gayrimüslimlerin devlet ve toplum içinde nasıl bir konuma sahip olacaklarını göstermesi bakımından önemlidir. 1924 Anayasası'nın görünüşte ırk ve din ayrılıklarını hesaba katmayan bir yurttaş tanımı getirmesi ileri bir hamle gibi görünmektedir. Ancak gerek anayasanın hazırlanma öncesindeki süreç ve gerek daha sonrasında gayrimüslimlere yönelik ayrımcı politikalar, "*Türk*" kelimesinin anayasada ifade edilen anlamının yanında "*dil, ülkü ve kültür birliğini*" de ifade ettiğini göstermektedir. Bu duruma paralel olarak Mustafa Kemal Atatürk'ün yaptığı tanım da "*millet, dil, kültür ve ülkü birliği ile birbirine bağlı vatandaşların oluşturduğu siyasi ve sosyal bir*

⁴⁸ İNAN, s. 46.

⁴⁹ İNAN, s. 46.

⁵⁰ VURAL DİNÇKOL/SOMER, s. 158.

topluluktur" şeklinde⁵¹. Bu tanım, sübjektif millet anlayışına dayanan bir millet anlayışına işaret eder. Dolayısıyla daha sonraki süreçte yaşanacak olan gelişmeler "*anayasal (sübjektif millet anlayışı) anlamda Türk*" ile "*ırksal (objektif millet anlayışı) anlamda Türk*"ün mücadelesi olarak görülebilir.

D. 1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE YURTTAŞLIK ANLAYIŞINI YANSITAN BAŞLICA KANUNLAR

1. 1312 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu

Osmanlı Devleti'nin 1869 tarihinde yürürlüğe koyduğu Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi, Cumhuriyet döneminde de geçerliliğini sürdürmüştür. 23 Mayıs 1928 tarihinde çıkartılan 1312 sayılı Vatandaşlık Kanunu ile beraber Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi yürürlükten kalkmıştır. 1312 sayılı bu yeni Kanun'a göre vatandaşlığa kabul ilkelinde ana ilke "*kan bağı*" ilkesidir. Bununla birlikte toprak ilkesi de bütünüyle reddedilmemiştir. Türkiye'de doğup ana-babası belli olmayan veya bunlardan biri vatansız olan çocuklar bu ilke gereğince Türk vatandaşı sayılmıştır. Bu durumun nüfuz azlığı sebebiyle olabildiğince fazla kişiye vatandaşlık vermek amacıyla öngörüldüğü düşünülebilir⁵². 1312 sayılı Kanun'da herhangi bir dini ya da etnik vurgu veya belirlemeye rastlanmaz.

2. 2007 Sayılı Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun

Konuyla ilgili olarak ele alınması gereken bir diğer yasal düzenleme 4 Haziran 1932'de kabul edilen "*2007 sayılı Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun*"dur. Kanun'un 1. maddesine göre; "*Ayak satıcılığı; çalgıcılık; fotoğrafçılık; berberlik; müretteplik; simsarlık; elbise, kasket ve kundura imalciliği; borsalarda mubayaacılık; Devlet inhisarına tabi maddelerin satıcılığı; seyyahlara tercümanlık ve rehberlik; inşaat, demir ve ahşap sanayi işçilikleri, umumi nakliye vesaiti ile su vetenvir ve teshin ve muhabere işlerinde daimi ve muvakkat işçilik; karada tahmil ve tahliye işleri; şoförlük ve muavinliği; alelümum ame-*

⁵¹ İNAN, s. 40.

⁵² Rona AYBAY/Nimet ÖZBEK, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2008, s. 75.

lelik; her türlü müesseselerle ticarethane, apartman; han, otel ve şirketlerde bekçilik, kapıcılık, odabaşılık; otel, han, hamam, kahvehane, gazino, dansiğ ve barlarda kadın ve erkek hizmetçilik (garson ve servant); bar oyunculuğu ve şarkıcılığı, baytarlık ve kimyagerlik" yalnızca Türkler'e hasredilmiştir. 5. maddeye göre Kanun'un yayımından itibaren altı ay içinde yabancılar bu işleri terk etmek durumundadır. Daha sonra bu süre; önce bir, sonra iki yıla çıkartılmıştır. Söz konusu kanun 6 Mart 2003 tarihinde çıkan "4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun"un 35. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Düzenlemenin sorunlu yanı ise şu şekilde olmuştur: Lozan Barış Antlaşmasıyla mübadele dışında kalan İstanbul Rumları kendilerine tanınan "yerleşik (établis)" statüsü gereğince vatandaş olmadan da İstanbul'da yaşama ve çalışma hakkına sahiptir. 1927 Nüfus Sayımına göre İstanbul'da yaşayan Yunan vatandaşlarının sayısı 26.431'dir⁵³. Dolayısıyla kanunda tanınan sürenin dolmasıyla bu kesimin çoğunluğunun işlerinden çıkarılması kaçınılmaz olacaktır. Nitekim 1935 yılında bu sayıda 9000 kişilik bir azalma meydana gelmiştir ve sayı 17.642'lere gerilemiştir⁵⁴.

3. 2510 Sayılı İskan Kanunu

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş döneminde yaygın olan dil birliğine dayalı bir ulus oluşturma çabaları gözlemlenmektedir. Bu politikanın gerçekleştirilmesi için çıkartılan en önemli kanunlardan biri ise "14 Haziran 1934 tarihli 2510 sayılı İskan Kanunu"dur. Kanunun esas amacı göç ve nüfusla ilgili gibi görülse de arka planda tek dilli bir topluma geçişi planlamak olduğu söylenebilir. Nitekim Kanun'un TBMM görüşmelerinde dönemin Dahiliye Vekili Şükrü Kaya; "Bu kanun tek dille konuşan, bir düşünen, aynı hissi taşıyan bir memleket yapacaktır"⁵⁵ diyerek bu duruma açıklık getirmiştir. Bununla birlikte Kanun tasarısının TBMM'ye sunulmasında hazırlanan encümen raporu da benzer gerekçeler içermektedir. Genel gerekçe bölümü dünya tarihinde büyük göç dalgaları yapan ırkların başında Türkler'in ve Turani kavimlerin geldiğini belirterek açılmaktadır⁵⁶. Daha sonra Osmanlı Devleti'nin Orhan Gazi ve Fatih Sultan Mehmet dönemlerinden bahsederek devam eden

⁵³ Ayhan AKTAR, Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları, İstanbul, 2012, s. 125.

⁵⁴ AKTAR, Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları, s. 126.

⁵⁵ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: IV, Cilt: 23, İçtima: 3, 14 Haziran 1934, s. 141.

⁵⁶ İskan Kanunu Layihası ve İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, 2 Mayıs 1934, TBMM Zabıt Ceridesi, Sıra Sayısı 189, c. 23 s. 1.

rapor asli unsur olarak Türklerin bu dönemlerde hakim kılınmaya çalışıldığından bahseder. Ancak daha sonra halifeliğin Osmanlı hanedanına geçmesi ile birlikte Müslümanlık birleştirici unsur olmuş ve Türklük geri plana atılmıştır⁵⁷. Rapora göre Tanzimat döneminde ise Türk ve İslam'ın yerine din, lisan, ırk ve hissiyatları farklı unsurların bir arada olduğu suni bir Osmanlılık anlayışı vücut bulmuştur. Dolayısıyla böyle bir idarenin altında milli temsil siyaseti mümkün değildir. Birbiriyle anlaşamayan unsurlar yan yanadır ve kaynaşık halde değildir. Bu yüzden farklı kıtalardan gelen muhacir unsurlar Türk kasaba ve köylerine dağıtılarak eritilmemiş ve blok olarak yerleştirilmiştir ve dillerini muhafaza etmişlerdir. Bütün bir Osmanlı devrinde Türkçeyi benimseymemişlerdir⁵⁸. Aynı raporda Türklerin de Osmanlı tarafından dışlandığından bahsedilir. Buna göre; *"Türk yürükleri kendilerine mahsus töreleri, akideleri ve istihsal tarzları ile Osmanlı zamanının Divan idaresince bir kalem vergiden başka hiç bir mana ifade etmeyen anlaşılma birer alem olarak kendi başlarına yaşadılar"*⁵⁹. Daha sonra sıra Cumhuriyet Dönemi'ne gelmiştir. Rapora göre mübadele süreçlerinin sona ermesinden sonra sıra, milli bünyeyi korumaya, sağlamlaştırmaya ve tek tipleştirmeye gelmiştir⁶⁰. Aynı raporda üzerinde durulan en önemli konulardan birisi de dildir. Raporun önceki sayfalarında Osmanlı Devleti'nin ülkesine göçenleri asimile etmeden blok halinde yerleştirmesine dönük eleştirilere yer verilmişti, ilerleyen sayfalarda ise yeni Cumhuriyet Hükümeti'nin bu hataya düşmeyeceğinden bahsedilmiş ve buna ilişkin alınması muhtemel tedbirlerden bahsedilmiştir. Bu tedbirlerin ana amacı ana dili Türkçe olmayan nüfus topluluklarının dağıtılması suretiyle kültür birliğinin korunmasıdır. Bu sebeple yabancıların köylerde değil şehirlerde ikamet etmesi öngörülmüştür. Şehirde ikamet edecek yabancıların oranı ise şehir nüfusunun %10'undan fazla olamayacaktır⁶¹.

27 Mayıs 1934 tarihinde Meclis'e sunulan *"Muvakkat Encümen Mazbatası"* Kanun'un yapılma amacını daha net bir şekilde açıklamaktadır. Girişinde ise Türk soyuna ilişkin yoğun övgüler mevcuttur. Türklerin yarattıkları göç dalgasıyla bugünkü medeniyetin temelleri-

⁵⁷ İskan Kanunu Layihası ve İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, s. 1.

⁵⁸ İskan Kanunu Layihası ve İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, s. 2.

⁵⁹ İskan Kanunu Layihası ve İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, s. 2.

⁶⁰ İskan Kanunu Layihası ve İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, s. 3.

⁶¹ İskan Kanunu Layihası ve İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, s. 3.

ne kurduğuna değinen rapor daha sonra Türklerin bugün batıya doğru yönelmesinde de "*efendi yaşamak*" prensibinden vazgeçmediğini belirtir. Rapora göre Türk soyu, tutsak ve buyruk altında yaşayamaz ve Türk'ün bir özlü gücü daha vardır ki o da her yayıldığı yere medeniyet götürmesidir⁶². Bir önceki raporla paralel olarak bu raporda da Osmanlı Devleti'ne yönelik eleştiriler vardır. Ümmetçilik siyasetinin Türk varlığını geri plana atarak, değişik dilli insanları iman temeli etrafında toplamasından dolayı Türk'e hep aykırı gözle bakılmıştır. Ayrıca yurda gelen dinde bir dilde ayrı olanlar en güzel yerlere yerleştirilmiş ve verimli topraklara sahip olmuşlardır⁶³. Dolayısıyla İslam camiasına mensup olan göçmenler bir gün olsun Türk kültürüne girmeyi düşünmemişlerdir. Bu durum Osmanlı Devleti'nin göç siyasetsizliğine bağlanmıştır. Çünkü Osmanlı Devleti göçmen yerleştirmesine gereken özeni göstermemiş ve göçenlere geniş bir serbestlik tanımış ve bu göçenleri Türk varlığına dahil edememiş ve sonunda da yıkılmıştır. Bu kanunun amacı Osmanlı Devleti'nin yaptığı bu hatadan dönme ve hatta anayurt dışında kalmış soydaşları da anayurdun içine almaktır⁶⁴. Raporda ülkenin demografik yapısı ve hangi bölgelerin yerleşime uygun olduğuna ilişkin tespitler de mevcuttur. Bu tespitlerin amacı ise çoğunlukla çiftçiliğe yöneliktir. Çünkü yurt dışında bulunan soydaşlar genel olarak çiftçilikle meşguldür⁶⁵. Raporun son kısmında ise Osmanlı Devleti ve Türkiye Cumhuriyeti karşılaştırması yapılmıştır. Bu kısımda yer alan ifadeler Osmanlı Devleti'nin Türk'ten esirgediği değeri sağlamanın Türkiye Cumhuriyeti'nin en büyük amacı olduğunu söylemektedir. Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti, bütün olgunluğunu Türk varlığından alarak onun dışında hiç bir şey görmemek üzere yükselmektedir. Osmanlı Devleti ise değişik ve çetrefilli dil söyleyenlerin içinde içi dışı ayrı kalmış kümelerden oluşmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti gönül ve kafa birliği ile dil birliğini göz önüne alarak, Türklüğü yükselterek her şeyi büyük Türk'e bağlamayı kendisine ülkü ve amaç yapmıştır⁶⁶. Son

⁶² İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, 27 Mayıs 1934, TBMM Zabıt Ceridesi, Sıra Sayısı 189, c. 23 s. 5.

⁶³ İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, 27 Mayıs 1934, s. 6.

⁶⁴ İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, 27 Mayıs 1934, s. 6.

⁶⁵ İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, 27 Mayıs 1934, s. 7.

⁶⁶ İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, 27 Mayıs 1934, s. 8.

paragraf ise dil yoluyla amaçlanan tek dilli bir ulus yaratma çabasını göstermektedir:

"Öteden beri Türk kültürüne uzak kalmış olanların ülke-
de yerleşerek onlara Türk kültürünü benimsetmek için Devletin
yapacağı işler bu kanunda açıkça gösterilmiştir. Türk bayrağına
gönül bağlamamış iken Türk yurttaşlığını, kanunun ona verdi-
ği her türlü hakları kullanmakta olanları, Türkiye Cumhuriyeti
uygun göremezdi. Bunun içindir ki, bu gibileri Türk kültüründe
eritmek ve onları Türk oldukları için daha sağlam yurda bağ-
lamak yollarını bu kanun göstermiştir. Türkiye Cumhuriyeti
Devletinde, Türkiüm diyen herkesin Türklüğü devlet için belli
ve açık olmalıdır. Burada Devlet, hiç bir Türkün Türklüğünden
bir soluk işkillenmek istemez. Yalnız devletin kanunlarından her
türü koruyuculuğu ve yararlılığı görerek her Türk gibi yurdun
bütün iyiliklerini, kazançlarını, verimlerini bol bol almakla be-
raber Türk duygusunu taşımaz gibi durmak işini bu kanun kö-
künden kesip atmıştır. Türkiye Cumhuriyeti bütün bunların ne-
reden geldiğini araştırarak bu kanunla uygunsuzlukların hepsini
ortadan kaldırmıştır. Bunları Türk Büyük benliğinde yerleştirip
eriterek bir kardeş ve yurttaş varlığı yaratmak istemiştir."⁶⁷

Kanun'un hazırlık aşamasında ortaya konan beyan ve belgeler is-
kan meselesinin aslında tek dilli bir toplum yaratma amacına yönelik
olduğuna ilişkin güçlü emareler barındırmaktadır. Nitekim hazırlanan
Kanun metni de bu açıklama ve belgelerden farklı bir niteliğe sahip
olmayacaktır. Kanunun birinci maddesi "*Türkiye'de Türk kültürüne
bağlılık dolayısıyla nüfus, oturuş ve yayılışının düzeltilmesinden*" bahset-
mektedir. İkinci madde ise ülkeyi iskan bakımından üç ayrı bölgeye
ayırmaktadır. 1 numaralı bölgeler, Türk kültürlü nüfusun yoğunlaşması
istenen; 2 numaralı bölgeler, Türk kültürüne temsili istenen nüfusun
nakil ve iskanına ayrılan bölgeler; 3 numaralı bölgeler de, yer, sıhhat,
iktisat, kültür, siyaset, askerlik ve inzibat sebepleriyle boşaltılması is-
tlenen iskan ve ikamet yasak edilen yerlerdir. Dolayısıyla Kanun'un
temel aldığı kıstasın "*Türk kültürüne bağlılık*" olduğunu söyleyebiliriz.
Kanun'un ilerleyen maddelerinde ise dil ve ırk unsuru vurgulanmıştır.
Örneğin 11. madde;

⁶⁷ İskan Muvakkat Encümeni Mazbatası, 27 Mayıs 1934, s. 8.

"Ana dili Türkçe olmayanlardan toplu olmak üzere yeniden köy ve mahalle, işçi ve sanatçı kümesi kurulması veya bu gibi kimselerin bir köyü, bir mahalleyi, bir işi veya sanatı kendi soydaşlarına inhisar ettirmeleri yasaktır"

şeklindeki hükmüyle kamusal alanda Türkçe dışında bir dile yaşama imkanı tanınmayacağını söylemektedir. Öyle ki bu kişilerin arasında olabilecek her türlü toplumsal dayanışma faaliyetleri dahi yasaklanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise Türk kültürüne bağlı olmayanlar ya da bağlı olup da Türkçe'den başka dil konuşanlar hakkında İçişleri Bakanlığı'nın lüzumlu görülen tedbirleri almaya mecbur olduğu belirtilmiştir. Bu tedbirler arasında toptan olmamak şartıyla başka yere nakil ve yurttaşlıktan çıkartmak da vardır. Bununla birlikte 13. maddenin 3. fıkrası da "*Türk ırkı*"ndan olmayanların iskanını düzenlemektedir. Fıkraya göre; Türk ırkından olmayanların serpiştirme suretiyle köylere ve ayrı mahalle veya küme teşkil edemeyecek şekilde kasaba ve şehirlere iskanı mecburi kılınmıştır. Kuşkusuz serpiştirme usulüyle zorunlu iskana tabi tutma ve yapılacak nakillerin toptan olmaması bu uygulamalara tabi olacak kişilerin hakim kültür içinde erimeleri amacına yöneliktir.

Kanun'un 12. maddesi ise 1 numaralı bölgelerde kimlerin iskan edileceğini düzenlemektedir. 1 numaralı bölgelere, yeniden hiç bir aşıretin veya göçebenin sokulmasına, Türk kültürüne bağlı olmayan hiç bir ferdin yeniden yerleşmesine ve bu mntıkların eski yerlilerinden olsa bile Türk kültürüne bağlı olmayan hiç bir kimsenin dönmesine izin verilmeyecektir. Bu kişilerin yeri 2 numaralı bölgelerdir ve bu bölgelere de Türk ırkından ve kültüründen gelen göçmenler, hem de 1 numaralı bölgelerden aynı koşulları taşıyan insanlar gelebileceği için sayıca az olması planlanan azınlıkların Türk kültürü içinde erimesi sağlanacaktır⁶⁸.

4. 4305 Sayılı Varlık Vergisi Kanunu

1942 yılında Türkiye gerek İkinci Dünya Savaşı, gerekse yeni bir Cumhuriyet kurulmasının etkisiyle ekonomik açıdan zor bir durumda bulunmaktadır. "*Varlık Vergisi*"ne giden yolda bu ekonomik sıkıntılarının da payı yadsınamaz. Refik Saydam'ın hükümetinin ardından göreve gelen Saraçoğlu, devletin katı müdahaleciliğini gevşetme yoluna gide-

⁶⁸ M. Çağatay OKUTAN, Tek Parti Döneminde Azınlık Politikaları, İstanbul, 2009, s. 254.

rek, tarımsal ödemeleri artırmış ve kent piyasalarındaki fiyat denetimini kaldırmıştır. Bu durum piyasanın arz-talep kanunlarına terk edilmesi demektir. Ancak bu durum enflasyonu artırmıştır⁶⁹. Enflasyon ve gittikçe daha da ağırlaşan ekonomik sıkıntılar, hükümeti yeni kaynak arayışına itmiştir. Bu kaynak arayışları sonucunda bulunan çözüm ise "*Varlık Vergisi*" olarak karşımıza çıkmaktadır. Vergiyi haklı göstermek için özellikle gayrimüslim azınlık mensuplarının ticaretten, kolayca büyük paralar kazandıkları ve vergi ödemedikleri iddia edildi, bunun yanı sıra vergi, piyasadaki para çekmek ve böylelikle talebi azaltarak fiyatları ve enflasyonu düşürmek için gerekli görülüyordu⁷⁰. Bununla birlikte İkinci Dünya Savaşı'nın hüküm sürdüğü dönemde basında, gayrimüslimler aleyhine yapılan haberlerin arttığı görülmektedir⁷¹. Basında artan haberler ve gayrimüslimlerin vergilendirileceğine ilişkin söylentiler üzerine gayrimüslim azınlık temsilcileri Başbakan Şükrü Saraçoğlu'yla bir görüşme yapmıştır. Gayrimüslim azınlık temsilcileri Hükümet'in ne kadar vergi toplama niyetinde olduğunu sormuş ve bu miktarı kendi aralarında toplayıp Hükümet'e vermeyi teklif etmişlerdir. Ancak Saraçoğlu "*Biz bu teklifi nasıl kabul edelim? Biz modern bir devletiz*" cevabını vermiştir⁷². Ayrıca Kanun tasarısı Meclis'te görüşülürken Başbakan Şükrü Saraçoğlu'nun 10 Kasım 1942'deki kapalı grup toplantısında kullandığı ifadeler, uygulamanın ne yönde olacağını işaretidir;

*"Bu kanun aynı zamanda bir ihtilal kanunudur! Bize iktisadi istiklalimizi kazandıracak bir fırsat karşındayız: Piyasamıza hakim olan gayri Türk unsurları bu sayede bertaraf ederek Türk piyasasını Türk tüccarlarının ve Türklerin eline vereceğiz. İstanbul'daki gayrimenkullerin Türklere intikalini yine bu sayede temin edeceğiz. Gayrimenkullere tarh edilecek vergilerin ancak dörtte biri Türklere tahmil edilecektir"*⁷³.

Bu koşullar altında 12 Kasım 1942 tarihinde "*4305 Sayılı Varlık Vergisi Kanunu*" yürürlüğe girmiştir. Kanun'un İstanbul'daki uygulayıcısı konumunda olan dönemin İstanbul Defterdarı Faik Ökte'nin bu

⁶⁹ Şevket PAMUK, Türkiye'nin 200 Yıllık İktisat Tarihi, İstanbul, 2014, s. 201.

⁷⁰ Avner LEVİ, Türkiye Cumhuriyeti'nde Yahudiler, İstanbul, 2010, s. 141.

⁷¹ Haber örnekleri için bkz, AKTAR, Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları, s. 144; Samim AKGÖNÜL, Türkiye Rumları, İstanbul, 2012, s. 115.

⁷² AKTAR, Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları, s.146.

⁷³ Faik Ahmet BARUTÇU, Siyasi Anılar 1939-1954, İstanbul, 1977, s. 263.

konuda yazdığı anıları, ekonomik zorluğu aşma amacının yanında, gayrimüslim azınlık karşıtı bir uygulama olarak "Varlık Vergisi"nin özüne ışık tutmaktadır.

"bilhassa akalliyetlerin büyük servetler iktisap ettikleri belirtildikten sonra, piyasada acele tetkikat yaptırılarak kimlerin bu şekilde fevkalâde kazanç temin ettiğinin tesbiti, akalliyetlerin ayrı bir cetvelde gösterilmesi belirtilmekte idi...cetveller M ve G diye ikiye ayırdı M müslüman grubu, G gayrimüslim ekalliyetleri temsil ediyordu. Bilâhare bu harflere dönmeler için D, ecnebiler için E harfleri katılacaktır"⁷⁴.

Kanun metninin hiç bir yerinde gayrimüslimler ya da azınlıklarla ilgili ayrımcılığı çağrıştıran bir ifade yoktur. Ancak vergi miktarının komisyonlar tarafından aslında serbestçe belirlenebileceğine hükmeden bu madde, telafisi imkansız keyfiliklere neden olacaktır. Verginin mükelleflere uygulanmasında Kanun yürürlüğe girdikten sonra komisyonlara görev düşmüştür. Komisyon, vergileri tahakkuk ederken Müslüman-Gayrimüslim ayrımına gitmiştir. Faik Ökte'nin bu konuda verdiği bilgilere göre Komisyon'un tahakkuk ettiği vergilerde Müslüman ve Gayrimüslimler arasında fark olmakla birlikte bu fark çok büyük değildir;

"M. grubu mükelleflerin vergisi basitti; bunlardan kazanç vergisi nisbetlerine göre, kazanç vergilerinin 1 - 3 misli nisbetinde Varlık Vergisi alınacaktı. G grubunun vergisi asgari hadlerde M.lerin 2, azami hadlerde 3 misli olacaktı"⁷⁵.

Ancak daha sonra bu baremler Ankara'ya gönderilmiştir ve Ankara'dan dönüşte radikal bir değişikliğe uğramıştır. Bu değişim gayrimüslimlere yapılan tarhiyatın daha da artması yönündedir;

"Oraca yeni bir barem hazırlanmıştı. Bu barem bizimkine hiç benzemiyordu. G grubunun vergisi yerine göre en az 5 - 10 misli ağırlaştırılmıştı. Varlık Vergisini ağırlaştırılan, yıkan, nisbetlerde yapılan bu yükseltmedir"⁷⁶.

Vergi'nin tahsilatına gelince ise, tahakkuk edilen vergiler önce ilan edilmektedir. İlandan anlaşıldığına göre, bir milyonun üzerinde

⁷⁴ Faik ÖKTE, Varlık Vergisi Faciası, İstanbul, 1951, s. 47-48.

⁷⁵ ÖKTE, s. 76.

⁷⁶ ÖKTE, s. 77.

vergi ödemesi istenen 11 mükelleften 9'u gayrimüslimdir. İlanın ardından Vergi'nin gayrimüslimlere yönelik olarak tarh ettiği olağanüstü vergiler ve bununla birlikte verginin 15 gün içinde nakden ödenmesinin yarattığı para arayışı kamuoyunda tartışılmıştır. Bunun üzerine süre, hükümet tarafından iki hafta daha uzatılmıştır⁷⁷. Sürenin uzatılması şüphesiz yeterli bir güvence değildir. Çünkü Kanun, Varlık Vergisi'ne ilişkin olarak tüm itiraz yollarını kapatmıştır. Öyle ki "4305 sayılı Varlık Vergisi Kanunu"nun 11. maddesinin ikinci fıkrasında ve 13. maddenin son bendinde tarh olunacak verginin kesin olduğu, bunun için idari ya da ve adli yargı mercilerine gidilemeyeceği belirtilmiştir. Mükellefin zilyetliği altında bulunan mallar dolayısıyla temlik ve terhin iddialarının geçerli olmayacağı, bunlar için istihkak davası açılmayacağı da 14. maddede düzenlenmiştir. Dolayısıyla mükelleflerin Varlık Vergisi'ne itiraz haklarının olmadığını söylenebiler⁷⁸.

Vergisini zamanında ödeyemeyen mükellefler ise cebri icra ve daha sonrasında zorunlu çalıştırma uygulamasına tabi tutulacaktır. Zorunlu çalışma kampları, Kanun metninde yer almamaktadır. 7 Ocak 1943 tarihinde Hükümet, 19288 nolu "Çalışma Mükellefiyeti Talimatnamesi"ni yürürlüğe koymuştur. Daha sonra 20 Ocak 1943 tarihinde yayınlanan bir ek kararname ile 55 yaşın üzerindeki de *Talimatname*'nin kapsamına alınmıştır⁷⁹. Zorunlu çalışmanın yapılacağı yer ise Aşkale olarak belirlenmiştir. İlk katile, borcu 50 binin üzerinde olup yüzde 30'undan fazlasını ödeyemeyen Gayrimüslimlerden oluşturulmuştur⁸⁰. Müslüman gruptan da mükellefler toplanmışsa da bu kişiler çalışma kamplarına yollanmamıştır⁸¹.

Vergi'nin tahsilatından sonra ödeyemeyenler için öngörülen zorunlu çalışma kampları, yalnızca gayrimüslim yurttaşlara uygulanmıştır. Bu yurttaşlar zorunlu çalışmayı Aşkale'de yerine getirmişlerdir. 21 yurttaş bu çalışma kamplarında hayatını kaybetmiştir. Daha sonrasında ise Aşkale'deki kamptan 900 kişi Sivrihisar'da yeni açılan çalışma kampına nakledilmiştir⁸². Gayrimüslimlerin çalışma kamplarında olduğu dö-

⁷⁷ Rıdvan AKAR, *Aşkale Yolcuları, Varlık Vergisi ve Çalışma Kampları*, İstanbul, 2000, s. 92.

⁷⁸ ÖKTE, s. 109.

⁷⁹ AKAR, *Aşkale Yolcuları*, s. 110.

⁸⁰ ÖKTE, s. 149.

⁸¹ AKAR, *Aşkale Yolcuları*, s. 114; ÖKTE, s. 154.

⁸² AKTAR, *Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları*, s. 151.

nemde uygulamayı biraz yumuşatmak isteyen TBMM, 17 Eylül 1943 tarihinde bir kanun yayınlamıştır. Bu Kanun'a göre, "vergilerini ödeyecekleri tahakkuk eden hizmet erbabıyla, gündelik gayrisafi kazançları üzerinden kazanç vergisine tabi mükelleflerin tahsil edilememiş olan borçlarını silmeye Maliye Bakanı yetkili kılınmıştır". Kanun yayınlandığında bu kategoriye dahil 26.404 kişi bulunmaktadır. Daha sonrasında ise Varlık Vergisi'nin sona erme sürecine girdiğini görmekteyiz. 15 Mart 1944 tarihinde yayınlanan bir Kanun'a göre devlet Varlık Vergisi ile ilgili olarak, o tarihe kadar tahsil edememiş olduğu tüm alacaklardan vazgeçer⁸³.

Varlık Vergisi ile ilgili olarak, ilk önce vergi tarhiyatı konusunda gayrimüslimlerin ayrı cetvellerde düzenlenip, bu kişilere daha yüksek miktarda vergi tarhiyatı uygulandığını ve vergisini ödemeyenlere ilişkin olarak uygulanan en ağır yaptırım olan zorunlu çalışmanın ise yalnızca gayrimüslim yurttaşlara uygulandığını görmekteyiz. Kuşkusuz "Varlık Vergisi"nin dönemin bir takım ekonomik zorunlulukların sonucu olduğu iddiası yabana atılacak bir iddia değildir. Ancak uygulamasında gayrimüslimler aleyhine yapılan eşitsizlikler de mevcuttur. Sürecin tamamlanmasından sonra özellikle İstanbul'da toplanan sermayenin gayrimüslim tüccar sınıfından müslümanlara doğru bir kayma gösterdiği gözlemlenmektedir. Dolayısıyla, Varlık Vergisi ile amaçlanan ekonomik sorunlara çözüm bulma amacının, daha sonra amaçlanan hedeften saptığı söylenebilir.

1924 Anayasası döneminde yurttaşlık anlayışının gayrimüslimlere yönelik boyutunu gösteren olaylardan birisi de gayrimüslim yurttaşların nüfus kayıtlarının 1940 yılına kadar "Ecanip Defterleri"ne yapılmasıdır⁸⁴. Ecanip kelimesi, ecnebi kelimesinin çoğuludur ve yabancılar anlamına gelmektedir. Bu uygulamanın ne zaman başladığı kesin olarak bilinmemekte, ancak Osmanlı Devleti'nin son zamanları ile Cumhuriyet'in ilk dönemlerinde uygulandığı sanılmaktadır⁸⁵. Uygulama, Cumhuriyet'in ilanından sonra da devam etmiştir. Yurttaş, gayrimüslim ise nüfus cüzdanında, nüfus kütüğüne kayıtlı olduğu yer kısmında "yabancı" ibaresi bulunmaktadır⁸⁶. Bu durum gayrimüslim

⁸³ AKTAR, Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları, s. 153.

⁸⁴ Baskın ORAN, The Minority Concept and Rights in Turkey: The Lausanne Peace Treaty and Current Issues, Ed: Zehra F. KABASAKAL ARAT, Human Rights in Turkey içinde (35-56), Pennsylvania, 2007, s. 51.

⁸⁵ Fethiye ÇETİN, Yerli Yabancılar, Ed: İbrahim Ö. KABOĞLU, Ulusal, Ulusallüstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları içinde(70-81), İstanbul, 2002, s. 75.

⁸⁶ ÇETİN, s. 75.

yurttaşların "yabancılar" için tutulan bir nüfus defterine kaydedildiklerini gösterir. Bu durumun hukuki anlamı ise gayrimüslim yurttaşların, yurttaşı oldukları ülkede yabancı olarak görüldükleridir. Ancak bilindiği gibi yabancı kavramı, hukuki anlamıyla, yurttaş olmayan kişileri tanımlamak için kullanılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'ne yurttaşlık bağı ile bağlı olan gayrimüslimlere yapılan bu uygulama, o dönem yürürlükte olan 1924 Anayasasına da açıkça aykırıdır.

III. 1924 ANAYASASININ YURTTAŞ TANIMININ 1961 ve 1982 ANAYASASINDAKİ YURTTAŞLIK TANIMINDAN FARKI

1924 Anayasasında yer alan yurttaş tanımı 1961 ve 1982 Anayasalarında değişikliğe uğramıştır. 1961 Anayasası döneminin çok ilerisinde hükümler taşıyan bir anayasa olarak, insan haklarına dayanan bir düzeni benimsediğini 2. maddesinde belirtmiştir. Milliyetçi sözcüğünün kullanımından ise özenle kaçınılmıştır. Zira Kurucu Meclis'te yapılan anayasa görüşmelerinde "*Milli Devlet*" kavramı üzerinde yoğun tartışmalar dönmüştür. Sonuç olarak milliyetçilik sözcüğünün, dönemin demokratik anayasalarında bulunmayan bir sözcük olması ve aynı zamanda ırkçılık, şovenizm gibi kavramları çağrıştırmaları dolayısıyla kullanılmaması, onun yerine "*Milli Devlet*" tabirinin kullanılması uygun görülmüştür⁸⁷. Kuşkusuz, benimsenen bu durumun Türkiye Cumhuriyeti yurttaşlığı ile irki anlamda Türk olmak arasına bir mesafe koyacağı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte gözden kaçırılmaması gereken bir durum Anayasa'nın 54. maddesinde "*Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür*" tanımının yer almasıdır. Ancak, 1924 Anayasası'nın aksine hak ve özgürlüklerin öznesi olarak "*Türk*" kavramı kullanılmamış, bunun yerine "*Herkes*" tabiri kullanılarak hak ve özgürlüklerin kullanımı konusunda irki şekilde anlaşılabilir bir ifadeye yer verilmemiştir.

1982 Anayasası'na geldiğimizde ise bu anayasanın da 1961 Anayasası gibi bir darbe sonrası anayasası olduğunu söyleyebiliriz. 1961 ve 1982 Anayasalarında yurttaşlık tanımları açısından bir farklılık yoktur. 1982 Anayasası da 1961 Anayasası'ndaki tanımı korumuştur. Ancak 12 Eylül 1980'de gerçekleşen askeri darbenin sonrasında hazırlanan

⁸⁷ TANÖR, s. 389.

ve bir tepki anayasası niteliğinde olan 1982 Anayasası "*millileşme*" ve bunun yanında başlangıç kısmında "*Atatürk milliyetçiliği*" kavramlarını beraberinde getirmiştir. Kuşkusuz bu durum yalnızca yurttaş tanımına değil, temel hak ve özgürlüklere de sirayet etmiştir. Bu yönüyle 1982 Anayasası yurttaş haklarını kısıtlayan, farklı grupların taleplerine kapalı ve devleti ön plana çıkartan bir anayasa profili çizer. Dolayısıyla yukarıda incelenen 1924 Anayasası, yurttaş tanımı bakımından, ardından gelen anayasalara göre, daha ileride görünmektedir.

SONUÇ

Yukarıda özetlenmeye çalışıldığı üzere 1924 Anayasasında yer alan yurttaş tanımıyla 1961 Anayasasıyla hukukumuza giren ve günümüze kadar muhafaza edilen tanım arasında temel farklılıklar mevcuttur. 1924 Anayasasında yapılan "*Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk ıtlak olunur*" şeklindeki tanım tüm yurttaşların etnik anlamda "*Türk*" olmasa da bir varsayım olarak "*Türk*" olduklarına kapı aralamaktadır. Her ne kadar 1924 Anayasasının hazırlık sürecindeki tartışmalar ve daha sonra çıkartılan Anayasada yer alan "*Türk*" ile ırk anlamındaki "*Türk*"ün farklı olduğunu sezdirse de dinsel ve ırksal farklılıkların farazi bir "*Türk*" kavramı adı altında, subjektif bir millet anlayışı içinde kabul edildiği görülür. Kuşkusuz bu anayasal ve yasal düzenlemeler, yeni kurulan ve selefî olan Osmanlı Devleti'nin ümmet anlayışının aksine ulus-devlet şeklinde örgütlenen Türkiye Cumhuriyeti'nin homojen bir ulus yaratma isteğinin bir sonucu olarak yorumlanabilir. Daha sonra 1961 Anayasasıyla yürürlüğe giren ve günümüze kadar gelen "*Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür*" şeklindeki tanım ise farklılıklara daha az kapı aralayan bir niteliği haizdir. Yurttaşları ulus-devlet kavramının bir gereği olarak tek bir "*Türk*" kavramı altına toplamak isteyen bu tanım, 1924 Anayasasında yer alan tanımdan daha çoğunlukçu bir anlama sahiptir. Ülkemizde sürekli gündeme gelen yeni anayasa tartışmalarında yurttaşlığa ilişkin kısımların da titizlikle ele alınması gereklidir. Dolayısıyla 1924 Anayasasında yapılan tanımın günümüzdeki tanıma göre nispeten daha çoğulcu niteliği göz önüne alınarak tekrardan yürürlüğe girmesi bir seçenek olarak düşünülebileceği gibi, hiçbir ırk veya dine üstünlük tanımayan ve Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yaşayan herkesi kapsayacak bir yurttaşlık tanımı da çoğulcu bir demokrasinin yolunu açacaktır.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali**, Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği, İstanbul, 2010.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali/KÖKER, Levent**, Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı, Ankara, 2009.
- AKAD, Mehmet/VURAL DİNÇKOL, Bihterin/BULUT, Nihat**, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 2015.
- AKAR, Rıdvan**, Aşkale Yolcuları, Varlık Vergisi ve Çalışma Kampları, İstanbul, 2000.
- AKÇURA, Yusuf**, Üç Tarz-ı Siyaset, Ankara, 1976.
- AKGÖNÜL, Samim**, Türkiye Rumlari, İstanbul, 2012.
- AKIN, İlhan F.**, Kamu Hukuku, İstanbul, 1979.
- AKTAR, Ayhan**, Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları, İstanbul, 2012.
- ATAKAN, Arda**, Putlaştırılmış Bir Kavram: Milli İrade, Mehmet AKAD'a Armağan, içinde, İstanbul, 2012.
- AULARD, Alphonse**, Fransa İnkılabının Siyasi Tarihi Cilt: 1, Ankara, 2011, Çev: **Nazım POROY**.
- AYBAY, Rona/ÖZBEK, Nimet**, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, 2008.
- BARKER, Ernest (Ed.)**, The Politics of Aristotle, Oxford University Press, 1958.
- BARUTÇU, Faik Ahmet**, Siyasi Anılar 1939-1954, İstanbul, 1977.
- BERKİ, Osman Fazıl**, Türk Vatandaşlığı Hukukunda Toprak Esasının Gelişmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1970, Cilt: 27, Sayı: 1-2.
- ÇETİN, Fethiye**, Yerli Yabancılar, Ed: **İbrahim Ö. KABOĞLU**, Ulusal, Ulusalüstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları, içinde (70-81), İstanbul, 2002.

DUVERGER, Maurice, Siyasi Partiler, Ankara, 1974, Çev: **Ergun ÖZBUDUN**.

ERÖZDEN, Ozan, Ulus-Devlet, İstanbul, 2013.

FİŞEK, Hicri, Anayasa ve Vatandaşlık, Ankara, 1961.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/SEZGİN, Zekai, 1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri, Ankara, 1957.

HEATER, Derek, Yurttaşlığın Kısa Tarihi, İstanbul, 2007, Çev: **Meral DELİKARA ÜST**.

HOBBS, Thomas, Elementa Philosophica De Cive-Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri, İstanbul, 2014, Çev: **Deniz ZARAKOLU**.

HOBBS, Thomas, Leviathan, İstanbul, 2013, Çev: **Semih LİM**.

İNAN, Afet, Vatandaş İçin Medeni Bilgiler, İstanbul, 2010.

JAUME, Lucien, Fransız Devrimi'nde Yurttaş ve Devlet, **Ed: Quentin SKINNER/ Bo STRATH**, Devletler ve Yurttaşlar, içinde, İstanbul, 2011, Çev: **Gökhan AKSAY**.

KADIOĞLU, Ayşe, Vatandaşlık: Kavramın Farklı Anlamları, Vatandaşlığın Dönüşümü: Üyelikten Haklara, içinde, **Ed: Ayşe KADIOĞLU**, İstanbul, 2012.

KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1970.

KİLLİ, Suna/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, İstanbul, 2006.

OKANDAN, Recai Galip, Amme Hukukumuzda İkinci Meşrutiyet Devri, İstanbul, 1947.

OKUTAN, M. Çağatay, Tek Parti Döneminde Azınlık Politikaları, İstanbul, 2009.

ORAN, Baskın, The Minority Concept and Rights in Turkey: The Lausanne Peace Treaty and Current Issues, **Ed: Zehra F. KABASAKAL ARAT**, Human Rights in Turkey, içinde (35-56), Pennsylvania, 2007.

ÖKTE, Faik, Varlık Vergisi Faciası, İstanbul, 1951.

- ÖZBUDUN, Ergun**, 1924 Anayasası, İstanbul, 2012.
- ÖZBUDUN, Ergun**, Milli Mücadele ve Cumhuriyetin Resmi Belgelerinde Yurttaşlık ve Kimlik Sorunu, **Ed: Nuri BİLGİN**, Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik, içinde, İstanbul, 1997.
- ÖZBUDUN, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2013.
- ÖZKIRIMLI, Umut**, Milliyetçilik Kuramları, Ankara, 2015.
- PAMUK, Şevket**, Türkiye'nin 200 Yıllık İktisat Tarihi, İstanbul, 2014.
- PLATON**, La République, Paris, 1966.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques**, Du Contrat Social, Paris, 2001.
- SKEAT, Walter W.**, An Etymological Dictionary of the English Language, New York, 1985.
- SMITH, Edward C.**, 1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl: 1958, Cilt: 13, Sayı: 3, Çev: **Mümtaz SOYSAL**.
- TANÖR, Bülent**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul, 2011.
- TEZİÇ, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2014.
- TUNAYA, Tarık Zafer**, Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938), İstanbul, 2009.
- UYGUN, Oktay**, Devlet Teorileri, İstanbul, 2014.
- VURAL DİNÇKOL, Bihterin**, Atatürk Devrimi, İstanbul, 2001.
- VURAL DİNÇKOL, Bihterin/SOMER, Pervin**, Atatürk İlkeleri ve Devrimi, İstanbul, 2006.
- YEĞEN, Mesut**, Yeni Anayasa Eski Yurttaşlık, Liberal Düşünce, Yıl: 13, Sayı: 50, İlkbahar-2008.

Alman ve Türk İctihâtlarında Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçunda Nedensellik ve Objektif Isnâdiyet



Yrd. Doç. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY*

ÖZET

Gerek Almanya Federal Mahkemesi (BGH) gerekse Türk Yargıtay'ı netice sebebiyle ağırlaşan suçlar hakkında geçmişten günümüze¹ birçok karar vermiştir. Toplumsal olarak da adından en sık söz edilen ve netice sebebiyle ağırlaşmış suç denilince akla ilk gelen suç türü, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçudur. Almanya'da yaşanan, iki bayanı bir erkeğe karşı korumak isteyen *Tuççe*'nin yediği yumruk neticesi ölmesi olayı bunun en son örneklerindedir.² Alman Federal Mahkemesi'nin bu suçla alâkalı olarak öncelikle nedensellik ve objektif isnâdiyet, teşebbüs ve iştirâk konularını tartıştığı görülmektedir. Netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu Türk Yargıtay kararlarına sıklıkla konu olmakta ve tartışmalar büyük oranda, ölüm neticesinin kasten mi yoksa taksirle mi gerçekleştiğinin ya da yaralamanın TCK m. 86'nın hangi fıkrası kapsamında değerlendirileceğinin tespiti çerçevesinde yürütülmektedir. Ancak her iki ülke bakımından da netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu ile ilgili kararlarda nedensellik ve objektif isnâdiyete ilişkin tam bir istikrarın sağlandığı söylenemez. Bu bağlamda bu çalışma kapsamında nedensellik ve objektif isnâdiyetle

* Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

¹ Alman ve Türk Ceza Hukukunda netice sebebiyle ağırlaşmış suçların tarihî geçmişi bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz. **AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan**, *Fahrlässigkeit und Schuld bei erfolgsqualifizierten Delikten*, s. 11 ve devamı.

² Bu olayda sanığa netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan dolayı 3 yıl özgürlüğü bağlayıcı ceza verilmiştir. Dosya şu an temyiz aşamasındadır. Olay hakkında bkz. <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/tugce-prozess-bundesgerichtshof-ue-berprueft-urteil-a-1040541.html>, son erişim: 07.07.2015.

alâkalı olabilecek bazı kararlar ele alınmaya çalışılacaktır. Çalışma yasal taksir koşulunun getirildiği Almanya bakımından 1953, Türkiye bakımından da 2005 yılından sonraki kararlarla sınırlandırılmaktadır. Bu çalışma ile netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçuna ilişkin sadece önemli kararlar bir araya getirerek, bu suçların tarihsel süreçte içeriksel olarak nasıl bir evrim geçirdikleri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Netice sebebiyle ağırlaşan suçlar, yaralama sonucu ölüme neden olma suçu, nedensellik, objektif isnâdiyette.*

ABSTRACT

Both Federal Court of Justice of Germany (BGH) and Supreme Court of Turkey have been constantly obliged to deliver a judgment about aggravated offences because of their results from past to present.³ Among them are offences of aggravated wounding because of its result or intentional wounding occasioning death must have been the most mentioned ones.⁴ It can be seen that with regards to these offences, Federal Court of Justice of Germany discusses the issues of causality (objective culpability), attempt and participation firstly. Whereas, in terms of Turkish case law, with regards to the offence of causing death as a result of wounding, debates are mostly about whether the result of death is occurred intentionally or negligently or within which paragraph of the article 86 of Turkish Criminal Code it should be evaluated. Nevertheless, it is hard to say that there is certain uniformity in the decisions of both two countries in terms of this type of offences in relation to causation and objective culpability. In this paper, it will be attempted to put forward that how the decisions related to offences of causing death as a result of wounding has been evolved in the historical process by shortly presenting the decisions about the offences of causing death as a result of wounding, which are given after 1953,

³ For more details, see **AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan**, Fahrlässigkeit und Schuld bei erfolgsqualifizierten Delikten, s. 11.

⁴ One of the recent examples which occurred in Germany is that the death of Tuğçe as a result of battery while trying to protect two women against a man. In this case, the defendant was sentenced to 3 years in prison for manslaughter results from a battery. The case is in the stage of appeal. For more details see, <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/tugce-prozess-bundesgerichtshof-ueberprueft-urteil-a-1040541.html>, son Accessed: 07.07.2015.

when the condition of legal negligence was brought for Germany and for Turkey, after 2005.

Keywords: *Aggravated offences because of their results, Causing death as a result of wounding, Causality, Objective culpability*

A. Giriş

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarla alakalı olarak gerek Almanya'da gerekse Türkiye'de Genel Hükümlerde içerisine düzenlemeler yer almaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 23. maddesine denk gelen hüküm Alman Ceza Kanunu (ACK) m. 18 içerisinde öngörülmüştür. Bu iki norm da, fiil neticesi daha ağır (ACK bakımında "özel") bir neticenin meydana gelmesi durumunda, faili en az taksirli olması halinde cezalandırılabilceğini ifade etmektedirler. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış öldürme suçunun öngörüldüğü ACK m. 227, failin yaralama sonucunda (yaralanmış mağdurun) ölümüne neden olması durumunda verilecek cezanın üç yıldan az olamayacağını öngörmektedir. Aynı hükme denk gelen TCK m. 87 IV ise, kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağını belirtmektedir.

Taksir koşulu Almanya Ceza Kanunu'nda yaklaşık 60 yıl Türkiye'de ise yaklaşık 10 yıl önce öngörülmüştür. Taksir koşulu getirildikten sonraki dönemde aslında sorunlar tam olarak çözülememiş, taksire ilişkin unsurlardan ziyade, nedensellik bağı ve özellikle de objektif isnâdiyet daima tartışma konusu olmuştur. Gerçekten de kararlar incelendiğinde, ilk başlarda üçüncü kişi ya da mağdur hareketlerinin araya girmesi vs. gibi durumlar nedensellik bağı tespitinde sıkıntı çıkarırken, sonradan neticenin faile objektif isnâdiyeti bakımından yaralama *hareketinin* mi yoksa yaralama *neticesinin* mi esas alınması gerektiği tartışmaları ortaya çıkmıştır. Bu çalışma kararların tarihsel gelişimini ortaya koyarak, bu soruna değinmeyi hedeflemektedir.

B. Alman Yüksek Yargı kararlarında "*doğrudan doğruya*[lık] *bağlantısı*" (Der Unmittelbarkeitszusammenhang)

Henüz daha İmparatorluk Mahkeme kararında⁵ hareket ile netice arasında "*doğrudan doğruya bir bağlantı*" bulunması gerektiği ifade edilmiş olsa da, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda Alman ceza hukukunda artık oturmuş bir kavram olan "*doğrudan doğruyalık bağlantısı*" aslında son 40 yılın eseridir. Yüksek Mahkeme ilk defa 1970 yılındaki Rötzel kararında⁶ "*dar [kapsamlı] bir bağlantı*"dan bahsederek, ölüm neticesi ile yaralama hareketi arasında bir "*doğrudan doğruya*[lık] *bağlantısı*" bulunması gerektiğini dile getirmiştir. Doğrudan doğruyalık bağlantısı bu karardan sonra da birçok kararda⁷ anılır olmuş, öğretide⁸ de kabul görmüştür. Bağlantı zaman içerisinde, "*suç tipine özgü özel tehlike [meydana getirme] bağlantısı*" (der tatbestandtypische spezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang)⁹ ya da "*doğrudan doğruya tehlike bağlantısı*" (der unmittelbare Gefahrzusammenhang – der unmittelbare [Gefahrverwirklichungs-]Zusammenhang)¹⁰ gibi kavramlara dönüşerek, daha çok tehlike ile ilişkilendirilmeye başlanmıştır. Yüksek Mahkeme'nin bu hususu 2010'a kadar yoğun bir şekilde tartıştığı görülmektedir. Ancak yukarıda da anılan *Tuğçe* olayı da göstermiştir ki, isnâdiyet tartışmaları bu suç türünde asla son bulmayacaktır.

⁵ RGSt. 5, 202 (202); 40, 321 (321).

⁶ BGH NJW 1971, 152 (152); Yüksek Mahkeme (BHG NJW 1963 2381 dev.) 1963 tarihinde yaralama neticesi ölüm suçuyla alâkalı olarak verdiği başka bir kararda nedensellik bağının tespiti bakımından sadece "*koşul teorisine*" yer vermişti.

⁷ BGH NJW 1971, 152 (152); BGH NStZ 1992, 333 (334); BGH NStZ 1994, 394 (394); BGH NStZ 1997, 341 (341); BGH NStZ-RR 1998, 171 (172); BGH NStZ-RR 2000, 265 (265).

⁸ **KÜHL, Kristian**, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 17a pn. 15; **WESSELS, Johannes/HETTINGER, Michael**, Strafrecht Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, § 5 pn. 297; tüm görüşler için bkz. **AYGÖRMEZ**, erfolgsqlifizierten Delikten, s. 54 dev.

⁹ BGH NStZ 2008, 278 (278); BGH NStZ-RR 2009, 78 (78); BGH NStZ 2008, 150 (151).

¹⁰ BGH NStZ 1997, 341 (341); BGH NStZ-RR 1998, 171 (171); BGH NStZ-RR 2003, 235 (237); BGH NStZ-RR 2007 76 (76).

I. Doğrudan doğruya[lık] bağlantısının içeriği

Yüksek Mahkeme tarafından şart teorisi netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçlarda yetersiz kabul edilmiştir. Gerçekten de doğrudan doğruyalık bağlantısı ilk ortaya çıktığı zamanlarda, yaralama hareketi ile öldürücü netice arasında bulunması gereken, şart teorisine göre belirlenecek bir neden sonuç ilişkisini aşacak, daha "*dar kapsamlı*" bir bağlantı olarak nitelendirilmekte idi.¹¹ Zira Federal Mahkeme'ye¹² göre netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçunda öngörülen yüksek ceza ile normun lafzı ve koruma amacı geniş değil, tersine sınırlayıcı bir yorumu gerekli kılmaktadır.

Güncel kararlarda karşılaşılan "*özel tehlike bağlantısı*"¹³ ise, yaralama fiili içerisinde bulunan tehlikenin ölümcül neticede kendini bulmuş olmasının araştırılmasını özellikle öngörmektedir. Gerçekten de Yüksek Yargı, özel tehlike bağlantısı olarak da ifade ettiği doğrudan doğruyalık bağlantısı kapsamında temel suçun, yani ilk (kasıtlı) yaralama hareketinin, (en azından taksirli olarak) ölüm neticesini meydana getirebilmesi için, içerisinde *özel bir tehlike barındırmasını*; tam da bu tehlikenin neticede vücut bulmasını aramaktadır. Bu hâliyle değerlendirildiğinde, Yüksek Yargı tarafından geliştirilen, yaralama hareketi ile ölüm neticesi arasında bulunması gereken "*doğrudan doğruya[lık] bağlantısı*" aslında bir nedensellik bağlantısı değil, tersine objektif isnâdiyet sorunu teşkil etmektedir.

Tarihsel süreç içerisinde son zamanlarda tehlikeliliğe bu şekilde vurgu yapılıyor olması ve ayrıca hareketlerde tehlikeliliğin önem kazanmış olması doğrudan doğruyalık bağlantısının içeriğine ilişkin yorumlarda da farklılaşmaya neden olmuştur. Mahkeme ilk kararlarda mağdurun ya da üçüncü kişi hareketinin araya girmesi halinde, yaralama hareketi ile ölüm neticesi arasında doğrudan doğruya bir bağlantı kurulmadığını kabul ederken, zamanla artık bu görüşten uzaklaşmış ve neticenin faile isnât edilebileceğini kabul etmiştir. Aşağıda Yüksek Yargı kararlarındaki bu evrimi de yansıtabilmek amacıyla kararlar kronolojik sıralamaya göre takdim edilecektir.

¹¹ BGH NJW 1971, 152 (153).

¹² BGH NJW 1971, 152 (153).

¹³ BGH NStZ 2008, 150 (151); BGH NStZ 2008, 278 (278); BGH NStZ-RR 2009, 78 (78); ayrıca bkz. BGH NStZ 1992, 333 (333); BGH NJW 1982, 2831 (2832).

1. Rötzel kararı (1970)

Rötzel kararına¹⁴ konu olan olayda fail F, ailesinin evinde hizmetçi olarak görev yapan G'yi döverek, kolunu yaralar ve burnunu kırar. Dayak yiyen kadın, F'nin dövmeye devam edeceği korkusuyla, dayaktan kurtulmak amacıyla camdan balkona çıkmak, oradan da kaçmak ister. Ancak bu sırada yere düşer ve hayatını kaybeder.

Federal Mahkeme'ye göre¹⁵, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun anlam ve amacı, "*ölüm neticesi ile yaralama hareketi*" arasında "*dar bir ilişkinin*" kurulmasını zorunlu kılmaktadır. Mahkeme bakımından burada şart teorisinin de ötesine geçilerek, kasten yapılan yaralamanın içerisinde ağırlaşmış neticenin oluşmasını sağlayacak bir tehlikenin de barınıyor olması gerekmektedir. Mahkeme'ye göre "yaralama"nın içerisinde yer alması gereken bu "özel tehlike" bazı durumlarda neticede vücut bulmayabilir. Bu durumlar, üçüncü kişinin hareketinin araya girmesi ya da mağdurun kendi hareketinin araya girmesidir. *İşte bu gibi durumlarda madde kapsamındaki yüksek ceza da göz önünde bulundurulmalı ve dar yoruma başvurulmalıdır.* Mahkeme aktarılan somut olaydaki araya giren mağdur hareketini bu şekilde dar yorumlayarak, failin netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan dolayı cezalandırılmaması gerektiği sonucuna varmıştır.

Benzer bir şekilde Köln Bölge Adliye Mahkemesi'nin¹⁶ 1963 yılında vermiş olduğu bir kararda da mağdur hareketinin araya girmesi söz konusu olmuş; ancak Mahkeme bu durumun failin sorumluluğuna etki etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Bu karara konu olan olayda fail mağdurun kafasına odun sopayla vurur ve yaralanmasına neden olur. Mağdur kolluğun tüm ısrarlarına rağmen ilk müdâhâleyi yaptırmaz. İki gün sonra ev doktorunun sevkî ile hastaneye kaldırılır, lâkin burada yakalandığı tetanos sebebiyle hayatını kaybeder. Yüksek Mahkeme'ye¹⁷ göre *failin neticenin tüm ayrıntılarını, - mesela tetanostan dolayı ölüm vs. gibi - öngörmesi beklenmemektedir. Burada önemli olan odunla kafaya vurulması sonucunda ölümün meydana gelebilecek olmasının, hayatın olağan*

¹⁴ **SCHRÖDER**'in kararı olumsuz eleştiren incelemesi ile BGH JR 1971 205 (206); **RENGİER**'in kararı olumsuz eleştiren tahlili ile BGH JURA 1986, 143 dev.

¹⁵ BGH JR 1971 205 (206).

¹⁶ OLG Köln NJW 1963 2381 (2382).

¹⁷ OLG Köln NJW 1963 2381 (2382).

akışında mümkün olabilmesidir. Mahkeme fail açısından ayrıca sübjektif olarak da öznel öngörülebilirliğin bulunduğu kanaat getirmiştir. Bu bağlamda fail yaptığı yaralama hareketiyle ölüm neticesine taksirli olarak neden olduğundan, yaralama neticesi öldürme suçundan sorumlu bulunmuştur.

2. Hochsitz kararı (1982)

Alman Federal Mahkemesi¹⁸ 1982 yılında verdiği Hochsitz kararında, fail, amcasının avlanmak amacıyla içinde oturduğu, yerden yüksekliği 3.5 metre olan avcı kulesini devirir. Devrilme sonucu ayak bileği kırılan amca, hastanede ameliyat edildikten bir müddet sonra taburcu edilir. Ancak bu ameliyat sonrası evde yatağa bağımlı hâle geldiğinden, bir müddet sonra dolaşım sorunları yaşar ve yaşlılığın da etkisiyle bu sorunları aşamayarak hayatını kaybeder. İlk derece mahkemesi faili netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamada suçundan değil, tersine tehlikeli yaralama suçundan sorumlu tutar. Federal Mahkeme ise aksi fikirdedir.

Federal Mahkeme¹⁹, Rötzel kararında olduğu gibi ölüm neticesi ile yaralama hareketi arasında "*dar bir bağlantı*" bulunması gerektiğini; netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardan kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu anlam ve amacının bunu gerekli kıldığını; bunun için de kasten yapılan yaralamanın içerisinde ağırlaşmış neticenin oluşmasını sağlayacak bir tehlikenin barınıyor olmasını aramaktadır. "*Yalnızca içerisinde böyle özel bir tehlike barındıran yaralama hareketi neticeye sebep vermeli; tam da bu tehlike ölümcül neticede vücut bulmuş olmalıdır.*"²⁰ Federal Mahkeme her ne kadar daha üçüncü kişinin hareketinin araya girmesi ya da mağdurun kendi hareketinin araya girmesi ile doğrudan doğruya bir bağlantı kurulamayacağına işaret etse de, bunun her zaman netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardan dolayı cezalandırmayı sınırlamayacağını da dile getirmiştir. İçtihâtlarda bir dönüm noktası olan kararlar Federal Mahkeme²¹ normun koruma amacının aşırı dar yorumunun da madde kapsamında bir dayanak bulamayacağından bahisle,

¹⁸ BGHSt 31, 96 dev.; PUPPE'nin eleştirel karar tahlili ile BGH NStZ 1983, 21 dev.; MAIWALD'ın eleştirel karar tahlili ile BHG JuS 1984, 439 dev.

¹⁹ BGHSt 31, 96 (98 dev.).

²⁰ BGHSt 31, 96 (98).

²¹ BGHSt 31, 96 (99).

"yaralama" suretiyle gerçekleştirilen "yaralama neticesinin" değil, tersine "yaralama hareketi"nin ölüm neticesini meydana getiren riski içerisinde barındırmasının yeterli olacağını ifade etmiştir. Burada ölüme yol açma bakımından sonradan eklenecek olan, hayatın normal akışında karşılaşılabilecek durumların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.²² Somut olayda amcasını yaralamak kastıyla avcı kulesini deviren failin hareketi bakımından tüm bu koşulların oluştuğuna karar veren Mahkeme, failin netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır.

3. Lokantacı kararı (1983)

Bir lokantacının birden fazla kişi tarafından dövülerek öldürülmesi de, netice sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından ele alınan olaylardan birisidir. Bu kararda²³ lokantacının kafasına fail tarafından güçlü bir yumruk atılır. Bu yumruğun etkisiyle kafa kemiği arka kısmında kırık oluşur ve böylelikle lokantacı yere yığılır. Lokantacının kafasına yerdeyken de en az bir kere ya fail ya da failin yanındaki arkadaşı tarafından tekme atılır. Kafaya tekme atılması da kafa kemiği üst kısmında kırılmaya neden olur. Lokantacının ölümüne ilk yumruğun mu yoksa bu ayakla vurmanın mı yoksa ikisinin birlikte mi neden olduğu net bir şekilde tespit edilemez. İlk derece mahkemesi fail hakkında tehlikeli yaralamadan dolayı ceza verir, zirâ ayakla vurma nedeniyle (failin vurduğu tespit edilemediğinden, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği) araya bir üçüncü kişinin hareketi girmiştir.²⁴

BGH savcılığın, yaralama neticesi ölüm suçundan cezalandırmaya yönelik temyiz istemini yerinde bulmamıştır. BGH, bu kararında da önceki ifâdelerini tekrarlayarak ölüm neticesi ile yaralama arasında dar bir bağlantının kurulması gerektiğini, yaralama içerisinde barınan tehlikenin ölümcül neticeye sebep olmasını özellikle aradığını ifade etmiştir. Şu hâlde ölümün "doğrudan" yaralama suretiyle değil, üçüncü bir kişinin hareketi ile meydana gelmesi, neden – sonuç ilişkisini ortadan kaldırır. Mahkeme somut olayda, tam da böyle bir durumun söz konusu olduğunu kabul etmiştir.

²² BGHSt 31, 96 (100).

²³ BGHSt 32, 25 dev.

²⁴ BGHSt 32, 25 (28).

4. İntihar süsü kararı (1991)

Bu olayda fail mağduru öldürme kastı olmaksızın, sadece yaralama kastıyla boğazlar.²⁵ Mağdurun yüzü morarınca sıkmayı kesen fail, baygın bir vaziyette yerde yatan mağdurun öldüğünü zanneder. Bunun üzerine olaya intihar süsü vererek, kurtulmak ister. Mağdurun boğazdaki parmak izlerinin görünmesini engellemek için, mağdurun boğazına kemer dolar ve mağduru asar. Bu asma neticesinde mağdur hayatını kaybeder. İlk derece mahkemesi faili netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan sorumlu tutar.

Federal Mahkeme²⁶ bu kararda önceki kararlardaki doğrudan doğruyalık görüşünü sürdürerek açık bir şekilde "*temel suçla (yaralama) ölüm neticesi arasında doğrudan bir bağlantının*" bulunması gerektiğinden bahisle, somut olayda bu bağlantının kurulamadığını ifâde etmektedir. Mahkeme'ye göre failin boğaz sıkma hareketi ya da boğaz sıkma hareketinin neticesi içerisinde barınan tehlike, neticeye sebep olmamıştır. Neticeyi yaratan tehlike, olağanüstü nedensellik gidişatı ile hayatın olağan akışı dışında vücut bulan özel bir tehlikedir. Bu gerekçelerle netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan ceza verilmesi yerinde değildir.

5. Alkollü fail yumruğu kararı (1992)

"*Alkollü fail yumruğu*" kararı aslında doğrudan doğruyalık bağlantısıyla alâkalı olmayıp, öznel öngörülebilirlikle ilgilidir. Ancak netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda sübjektif öngörülebilirliğe dikkat çekmesi bakımından, karara burada yer verilmiştir. Alkollü fail kavga ettiği mağdurun yüzüne sert bir yumruk atarak, mağdurun alnının sağ tarafı üzerine sert bir şekilde yere çarpmasına neden olur.²⁷ Kafası yere çarpan mağdurda kafatası kemiği kırığı ve beyin kanaması gelişir. Tüm çabalara rağmen mağdur dört gün sonra ağır kafa travması neticesi sonucu gelişen akciğer enfeksiyonu nedeniyle hayatını kaybeder.

Federal Mahkeme²⁸, ilk derece mahkemesinin, hareketle netice arasında doğrudan doğruya tehlike bağlantısını kurarak, failin netice

²⁵ BGH StV 1993, 75.

²⁶ BGH StV 1993, 75 (75).

²⁷ BGH StV 1993, 74.

²⁸ BGH StV 1993, 74 (74).

sebebiyle ağırlaşan suçtan cezalandırılması yönündeki kararını yerinde bulmamıştır. Yüksek Mahkeme kararında, özellikle "taksir" koşulunun somut olayda gerçekleşmediğine dikkat çekmektedir. Federal Mahkeme'ye göre, her ne kadar ilk derece mahkemesi taksir açısından sadece objektif öngörülebilirliğin yeterli olmadığına, subjektif öngörülebilirliğe ve bunun üzerinde alkolün etkide bulunabileceğine dikkat çekse de, somut olaya ilişkin yapılan değerlendirmeler yeterli değildir. İlk derece mahkemesi özellikle mağdurun alkollü olup olmadığı konusunda şüpheleri ortadan kaldıracak şekilde net tespitlerde bulunamamıştır. Failin ciddi oranda alkolün etkisinde olduğu sabit olmasına rağmen, mağdurun bu durumun bilincinde olup olmadığı özellikle açık bir şekilde ortaya konulamamıştır. Bu nedenle Federal Mahkeme failin netice sebebiyle ağırlaşmış öldürme suçundan sorumlu olmadığına hükmetmiştir.

6. Çekiçle vurma kararı (1992)

Fail tartıştığı mağduru yaralama kastıyla (550 gr. ağırlığındaki kaçuk) çekiçle darp eder ve mağdur yere yığıldıktan sonra da kafasına bu çekiçle sert bir şekilde vurur.²⁹ Sonrasında mağdurun öldüğünü düşünen fail olay yerinden ayrılır ve tesadüfen karşılaştığı kuzenine mağduru öldürdüğünü anlatır. Kuzen failin böyle bir şey yaptığına inanmaz ve cesedi kendi gözleriyle görmek ister. Failden olay yerinin anahtarını alarak oraya gider. Dönüşte faille, olaya intihar süsü vermek için, mağduru kapı koluna astığını söyler. Ancak aslında bunun da olaya intihar süsü vermek için yeterli olmadığını düşünen fail ve kuzen tekrar olay yerine gelir ve mağduru alarak, baraj gölüne atarlar. Yapılan otopside mağdurun kapı koluna asıldığı sırada öldüğü anlaşılır. Bununla birlikte çekiçle vurma neticesi yapılan yaraların da çok ağır olduğu, yaralama sonrasında birkaç saat içerisinde mağdur hastaneye kaldırılıyorsa bile kurtulmasının mümkün olmayacağı da tespit edilmiştir. İlk derece mahkemesi faili netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumlu tutmuştur. Temyiz edilen kararda Federal Mahkeme de somut olayda doğrudan doğruluk bağlantısının bulunduğu karar vermiştir.

Federal Mahkeme'ye³⁰ göre araya üçüncü kişinin hareketi girmesine rağmen, yaralama hareketi ile ölüm neticesi arasında doğru-

²⁹ PUPPE'nin eleştirel incelemesi ile BGH JR 1992, 510 dev.

³⁰ BGH JR 1992, 510 (510).

dan doğruya tehlike bağlantısı kurulabilmektedir. Zirâ Mahkeme'ye göre mağdurun kafasına yönelik öfkeli vuruşlar "*mutlâk surette ölümcül*" nitelikte olup, mağdurun kapı koluna asılması sırasında bilincinin de yitirilmesine yol açmış, aslında bu sırada hâlihazırda ölüm süreci başlamıştır. Bu süreç içerisinde neticede kendini bulan yeni bir tehlike yaratılmamıştır. Araya giren üçüncü kişi hareketi mağdurun öldüğü inancına dayanarak öldürme olayını gizlemeye yöneliktir. İşte bu nedenle de otonom (yani özerk) kabul edilmez. Her ne kadar bu hususta faille daha önceden konuşulmamış olursa dahi, bu durum yapılan hareketlerin failin menfaatlerini koruma amaçlı olarak suç delillerini karartmaya yönelik oldukları gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu bağlamda bu hareket niteliksel olarak klasik anlamda araya giren taksirli ya da kastî üçüncü kişi hareketinden farklıdır. Somut olaydaki tüm bu özellikli durumlar doğrudan doğruya tehlike bağlantısının kurulmasına gerekçe olmaktadır.³¹

7. Pencereden düşme kararı (1992)

Bu olayda fail ve iki arkadaşı mağduru 10. kattaki bir dairede yarım saat boyunca döverler.³² Failin yanındaki arkadaşı mağdurun zaten yaralı ve kanayan alınına doğru süpürge sapıyla vurur. Bu sırada mağdur kafa travması geçirir. Bu yaralamanın ardından mağdur kafasından yumruklanır, beybol sopasıyla da bacağına vurulur. Dövmeye bir süre ara verildiğinde mağdur temiz hava almak için cama gitmek istediğini söyler. Pencerede mağdur hava alırken fail ve arkadaşları da kendi aralarında sohbet etmekte ve bu nedenle de mağdurla ilgilenmemektedirler. Mağdur bu esnada daha fazla vahşice dayak yemekten korkmakta ve yavaş yavaş paniğe kapılmaktadır. Bu panik esnasında kontrolü yitirir ve kendini 27 m. yüksekten camdan aşağı bırakır. Süpürge sopasıyla kafasına aldığı darbe ve daha fazla dayak yeme korkusu, onu paniğe ve sağlıklı düşünememeye itmiştir. Bu ruhsal durum içerisinde camdan aşağı kendini bırakma fiili, sağlıklı ve özgür irâdeye dayanmamaktadır.

Federal Mahkeme³³ ilk derece mahkemesinin netice sebebiyle ağırlaştırılmış suça dayanılarak verdiği hükmü onamıştır. Federal

³¹ BGH JR 1992, 510 (511).

³² MITSCH'in kararı reddeden tahliliyle BGH JURA 1993, 18 dev.

³³ BGH JURA 1993, 18 (18).

Mahkeme'ye³⁴ göre ölüm olayı yaralama içerisinde yatan tehlikenin bir sonucu, dolayısıyla da doğrudan doğruya yaralamanın neticesi olmalıdır. Somut olayda mağdurun ölümcül bir paniğe sürüklenmiş olması, yaralamanın doğrudan sonucudur. Sessizce camdan aşağı kendini bırakma fiili, mağdurun özgür irâdesiyle aldığı bir karara dayanmamaktadır. 1992 yılında verilen bu kararda BGH, 1970 yılında verdiği Rötzel kararından uzaklaşmaktadır. Mahkeme'ye göre iki karar arasındaki en önemli fark, buradaki mağdurun panikle zorunlu olarak böyle bir harekette bulunmuş olmasıdır. Dolayısıyla Mahkeme'ye³⁵ göre hareketle netice arasında doğrudan doğruyalık bağlantısı kurulduğundan, failin netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumlu olması gerekir.

8. Dövülen taksi şoförü kararı (2006)

Öndeki araçtaki taksi şoförü durup araçtan indikten sonra fail A ve arkadaşları şoförü taksinin etrafında kovalarlar.³⁶ A arkadaşlarıyla birlikte şoförü darp ederek, yumruklar. Fail A artık şoförü daha fazla yaralamak istemediğinden ve korumak istediğinden, onu taksisine iter ve arkadaşlarının vurmasını engeller. Bu durumu arkadaşları da fark ederler. Ancak şoför hayatını kaybeder. İlk derece mahkemesi A'yı, kasten yaralama neticesi ölüme neden olma suçundan sorumlu tutar. Temyiz edilen kararı inceleyen Federal Mahkeme de ilk derece mahkemesi ile aynı fikirdedir.

Federal Mahkeme'ye³⁷ göre A'nın yaralama hareketleri taksicinin ölümünde doğrudan nedenseldir. Zirâ failin hâlihazırdaki şiddete dayalı ilk yumruklama ve tekmeleme hareketi içerisinde, ölüm neticesinde ifade bulacak bir tehlike barındırmaktadır. Doğrudan doğruya tehlike bağlantısı olaya karışan diğer faillerin ilâve fiilleri ile kesilmiş değildir. Taksi şoförünün hayatı üzerinde meydana gelen ve ilerleyen süreçte de kendini ortaya koyan tehlike failin yaralama hareketleri, diğerleriyle birlikte doğrudan doğruya meydana gelmiştir. Ancak failin gerçekleştirmiş olduğu yaralama ile mağdur hâlihazırda artık diğer sal-

³⁴ BGH JURA 1993, 18 (18).

³⁵ BGH JURA 1993, 18 (18).

³⁶ BGH NStZ-RR 2007 76 (76).

³⁷ BGH NStZ-RR 2007 76 (76).

dırılara karşı kendini savunamayacak duruma gelmiştir. Bu durumun ölüme neden olabileceği de fail tarafından öngörülebilir niteliktedir.

9. Tıbben nadir görülen bir ölüm kararı (2007)

Fail ve bir erkek arkadaşı gece 1.30 sularında diskoya giderler.³⁸ Fail bir kız arkadaşıyla dans ederken, mağdur sürekli bunların yanına gelir ve failin kız arkadaşıyla dans etmeye çalışır. Fail her seferinde mağdura yanlarından uzaklaşmasını söyler. Bir müddet sonra iyice alkollü olan (binde 2.56) mağdur, disko girişinde bulunan fail ve arkadaşlarının yanına gider ve yine failin kız arkadaşıyla konuşmaya çalışır. Kız mağduru terslediğinde, failin diskoya beraber geldiği erkek arkadaşı, mağduru iki eliyle iteler ve mağdur arka arka giderek yere düşer. Bunun üzerine arkadaşlarıyla alâkalı gelişen olayları fark eden fail yerde bulunan mağdura yaklaşır ve göğsüne doğru ayakkabısının sivri uçlu kısmıyla sert bir şekilde vurur. Bu sırada kafaya vurmanın tehlikeli olabileceğini bildiğinden, kafasına denk getirmemeye özellikle dikkat eder. Ancak göğsünden yukarı doğru ayakkabının sivri ucuyla tekme atma neticesinde mağdurun kaburgası kırılır ve vücutta, tıpta ender görülen "*nervus vagus*" üzerinde bir tepkiye neden olarak mağdurun kalbinin durması neticesini doğurur. Mağdurun bu şekilde ölmesinde ilâveten yüksek miktarda alkollü olması da etkili olmuştur. İlk derece mahkemesi faili sadece hayatî tehlike oluşturan bir müdahâle ile tehlikeli (nitelikli) adam yaralama suçundan sorumlu tutarken, Yüksek Mahkeme³⁹ temyizen incelediği olayda yaralama neticesi öldürme suçunun oluşup oluşmadığının da araştırılması gerektiğini ifâde etmiştir.

Federal Mahkeme'ye⁴⁰ göre failin kastî yaralama hareketi içerisinde ölüme neden olan özel bir tehlike mevcuttur. Ölüme doğrudan doğruya neden olması gereken yaralama hareketi içerisinde yer alan tehlikenin, meydana gelen ölüm neticesinde vücut bulması gerekmektedir. Böyle bir tehlike bağlantısı, nedensellik gidişatının hayatın olağan akışı dışında kalması hâllerinde kurulamaz. Tesadüfî olaylar zincirleri niteliğinde olan olağandışı, talihsizlik neticesi meydana gelen neticeler hayatın olağan akışı dışında kalmaktadırlar. Somut olayda böyle

³⁸ HARDTUNG'un eleştirel karar incelemesi ile BGH StV 2008 406 dev.

³⁹ BGH StV 2008 406 (407).

⁴⁰ BGH StV 2008 406 (407).

bir durum bulunmamaktadır. Yerde yatan mağdurun göğsünden yukarı kaburgalarına doğru ayakkabının sivri ucuyla güçlü bir tekme atılması sonucunda ölüm meydana gelebileceği, hayatın olağan akışı içerisinde, ihtimaller dâhilindedir. Her ne kadar somut olaydaki ölüm sebebi tıbben çok ender karşılaşılan bir tepki neticesinde meydana gelmiş olsa da, mevcut nedensellik gidişatı "*olağandışı*" kabul edilemez. Ayrıca yoğun alkolün etkisinde mağdurun kalp kasının da olumsuz etkilenmiş olması, bu değerlendirmeyi olumsuz yönde etkilememektedir.

II. Kararlara ilişkin değerlendirme

Alman Yüksek Yargısı tarafından geliştirilen doğrudan doğruyalık bağlantısına ilişkin getirilecek eleştirilerin başında,⁴¹ kararlardaki istikrarsızlık gelmektedir. İstikrarsızlığın ana sebeplerinden biri, doğrudan doğruyalık bağlantısının normatif temeller üzerine oturtulamamış olmasıdır. Ayrıca tehlike kavramı üzerine yoğunlaşma ilk aşamada "dar kapsamda" değerlendirmek amacıyla geliştirilen doğrudan doğruyalık bağlantısının tarihsel süreçte amacından saparak daha da "geniş" bir şekilde yorumlanmasına neden olmuştur. Ağırlaşmış neticeden so-

⁴¹ Burada getirilen tüm eleştiriler için topluca bkz. **AYGÖRMEZ**, erfolgsqualifizierten Delikten, s. 51; **MK-DUTTGE**, Gunnar, iç: **HEINTSCHEL-HEINEGG**, Bernd: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, cilt I, § 1-51 StGB, Kommentar, § 18 pn. 9; **KÜHL, Kristian**, Erfolgsqualifizierten Delikte in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, iç: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, FS-BGH, 237 (252); **KÜPPER, Georg**, Unmittelbarkeit und Letalität, Zum Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge, iç: Festschrift für Hirsch zum 70. Geburtstag, Thomas Weigend, H. J. Hirsch, Georg Küpper, FS-Hirsch, 615 (629); **SOWADA, Christoph**, Das sog. "Unmittelbarkeits"-Erfordernis als zentrales Problem erfolgsqualifizierter Delikte, JURA 1994, 643 (645); **PUPPE, Ingeborg**, Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung, AT I, § 10 pn. 34; **MAIWALD, Manfred**, Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte BGHSt, JuS 1984, 439 (439); **DENCKER, Friedrich**: Zum Erfolg der Tötungsdelikte Besprechung des BGH – Urteils vom 12. 2. 1992 – 3. StR 481/81, NStZ 1992, 311 (311); **LK-HIRSCH, Hans Joachim**, iç: **LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm**; **SAAN, Ruth Rissingvan**; **TIEDEMANN, Klaus**: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, cilt I, §§ 1 - 31, § 227 pn. 7; **STRASSER, Fedor**, Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht, s. 318; **LK-VOGEL, Joachim**, iç: **LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm**; **SAAN, Ruth Rissingvan**; **TIEDEMANN, Klaus**: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, cilt I, §§ 1 - 31, 12, § 18 pn. 33.

rumluluğun, hareketteki rizikoya yani tehlikeye göre belirlenmesi ve taksirden sorumluluğun neredeyse *her daim (otomatik)* kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur.⁴² Bu hâliyle netice sebebiyle ağırlaşmış suçta isnâdiyet aslında taksirli suçtan isnâdiyete *indirgenmiş* durumdadır.⁴³ Bunun altında hayatın tehlikeliliğine karşı bir duruş, vatandaşı daha dikkatli olmaya yöneltme gibi, tehlike odaklarını aza indirme mücadelesi düşünceleri yatıyor olabilir.

Alman öğretisi Yüksek Yargının bu açığını kapatmak için bu suçlarla ilişkili olarak ayrıntılı tartışmalar yürütmektedir.⁴⁴ Bu çalışmaya konu edilen doğrudan doğruyalık bağlantısı hakkında çeşitli teoriler üretilmiş, bu suçlardaki nedensellik ve isnâdiyet sorunları çözülmeye çalışılmıştır. Letalitätslehre⁴⁵ olarak anılan yaralamanın ölümcüllü-

⁴² **KÜPPER, Georg**, Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, s. 89, 92; **WOLTER, Jürgen**, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte JuS 1981, 168 (177); **HİRSCH, FS-Oehler**, 111 (131).

⁴³ **HİRSCH, Hans Joachim**, Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, iç: Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, FS-Oehler, 111 (131).

⁴⁴ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. topluca **AYGÖRMEZ**, erfolgsqualifizierten Delikten, s. 54 dev.

⁴⁵ **HİRSCH, FS-Oehler**, 111 (123, 129 dev.); **BUSSMANN, Kai – D.**, Zur Dogmatik erfolgsqualifizierter Delikte nach dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz, GA 1999, 21 (30); **KÜPPER**, Der unmittelbare Zusammenhang, s. 87, 88; **LKHILLENKAMP, Thomas**, iç: **LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; SAAN, Ruth Rissingvan; TIEDEMANN, Klaus**: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, vor § 22 pn. 112; **ROXİN, Claus**, Strafrecht Allgemeiner Teil Cilt I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, AT I, § 10 pn. 115; **S/S-STERNBERG-LIEBEN, Detlev**, iç: **SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst**: Strafgesetzbuch, § 18 pn. 4; **MITSCH, Wolfgang**, Sturz aus dem Fenstern, BGH Urt v. 17.3.1992 – 5. Str. 34/92 : NJW 1992, 1708, JURA 1993, 18 (21); **HAFT, Fritjof**, Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, BT II, s. 154, 155; **FISCHER, Thomas**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, StGB, § 227 pn. 2; **GÖSSEL, Karl Heinz; Dölling, Dieter**, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte BT I, § 13 pn. 92; **KÜHL, AT**, § 17a pn. 23; **KÜHL, Kristian**, Das erfolgsqualifizierte Delikt (Teil I): Das vollendete erfolgsqualifizierte Delikt, JURA 2002, 810 (813); **LACKNER/KÜHL, Kristian**, Strafgesetzbuch, Kommentar StGB, § 227 pn. 2; **Puppe, Ingeborg**: Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, s. 277; **KREY, Volker/HEINRICH, Manfred**, Strafrecht Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, BT

ğünden yola çıkan öğretiy yaralamanın ölüm neticesine neden olmasını; Handlungslösung⁴⁶ denilen öğretiy ise yaralama hareketinin ölümcül neticeye neden olmasını aramaktadır. Ancak iki çözüm de kendi içerisinde sorunlar barındırmakta ve sorunu çözmeye aslında tam olarak yetememektedir.⁴⁷ Odak noktasının yaralama fiili mi yoksa yaralama sonucu meydana gelen yaralama neticesi mi olduğu yönündeki iki alternatiften başka bir çözüm yolu ise şu an için bulunmamaktadır. Biz bu bağlamda *de lege lata* en makul çözümün, yaralama hareketi daha doğrusu **yaralama fiili** merkez alınarak (dolayısıyla Handlungslösung) gerçekleştirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Diğer taraftan şuna da dikkat çekmek gerekir, doğrudan doğruyalık bağlantısı olarak *praeter legem* kendine özgü, ayırık dogmalar yerine,⁴⁸ objektif isnâdiyette öğretisinden

I, § 3 pn. 275; **FREUND, Georg**, Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, eine Würdigung unter Einbeziehung der Stellungnahme eines Arbeitskreises von Strafrechtslehrern, ZStW 109 (1997), 455 (473); **ALTENHAİN, Karsten**, Der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge bei den erfolgsqualifizierten Delikten, GA 1996, 19 (19 dev.); **SK-Rudolphi, Hans-Joachim**, iç: **RUDOLPHİ, Hans-Joachim, HORN, Eckhard**, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 18 pn. 7.

⁴⁶ LK-VOGEL, § 18 pn. 45, 46; SK-HORN/WOLTER, § 227 pn. 10; SOWADA, **Christoph**: Die "Gubener Hetzjagd": Versuchte Körperverletzung mit Todesfolge, JURA 2003, 549 (555); WOLTER, JuS 1981, 168 (175); NK-PAEFFGEN, Hans-Ullrich, iç: **KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfried; PAEFFGEN, Hans-Ullrich**: Strafgesetzbuch, Nomoskommentar § 18 pn. 44; **OTTO, Harro**: Grundkurs Strafrecht, Die einzelne Delikte, GS, § 11 pn. 11; S/S-STREE/STERNBERG-LIEBEN, § 227 pn. 5; **HEİNRİCH, Bernd; REİNBACHER, Tobias**: Objektive Zurechnung und "spezifischer Gefahrszusammenhang", JURA 2005, 743 (749); **RENGİER, Rudolf**, Strafrecht Besonderer Teil, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, BT II, § 16 pn. 4; **RENGİER, Rudolf**, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, s. 217; **WESSELS/HETTİNGER**, BT I, § 5 pn. 298; **STRASSER, Die Zurechnung**, s. 330, 356; **HOBE, Konrad**, Objektive Zurechnung, Fahrlässigkeit und Unrechtsschwere bei den erfolgsqualifizierten Delikten, iç: Gedächtnisschrift für Max Busch, "Sozialpädagogik und Strafrechtspflege, Josef Maria Häußling, Richard Reinde, GS-Busch, 253 (262 dev.); **GRAUL, JR** 1992, 342 (345); **LAUE, Christian**, Ist der erfolgsqualifizierte Versuch einer Körperverletzung mit Todesfolge möglich? – BGH NJW 2003, 150 dev., JuS 2003, 743 (746).

⁴⁷ Ayrıntılar için bkz. **AYGÖRMEZ**, erfolgsqualifizierten Delikten, s. 58, 62.

⁴⁸ Krş. aynı yönde **MK-HARDTUNG, Bernhard**, iç: **HEİNTSCHEL-HEİNEGG, Bernd**: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 18 pn. 25.

faydalanmak;⁴⁹ bu bağlamda da normun koruma amacı teoisine⁵⁰ başvurmak en faydalısı olacaktır. Bu aşamada da Alman yargısının 1970 - 80'li yıllardaki normun koruma amacı ile bağlantılı olarak dar yorumlamaya başvurma konusundaki hassasiyetlerini yeniden kazanması da yerinde olacaktır. Objektif isnâdiyette neticenin failin *eseri* olması ana kuraldır ve bu kural yeni "tehlike toplumu" dinamiklerine feda edilme-
melidir.

C. Türk Yüksek Yargı Kararlarında Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu

I. İçtihatlarda Tartışmalı Husus

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan, neticesi sebebiyle ağırlaşmış öldürme suçu ile alâkalı olarak Türk Yüksek Yargı kararlarında⁵¹ tartışmaların nedensellik bağı ya da objektif isnâdiyet üzerinden değil, tersine yaralamanın hangi fıkra kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinden yürütüldüğü görülmektedir. Gerçekten de kararlarda belirleyici olan yaralama suçuna ilişkin TCK içerisindeki yapılanmadır. TCK m. 87 IV içerisinde "*Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hâllerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hâllerde ise oniki yıl-*

⁴⁹ Bu öneride bulunan **FERSCHL, Christine**, Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt, s. 64, 113; **HEINRICH/REINBACHER**, JURA 2005, 743 (748); objektif isnâdiyet için bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM**, CH, s. 194; **HAKERİ**, CH, s. 179; **ÜNVER**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 233; **DEMİRBAŞ**, GH, s. 248; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, GH, s. 262; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, GH, s. 251; **ÖZGENÇ**, GH, s. 176; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, GH, s. 130.

⁵⁰ Krş. **FERSCHL**, Das Problem, s. 110; **HEINRICH/REINBACHER**, JURA 2005, 743 (748); **RENGIER**, Erscheinungsformen, s. 48, 154; **ROXIN**, AT I, § 10 pn. 115; **MK-HARDTUNG**, § 18 pn. 26. Normun koruma amacı hakkında bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM**, CH, s. 194; **HAKERİ**, CH, s. 179; **ÜNVER**, İzin Verilen Risk, s. 233; **DEMİRBAŞ**, GH, s. 248; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, GH, s. 262; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, GH, s. 251; **ÖZGENÇ**, GH, s. 176; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, GH, s. 130.

⁵¹ Bu çalışma kapsamında ele alınan tüm Yargıtay kararları <http://www.kazancihukuk.com/> sitesinden alınmış olup, bu husus her kararın ardından tekrar anılmayacaktır. Siteye son erişim tarihi 23.03.2015'tir.

dan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." ifâdesi Yüksek Mahkeme kararlarında⁵² da yer bulmuş ve şu şekilde yorumlanmıştır: "Maddede gerçekleştirilen kasten yaralama eylemi TCY'nın 86. maddesinin 1. veya 3. fıkraları kapsamında bulunur ve bunun sonucunda da ölüm meydana gelirse, en azından taksirle hareket etmiş olmak koşuluyla faile belirtilen cezaların verileceği öngörülmektedir. Madde metnindeki anlatımın açıklığı karşısında, TCY'nın 86/2. maddesinde düzenlenen basit tıbbî müdâhâle ile giderilebilecek ölçüde yaralanma sonucu ölümün meydana gelmesi hâli 87/4. fıkrası kapsamında değerlendirilemeyecektir."⁵³ Bu bağlamda kararlar nedensellik ya da nesnel isnâdiyet tartışmaları yapılmadan kanun maddesinin yapısına ilişkin olan bu çekirdek sorunsal çerçevesinde şekillenmektedir.

⁵² CGK E 2008/1-197 K 2009/93 T 14.04.2009; krş. 1. CD E 2013/2946 K 2014/175 T 22.1.2014.

⁵³ CGK E 2008/1-197 K 2009/93 T 14.04.2009; 1. CD E 2013/2946 K 2014/175 T 22.1.2014: "Failin gerçekleştirdiği bir eylemde, kastettiğinden daha ağır veya başka bir sonucun meydana gelmesi hâlinde, sorumlu tutulabilmesi için, netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olmasının kabulü gerekmektedir. Fail, bu sonucun meydana gelmesinden taksirle bile sorumlu tutulamıyorsa, objektif sorumluluğun kaldırılmasının doğal bir sonucu olarak, sadece nedensellik bağının bulunmaması, neticeden sorumlu tutulması için yeterli olmayacaktır. 5237 sayılı TCY'nın 23. maddesinde düzenlenmiş olan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçla ilişkin genel kuralın, özel hükümler arasında kendisine yer bulduğu maddelerin başında gelen TCY'nın 87. maddenin 4. fıkrasına göre, gerçekleştirilen kasten yaralama eylemi aynı Yasanın 86. maddesinin bir veya üçüncü fıkraları kapsamında bulunur ve bunun sonucunda da ölüm meydana gelirse, en azından taksirle hareket etmiş olmak koşuluyla faile belirtilen cezaların verileceği öngörülmektedir. Bu durum karşısında kasten yaralama neticesinde mağdurun ölmesine ilişkin olarak TCY'nın 87/4. maddesinin uygulanabilmesi için; a- Failin yaralama kastı ile hareket etmesi, b- **Mağdurun TCY'nın 86. maddesinin birinci veya üçüncü fıkrasında düzenlenen şekilde yaralanmış olması**, c- Failin eylemi ile arasında illiyet bağı bulunacak şekilde mağdurun ölmesi, d- Failin meydana gelen ölüm sonucuna ilişkin en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması, Koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, fail mağduru yaralamak amacıyla hareket etmeli, mağdurun yaralanacağını bilmeli ve bu sonucu istemelidir. Bununla birlikte fail mağdurun yaralanmasını değil ölmesini istemiş ve ölüm meydana gelmiş ise kasten öldürmeden; mağdurun ölebileceğini öngörmesine karşın olursa olsun diyerek bu sonucu göze almış ve kabullenmiş ise, bu durumda da neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan değil, olası kastla öldürmeden sorumlu tutulacaktır. O hâlde, kasten öldürme suçu ile kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu arasındaki ayırıcı ölçütlerden en önemlisi manevi unsur farklılığıdır. Bu durum karşısında eylem vasıflandırılmadan önce çözülmesi gereken konu, failin kastının öldürmeye mi, yoksa yaralamaya mı yönelik olduğudur."

1. Basit bir tıbbî müdâhâle ile giderilebilecek yaralanma sonucu kronik kalp yetmezliğinden ölüm kararı (2006)

Maktûlün hangi hareketle ve ne derece yaralandığının belirtilmediği bu kararda⁵⁴, 5237 sayılı TCK'nın m. 86 II kapsamında kalan basit bir tıbbî müdahâle ile giderilebilecek kasten yaralama eylemi sonucu kronik kalp yetmezliği aktif hâle gelerek ölümün gerçekleştiği ifâde edilmektedir. Yargıtay 5237 sayılı TCK'nın 87 IV maddesinde ikinci fıkraya atıf bulunmadığı gerekçesiyle 85. madde uyarınca hüküm kurulması gerektiğini dolayısıyla somut olayda netice sebebiyle ağırlaşmış suçun değerlendirilme dışı olduğunu ifâde etmektedir.

2. Bıçakla yaralama neticesi öldürme kararı (2007)

Bıçakla yaralama fiilinden bahsedildiği, olayın gerçekleşiş şekli ya da meydana getirilen yaralamaya yer verilmediği başka bir kararda Yargıtay⁵⁵ "sanık hakkında kastın aşılması suretiyle öldürme suçundan mahkûmiyet hükmü kurulurken, olayda bıçak kullanılmış olması nedeniyle sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 87. maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesi kapsamında kaldığını" ifâde etmektedir. Silâh kullanmaya rağmen basit tıbbî müdahâleyle giderilebilecek yaralamalara neden olmanın da mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, silâh kullanılmış olmasının ölüm neticesi üzerinde ne derece etkide bulunduğu, dolayısıyla işlenen fiille netice arasındaki bağlantı, mutlâka tartışma konusu yapılmalıdır.

3. Basit tıbbî müdahaleyle giderilebilecek yaralama sonucu kalp rahatsızlığından ölüm kararı (2007)

Bu olayda Yüksek Yargı'ya⁵⁶ göre "Sanığın gayrî resmî eşi olan maktûleye, kalp hastası olduğunu bilmesine rağmen olay günü 5237 sayılı TCK'nın m. 86 II kapsamında basit tıbbî müdahâle ile giderilebilecek surette etkili eylemde bulunduğu, maktûlenin müessir fiilin etkisiyle kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hâle gelmesi sonucu gelişen kalp yetmezliği nedeniyle öldüğü olayda; yaralama kastıyla hareket eden sanığın,

⁵⁴ 1. CD E 2006/3677 K 2006/5255 T 28.11.2006.

⁵⁵ 1. CD E 2006/266 K 2007/629 T 21.2.2007.

⁵⁶ 1. CD E 2006/5796 K 2007/3947 T 22.5.2007.

ölüm sonucunu istememekle birlikte kalp rahatsızlığı olan maktûlenin ölebileceğini öngördüğünün ve böylece bilinçli taksirle hareket ettiğinin anlaşılması karşısında, 5237 sayılı TCK m. 22/3 delâletiyle 85. maddesi gereğince cezalandırılması" gerekir. Bu kararda da icrâ edilen etkili fiilin nasıl bir fiil olduğu ve ne derecede yaralamaya sebep olduğu tartışmaya dâhil edilmemiştir.

4. Tekmeleme ve yumruklama sonrası kalp rahatsızlığından ölme (2007)

Bu kararda⁵⁷ maktûlün kalp hastası olduğunu bilen fail tekme ve yumrukla vurmak suretiyle maktûlü darp etmiş; darp sonucu maktûldeki kronik kalp ve damar hastalığı alevlenerek mağdurun ölümüne neden olmuştur. Yargıtay, "maktûldeki yaralanma ile ilgili" olarak 5237 sayılı TCK'nın 86. maddesi kapsamında rapor aldırılması gerektiğini, yaralanmanın TCK m. 86 II kapsamında kalması hâlinde, TCK'nın 22 III ve 85. maddeleri kapsamında bilinçli taksir sonucu adam öldürme suçunun oluşacağını; yaralanmanın TCK m. 86 I maddesi kapsamında kalması hâlinde ise TCK'nın 87 IV maddesinde düzenlenen kastın aşılması suretiyle öldürme suçunun oluşacağını belirtmektedir.

Yüksek Yargı'nın bu kararı somut olayda, yaralamanın ölüm neticesiyle nasıl bir bağlantısının olduğu ortaya konulmadan, yaralamanın sadece hangi fıkra kapsamında kaldığının tespit edilmesini öngören bir karardır. Dolayısıyla tipiklik ne bir nedensellik incelemesi ne de objektif isnâdiyet değerlendirilmesi yapılarak ele alınmaktadır.

5. Sağ kasığı bıçaklama neticesi ölüm (2008)

Bu kararda⁵⁸ fail maktûlü 4 yerinden bıçakla yaralar, ancak sağ kasıktaki yara ölümüne neden olur. Eşi fabrikada gece vardiyasında çalıştığı zamanlarda maktûlün çocuğuna kötü alışkanlıkları bulunan kendi eşi değil, karı koca başka bir çift bakmaktadır. Olay akşamı çocuğu almak için eve gelen çiftlerden biri, evde maktûlün yine alkol almakta olduğunu görür. Maktûl, çocuğu alıp evlerine götürmek amacıyla eve gelen sanığa saldırır, boğazını sikar, bıçakla saldırır. Yargıtay kararına göre "Maktûlün, eline vurmaya üzerine yere düşen bıçağı alan sanığın, biri

⁵⁷ 1. CD E 2006/6519 K 2007/8520 T 19.11.2007.

⁵⁸ 1. CD E 2007/2045 K 2008/3128 T 17.4.2008.

sağ kasıkta, biri sol kasıkta, ikisi sağ kol önde olmak üzere maktûlü 4 yerinden bıçakla yaraladığı, sağ kasıkta arter ve ven kesisine neden olan yara nedeniyle ölümin meydana geldiği, koldaki yaraların yüzeysel nitelikte olduğu, sol kasıktaki yaranın nitelikli bir yara olmadığı, görgü tanığı olmayan olayda, maktûl yere düşmediği, engel de olmadığı hâlde eylemin sürdürülmediği, hayatî bölgenin hedef alındığına, öldürme kastı ile hareket edildiğine dair kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı" sabittir.

Yargıtay burada meşru müdâfanın ne derece uygulama bulabileceğine ilişkin bir tartışmaya girmemiş, somut olayı objektif isnâdiyet bakımından da ele almadan sanık hakkında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış öldürme suçundan (TCK m. 87 IV) hüküm kurulması gerektiğine işaret etmiştir.

6. İteleme sonucu kalp krizinden ölüm kararı (2009)

Bu olayda⁵⁹ "12.02.2002 tarihinde görevli olan tanık polis memuru A ile ölen polis memuru H'nin saat 21.00 - 21.30 sıralarında gece devriyesi olarak dolaştıkları sırada nara sesi duydukları, sesin geldiği yere vardıklarında hükümlü H ile karşılaştıkları, kendisine 'neden bağırıp halkı rahatsız ettiği' sorulduğunda, alkollü olan hükümlünün 'ben bağırırım' şeklinde konuştuğu ve üzerinin aranmasına izin vermediği, zor kullanılmak suretiyle üzerinin arandığı, karakoldan yardımcı ekip istenilmesi üzerine trafik ekip otosunun olay yerine geldiği, direnen hükümlünün zorla araca bindirildiği, karakola gelindiğinde inmek istemeyen hükümlünün yine ölen ve tanık tarafından zorla indirildiği, karakola girmek üzere ölenin ve tanığın kolları arasında yürüyen hükümlünün sağa sola yalpa yaparak görevlileri sağa sola ittirdiği, bu şekilde karakol binasının merdiven basamaklarının önüne geldiği sırada bu tür yalpalama hareketlerinden bir an elleri boşta kalan hükümlünün iki eliyle öleni göğsünden ittirdiği, beklemediği bu hareketle ölenin şiddetli bir biçimde sırt üstü beton zeminli yere düştüğü ve fenalaştığı, kaldırıldığı hastanede yaşamını yitirdiği" sabittir. Otopsiye göre maktûlün kendinde mevcut kalp hastalığının, inzimam eden olayın stres ve eforu nedeniyle meydana gelen nöro-hümorale değişimler neticesinde, akut hâle geçmesi ile öldüğü tespit edilmiştir.

Yargıtay kararında⁶⁰ TCK'nın "Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç" başlıklı 23. maddesine değinerek "Fail, bu sonucun meydana gelmesinden

⁵⁹ CGK E 2008/1-197 K 2009/93 T 14.04.2009.

⁶⁰ CGK E 2008/1-197 K 2009/93 T 14.04.2009.

taksirle bile sorumlu tutulamıyorsa, objektif sorumluluğun kaldırılmasının doğal bir sonucu olarak, sadece nedensellik bağının bulunuyor olması, neticeden sorumlu tutulması için yeterli olmayacaktır." demektedir. Yüksek Yargı'ya göre "Maddede, gerçekleştirilen kasten yaralama eylemi TCY'nin 86. maddesinin 1. veya 3. fıkraları kapsamında bulunur ve bunun sonucunda da ölüm meydana gelirse" bu suçtan sorumluluk doğabilecek, "madde metnindeki anlatımın açıklığı karşısında, TCY'nin 86/2. maddesinde düzenlenen basit tıbbî müdâhâle ile giderilebilecek ölçüde yaralanma sonucu ölümün meydana gelmesi hâli 87/4. fıkrası kapsamında değerlendirilemeyecektir".

Somut olay açısından Mahkeme, "eylemin 5237 sayılı TCK'nın 87/4. maddesindeki suçu" oluşturmadığı kanaatindedir, zirâ failin "öleni eliyle iteklemesi eyleminin 5237 sayılı TCY'nin 86/2. maddesi kapsamında kalan kasten yaralama olduğunda kuşku bulunmadığından hükümlünün eyleminin TCY'nin 87/4. maddesi kapsamında değerlendirme olanağı yoktur." Bununla birlikte Yargıtay'a göre "Olayda hükümlü, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak iradi bir hareketiyle öleni göğsünden itmiş, ancak gerçekleşen sonucu yani ölümü öngörememiştir [...] Beton zeminde bulunan bir kişinin sert bir şekilde itilmesi sonucu yere sırt üstü düşerek ölebileceği objektif olarak öngörülebilir bir sonuç olmasına karşın hükümlü bunu öngörememiştir. O hâlde hükümlünün olayda meydana gelen ağır netice olan ölümden taksirle sorumlu tutulmasında [TCK m. 85 I'e göre] bir isabetsizlik bulunmamaktadır."

Yargıtay'ın "yaralamayı", "iteleme" hareketine indirgediği bu kararda, neticenin ne ölçüde bu itmenin eseri olduğu, tartışma konusu yapılmamaktadır. Aşağıda ele alınacak kararda olayın seyri ve olağan gelişimi göz önünde bulundurulurken, bu kararda tek başına "yaralama hareketi"ne yoğunlaşılmıştır.

7. Yere ve at arabalarının lastik tekerleklerine doğru ateş sonucu hedefte sapma nedeniyle ölüm kararı (2010)

Yargıtay'ın bu kararı⁶¹ yaralama neticesi ölüme neden olma suçu bakımından aslında devrim niteliğindedir. Zirâ karar bu suçlardan sorumluluk için *ara netice* niteliğinde bir *yaralama neticesinin* meydana gelmiş olmasını aramamaktadır. Her ne kadar Yüksek Mahkeme'nin

⁶¹ CGK E 2010/1-249 K 2010/108 T 4.5.2010.

bu kararı müstakil bir karar olarak kalmış, bundan sonraki kararlarda Mahkeme yaralama neticesi mevcudiyeti hususundaki önceki tavrını sürdürmeye devam etmiş olsa da, bu kararla aslında yaralama neticesini esas alan TCK m. 87 IV sistematığı ile uygulamada yaşanan olayların çözümünün çok da kolay olmadığı gerçeği su üstüne çıkmıştır.

Olayda fail, kendisine ait fabrikanın bahçesinden hurda demir çalındığını öğrendikten sonra olay yerine gitmiş, karşılaştığı arabalarını durdurmak amacıyla önce havaya, daha sonra ise yere ve arabaların tekerleklerine öldürme kastı olmaksızın ateş etmiş, yerden seken mermi çekirdeklerinden biri at arabasındaki şahsa isabet etmiş ve ölümüne neden olmuştur. Yargıtay'a⁶² göre sanığın doğrudan yaralama veya öldürme kastı ile hareket etmediği hususunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yargıtay'ın somut olayda netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumluluğun doğduğuna ilişkin gerekçesi şu şekildedir:

765 sayılı TCK'nın 452 I maddesinde düzenlenmiş bulunan "kastı aşan adam öldürme" suçu ile 5237 sayılı TCK'nın 87 IV maddesinde yer verilen "meydana gelen ölüm neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu" arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Burada fail, yaralama suçuna kastetmekte, fakat eylem ölümle sonuçlanmaktadır. Bir başka deyişle, failin kastettiğinden daha farklı bir netice meydana gelmektedir. Failin, meydana gelen fakat kastetmediği bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için; netice açısından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Kişi bu neticenin meydana gelmesinden taksirle de sorumlu tutulamıyorsa, sadece nedensellik bağının bulunmuş olması, o kişiyi neticeden sorumlu tutmamız için yeterli olmayacaktır. 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesinde düzenlenmiş bulunan kast-taksir kombinasyonunun, Özel Hükümler arasında işlerlik kazandığı maddelerin başında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçunu düzenleyen 87. madde gelmektedir. 86. maddenin 1. veya 3. fıkrasına uyan bir eylemi kasten işleyen fail, bu failinin neticesi olarak ölümün meydana geldiği hâllerde, 87. maddenin 4. fıkrası uyarınca sorumlu tutulacaktır. Öte yandan; failin, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama suçundan sorumlu tutulabilmesi için açıkça yaralamaya dönük bir eylemde bulunması şart olmayıp, olayın olağan seyri ve olağan gelişmesi sonucu yaralamanın meydana gelebileceğini öngörebilir durumda olmasına rağmen hareketine devam etmesi ve ölümün bu harekete bağlı olarak meydana gelmesi de yeterlidir.⁶³

⁶² CGK E 2010/1-249 K 2010/108 T 4.5.2010.

⁶³ CGK E 2010/1-249 K 2010/108 T 4.5.2010.

Somut olayı tüm bu açıklamalar ışığında değerlendiren Yargıtay⁶⁴ bakımından "*maktûl ve arkadaşlarını korkutarak durdurmak gayesiyle önce havaya, sonra sürekli aynı istikamette olmak üzere at arabalarının tekerleklerine ve yere doğru birden çok kez ateş ettiği sırada, asfalttan seken kurşunlardan birisinin isabet etmesi sonucu maktûlün ölümüne neden olan sanığın eyleminin; kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarını oluşturacağı söylenemese de, gerçekleştirilen eylemin yaralamayla sonuçlanabileceğinin öngörülmüş, buna karşılık 'ölüm' neticesinin öngörülememiş olması karşısında, [...] Yasa'nın 87/4. maddesinde düzenlenmiş bulunan 'neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama' suçunu oluşturduğunun [...]" kabulü gerekmektedir.*

Her ne kadar somut olayda yaralama suçu bakımından olası kasıtlı hareket edildiği tartışılabilir bir konu olsa da, bu karar ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış öldürme suçu bakımından önemli bir karardır. Zira bu olayda herhangi bir yaralama neticesi doğmadan (her ne kadar her ölümden bir yaralama vardır – geçiş suçu – iddiası getirilebilir olsa da) doğrudan ölüm neticesi meydana gelmiştir. Dolayısıyla bir yaralama neticesi (ara netice) doğmadan nihai ölüm neticesi vuku bulmuştur. Bu durum ise bu suç türünde yaralama hareketinin ne derece belirleyici olduğunu göstermesi bakımından oldukça önemlidir. Aslında bu kararla yaralama fiili göz önünde bulundurularak, TCK m. 87 IV uygulaması dışına çıkmış, somut olarak mevcut olmayan *farazî* bir yaralama neticesi üzerinden eylemin ikinci fıkra kapsamında değerlendirilemeyeceği varsayılmıştır.

8. Hayatî bölgeye (künt) cisimle vurmak kararı (2012)

Bu olayda fail A, maktûlü yaralamak amacıyla takip eder. Sonrasında maktûlü hayatî bölgelerini hedef alarak künt bir cisimle darp etmek suretiyle yaralar. Maktûlün kafa travmasına bağlı kafa kemik kırıklarıyla beraber, beyin kanaması sonucu ölümüne neden olduğu olayda Yargıtay⁶⁵ TCK m. 87 IV ikinci cümlesi gereğince cezalandırılması gerektiğini ifâde etmektedir. Yargıtay kararında nedensellik ya da nesnel isnâdiyete (ya da taksire ilişkin unsurlara) ilişkin hiçbir unsura değinmediğinden kararın gerekçesini belirlemek mümkün değildir. Bu olayda özellikle tehlikeli hareketin mi (bu sebeple de hareketin hangi

⁶⁴ CGK E 2010/1-249 K 2010/108 T 4.5.2010.

⁶⁵ 1. CD E 2012/4586 K 2012/9095 T 5.12.2012.

araçla ve koşullarda işlendiğinin tespiti çok önemlidir) yoksa hareket sonucunda meydana getirilen yaralamanın mı ölüm neticesini oluşturduğu net bir şekilde ortaya konulmalı ve böylelikle ölüm neticesinin failin eseri olup olmadığı tespit edilmelidir.

9. Keserle vurma sonucu kalp krizinden ölme kararı (2013)

Aslında daha çok meşru müdâfa ile ilgili olsa da, somut olayda tipikliğin olduğu kabul edildiği için, burada ele alınmıştır. Bu olayda⁶⁶ maktûl S, oğlu T ile gayrî resmî şekilde birliktelik yaşayan Ö'nün kaçırılmasından, Ö'nün babası sanık H'yi sorumlu görmektedir. Ö'nün babası H'den bilgi almak ve hesap sormak maksadıyla, yanında oğlu T ve kayınbirâderi İ ile birlikte alkollü olarak sanık H'nin evine giderler. İ, bina dışında bekler, maktûl S ve tanık T evin kapısını çalar. Kapıyı sanık H'nin eşi açar, Ö'nün evde olmadığını söylemesi üzerine maktûl ve oğul zorla içeriye girmeye çalışırlar. Sanık H bu arada kapıyı kapatmayı başarır. Ancak bunun üzerine maktûl S kapıyı kırarak, oğlu T ile içeriye girer. Maktûlün elinde sallama olarak tabir edilen kesici alet; T'nin elinde ise sopa vardır. Sanık H'yi dövmeye başladıklarında, sanık H can havliyle evdeki keseri alarak kendisini savunmak için maktûl ve oğluna vurur. Konut içerisinde başlayıp apartman dışına taşan kavgası sırasında sanık H ve maktûl S basit tıbbî müdâhâle ile giderilemez şekilde yaralanır. Ancak yaralanan maktûl tedavi gördüğü hastanede ölür. Adli Tıp Kurumu raporuna göre, "*travmatik lezyonların başlı başına ölüm meydana getirir nitelikte olmadığı, kendinde kronik kalp damar hastalığı olan kişinin ölümünün olayın travması, eforu ve stresiyle kendinde mevcut hastalığın aktif hâle geçmesinden ileri geldiği ve olay ile ölüm olayı arasında illiyet bağı bulunduğ*"⁶⁷ tespit edilmiştir.

Yargıtay⁶⁸ "*sanığın eylemini evinin kapısını kırarak evine zorla girip kendisine sallama olarak tabir edilen kesici aletle saldıran ve yaralayan maktûlün devam eden saldırısı sırasında ve saldırıyla orantılı şekilde gerçekleştirdiği ve eylemde yasal savunma şartlarının oluşturduğu ve aşırıya kaçılmadığı*" gerekçesi ile netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluk doğmayacağını kabul etmiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi hukuka

⁶⁶ 1. CD E 2009/2849 K 2013/1541 T 27.2.2013.

⁶⁷ 1. CD E 2009/2849 K 2013/1541 T 27.2.2013.

⁶⁸ 1. CD E 2009/2849 K 2013/1541 T 27.2.2013.

uygunluk sebebiyle hukuka aykırılığın ortadan kalkmış olması, tipikliğin oluşmadığı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla Yargıtay aslında neticesi sebebiyle ağırlaşmış öldürme suçunun tipikliğinin oluştuğuna karar vermiş, ancak fiili meşru müdâfa sebebiyle hukuka uygun kabul etmiştir. Bu durumda adlî tıp raporuna göre keserle yaratılan "*travmatik lezyonlar*" basit tıbbî müdâhâle ile giderilemeyecek, ancak *başlı başına ölüm meydana getirir nitelikte* de değildir. Dolayısıyla aslında tipik hareketin yarattığı yaralar (lezyonlar) neticeye sebep olmamıştır. Demek ki ölüm neticesini yaratan etmen olayın tüm koşullarıyla birlikte değerlendirildiğinde sabit olan tehlikeli harekettir. Bir sonraki aşamada ele alınması gereken husus ise bu hareket içerisindeki tehlikenin ölüm neticesinde vücut bulup bulmadığıdır. Eğer bu özel tehlike değil, başka tehlike odakları neticeyi meydana getirdiler ise o zaman netice faile objektif olarak isnâd dilemeyecektir. Şu halde tipikliğin oluştuğunu kabul eden bu kararda Yargıtay'ın ölüm neticesine "keserle yaralamadan ibaret" tehlikeli hareketin mi yoksa bu hareketle neden olunan "yaralama neticesinin mi" neden olduğunu ayrıntılarıyla incelemesi gerekirdi. Ancak böyle bir inceleme sonrası ölüm neticesinin failin eseri olup olmadığı şüpheden uzak bir şekilde ortaya konulabilir.

II. Kararlara ilişkin değerlendirme

Taksir koşulu getirildikten sonraki döneme ilişkin olarak aktarılan Yargıtay kararları göstermektedir ki, kararlar üçüncü kişi ya da mağdur hareketlerinin araya girmesi olaylarından çok neticenin faile objektif isnâdiyeti hakkında olmuştur. Ancak bu kararlarda da normatif temeller üzerine oturan kesin bir çizgi yakalanamamıştır. Biz Alman hukuku kısmında da dile getirdiğimiz üzere, Türk hukukunda da neden sonuç arasındaki ilişkinin normatif değerlendirmesinin objektif isnâdiyet kapsamında ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz.⁶⁹

Yargıtay'ın kararları değerlendirildiğinde, TCK m. 87 IV içerisinde yer alan "*yaralama sonucunda*" ifâdesinin, kısmen "*yaralama hareketi (fili) sonucunda*" (at arabası kararı) olarak, kısmen de "*meydana*

⁶⁹ Objektif isnâdiyet hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, CH, s. 194; HAKERİ, CH, s. 179; ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 233; DEMİR-BAŞ, GH, s. 248; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, GH, s. 262; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, GH, s. 251; ÖZGENÇ, GH, s. 176; KOCA/ÜZÜLMEZ, GH, s. 130.

getirilen yaralama **sonucunda**" (künt cisimle ya da keserle yaralama kararları) olarak yorumlandığı görülmektedir. Ancak ölüme neyin sebep olduğunun kesin bir şekilde ifade edilmesi, illiyet bağının tespiti için vazgeçilmez bir unsurdur. Zira neden belli olmadan sonuçla arasındaki ilişki de belli olamaz. Bu nedenle bu norm yorumlanırken, nedensellik bağının ve objektif isnâdiyetin tespitinde, yaralama hareketinin mi yaralama neticesinin mi esas alınacağı netleştirilmesi icap etmektedir.

TCK m. 87 IV içerisinde geçen "*Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hâllerde [...], üçüncü fıkrasına giren hâllerde ise [...] hapis cezasına hükmolünür.*" ifâdesindeki "*yaralama sonucu*" kavramından yaralama hareketi mi yoksa yaralama neticesi mi kastedildiği net değildir. Normun lafzından ve oluşturuluş amacından yola çıkıldığında, kanun koyucunun aslında yaralama neticesini kast ettiği düşüncesi daha çok ağırlık kazanmaktadır. Zirâ kanun koyucu 87. maddede birinci ve ikinci fıkrada kasten yaralama fiili ibaresi kullanırken, 4. fıkrada yaralama sonucu kavramını kullanmaktadır. Ayrıca TCK m. 86 II içerisinde geçen "*kasten yaralama fiilinin etkisinin*" kavramı, yaralama neticesine göre bir ayırım yapıldığını göstermektedir. Buna ek olarak ayrıca kanun koyucu hükmü oluştururken yaralama neticesini değil de, yaralama hareketini temel almış olsa idi, sadece bir fıkra oluşturmakla yetinebilir, ikinci fıkraya yer veremeyebilirdi iddiası da öne sürülebilir. Zirâ yaralama hareketi bir tane, yaralama neticeleri ise farklı farklıdır. Bu bağlamda, yaralama hareketi neticesi ortaya çıkabilecek neticeler türlü türlü olacağından, bunlar arasında en azından basit yaralama neticelerini dışlamak isteyen kanun koyucu bu şekilde müteferrik bir sınıflandırmaya gitme gereği duymuş olabilir. Tüm bu açıklamalardan sonra kanun koyucunun fıkrada geçen "*kasten yaralama sonucunda*" kavramından, *kasten yaralama "neticesi" sonucunda* kavramını kastettiği sonucuna ulaşılabilir.

Ancak bu suçların tarihî geçmişi göz önüne alındığında, her ne kadar "*yaralama neticesini*" esas almak normun koruma amacıyla uyuyor addedilebilecekse de, nedensellik ve isnâdiyeti *sadece yaralama neticeleri ile sınırlamak* yerinde değildir. Zirâ ölüm neticesi bazen basit tıbbî müdâhâleyle giderebilecek bir yaralamanın eseri olabileceği gibi bazen tam tersi de olabilir; bazen aynı hareket olayın meydana geliş tarzına göre farklı yaralama neticeleri doğurabilir. Ayrıca at arabası kararında olduğu gibi bazı durumlarda hiçbir ara netice doğmadan ölüm meydana gelebilir. Gözden kaçırılmaması gereken başka bir husus da,

yaralamanın TCK m. 86 III kapsamında - meselâ silâhla yaralama - değerlendirilmekle birlikte, yaralama neticesinin TCK m. 86 II kapsamında kalması durumunda sorunlar yaşanacak olmasıdır. Ayrıca her ağır yaralama doğrudan ölüm neticesi doğurmayabilecek, araya başka nedenler de (bir doğa olayı, üçüncü kişi ya da mağdur hareketi vs.) girebilecektir. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda aslında olması gereken temelde (yaralama *hareketi* merkezli olarak) yaralama fiilini göz önünde bulundurarak sorumluluğu belirlemektir. Zirâ ceza hukukunda sorumluluğu belirlemede esas alınacak, suçun işlendiği an kural olarak fiilin icrâ anı olmalı, mümkün merteye bu andan uzaklaşarak neticeye doğru bir yönelim söz konusu olmamalıdır. Bu durum suçun oluşması için **fili** temel alarak "*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi*"ni arayan TCK m. 23; ilâveten "*Fiilin icrâsı sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse*" diyerek hatada *fiilin icrâsı anını* esas alan TCK m. 30 I'e uyumu sağlayarak TCK'nın kendi içinde çatışmamasına katkı sağlayacaktır. Bu bağlamda TCK m. 87 IV kapsamındaki neticelere göre ayırımının ortadan kaldırılarak, yaralama fiilini esas alacak şekilde *de lege ferenda* gözden geçirilmesi, TCK m. 2 içerisindeki kanunîlik ilkesinin gereklerine daha uygun olacaktır.

D. Sonuç

Her iki ülke kararları değerlendirildiğinde, iki ülkede de kendine has sorunlar olduğu ortaya çıkmaktadır. İki ülke açısından da Yüksek Yargı'nın neticesi sebebiyle ağırlaşmış öldürme suçu bakımından ilk başlarda "nedensellik" sonraları ise aslında objektif isnâdiyete sorunlarıyla uğraştığı görülmektedir. İki ülkede de sorunların çözüme normatif verilerle nesnel ve tarafsız değerlendirmelerle erişileceği muhakkaktır. Burada "normun koruma amacı" bağlantısına başvurularak, "dar kapsamlı" yorumlama, başkasının sorumluluk alanlarını net bir şekilde belirleme, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi gerekleri ile kusur ilkesi gereklerine uygunluk göz ardı edilmemelidir.

KAYNAKÇA

- ALTENHAIN, Karsten**, Der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge bei den erfolgsqualifizierten Delikten, iç: GA 1996, s. 19 – 35.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014. Alıntı: Artuk/Gökçen/Yenidünya, GH.
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan**, Fahrlässigkeit und Schuld bei erfolgsqualifizierten Delikten, 1. Baskı, Hamburg 2012.
- BUSSMANN, Kai – D.**, Zur Dogmatik erfolgsqualifizierter Delikte nach dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz, iç: GA 1999, s. 21 – 34.
- DEMİRBAŞ, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, 2013 Ankara, Alıntı: Demirbaş, GH.
- DENCKER, Friedrich**, Zum Erfolg der Tötungsdelikte Besprechung des BGH – Urteils vom 12. 2. 1992 – 3. StR 481/81, iç: NStZ 1992, s. 311 – 315.
- FERSCHL, Christine**, Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt, Berlin 1999.
- FISCHER, Thomas**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. baskı, Münih 2009.
- FREUND, Georg**, Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, eine Würdigung unter Einbeziehung der Stellungnahme eines Arbeitskreises von Strafrechtslehrern, iç: ZStW 109 (1997), s. 455 – 489.
- GÖSSEL, Karl Heinz; DÖLLING, Dieter**, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 2. Baskı, Heidelberg 2004. Alıntı: Gössel/Dölling, BT I.
- HAFT, Fritjof**, Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 8. Baskı, Münih 2005.
- HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2014, Alıntı: Hakeri, CH.

- HEINRICH, Bernd; REINBACHER, Tobias**, Objektive Zurechnung und "spezifischer Gefährdungsbezug", iç: JURA 2005, s. 743 – 750.
- HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd**, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, cilt I, § 1-51 StGB, Kommentar, Münih, 2003. Alıntı: MK-Duttge; MK-Hardtung.
- HIRSCH, Hans Joachim**, Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, iç: Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Rolf Dietrich Herzberg, Köln 1985, s. 111 – 133. Alıntı: Hirsch, FS-Oehler.
- HOBE, Konrad**, Objektive Zurechnung, Fahrlässigkeit und Unrechtsschwere bei den erfolgsqualifizierten Delikten, iç: Gedächtnisschrift für Max Busch, "Sozialpädagogik und Strafrechtspflege, Josef Maria Häußling, Richard Reinde, s. 253 – 277, Pfaffenweiler 1995. Alıntı: Hobe, GS-Busch.
- KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich**, Strafgesetzbuch, Nomoskommentar, cilt I, 3. baskı, Baden-Baden 2005. Alıntı: NK-Paeffgen.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2013. Alıntı: Koca/Üzülmöz, GH.
- KREY, Volker; HEINRICH, Manfred**, Strafrecht Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, cilt I, 13. baskı, Stuttgart 2005. Alıntı: Krey/Heinrich, BT I.
- KÜHL, Kristian**, Das erfolgsqualifizierte Delikt (Teil I): Das vollendete erfolgsqualifizierte Delikt, iç: JURA 2002, s. 810 – 815.
- KÜHL, Kristian**, Erfolgsqualifizierten Delikte in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, iç: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Cilt IV, herausgegeben von Claus – Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, Klaus J. Hopt, Claus Roxin, Karsten Schmidt, Gunter Widmaier, Münih 2000, s. 237 – 268. Alıntı: Kühl, FS-BGH.
- KÜHL, Kristian**, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. baskı, Münih 2007. Alıntı: Lackner/Kühl, StGB.

- KÜHL, Kristian**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. baskı, Münih 2008.
- KÜPPER, Georg**: Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, Berlin 1982.
- KÜPPER, Georg**: Unmittelbarkeit und Letalität, Zum Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge, iç: Festschrift für Hirsch zum 70. Geburtstag, Thomas Weigend, H. J. Hirsch, Georg Küpper, Berlin 1999, s. 615 – 629. Alıntı: Küpper, FS-Hirsch.
- LAUE, Christian**: Ist der erfolgsqualifizierte Versuch einer Körperverletzung mit Todesfolge möglich? – BGH NJW 2003, 150 dev., iç: JuS 2003, s. 743 – 747.
- LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; SAAN, Ruth Rissingvan; TLEDDEMANN, Klaus**, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, cilt I, §§ 1 - 31, 12. Baskı, Berlin 2007. Alıntı: LK-Hirsch; LK-Vogel; LK-Hillenkamp.
- MAIWALD, Manfred**, Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte BGHSt 31, 96, iç: JuS 1984, s. 439 – 445.
- MITSCH, Wolfgang**, Sturz aus dem Fenstern, BGH Urt v. 17.3.1992 – 5. Str. 34/92 : NJW 1992, 1708, iç: JURA 1993, s. 18 – 22.
- OTTO, Harro**, Grundkurs Strafrecht, Die einzelne Delikte, 7. baskı, Berlin 2004. Alıntı: Otto, GS
- ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı 2014 Ankara. Alıntı: Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, GH.
- ÖZGENÇ, İzzent**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014. Alıntı: Özgenç, GH.
- ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2014. Alıntı: Öztürk/Erdem, CH.
- PUPPE, Ingeborg**: Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, Baden-Baden 1999.
- PUPPE, Ingeborg**, Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung, cilt I, Baden-Baden 2002. Alıntı: Puppe, AT I.

- RENGIER, Rudolf**, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, Tübingen 1986. Alıntı: Rengier, Erscheinungsformen.
- RENGIER, Rudolf**, Strafrecht Besonderer Teil, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, cilt II, 8. baskı, Münih 2007. Alıntı: Rengier, BT II.
- ROXIN, Claus**, Strafrecht Allgemeiner Teil Cilt I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 1. baskı, Münih 2006. Alıntı: Roxin, AT I.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim; HORN, Eckhard**, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. baskı, 2002, Münih 2009. Alıntı: SK-Rudolphi; SK-Horn/Wolter.
- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst**, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. baskı, Münih 2010. Alıntı: S/S-Sternberg-Lieben; S/S-Stree/Sternberg-Lieben.
- SOWADA, Christoph**, Das sog. "Unmittelbarkeits"-Erfordernis als zentrales Problem erfolgsqualifizierter Delikte, iç: JURA 1994, s. 643 – 652.
- SOWADA, Christoph**, Die "Gubener Hetzjagd": Versuchte Körperverletzung mit Todesfolge, iç: JURA 2003, s. 549 – 559.
- STRASSER, Fedor**, Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht, Berlin 2008. Alıntı: Strasser, Die Zurechnung.
- ÜNVER, Yener**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998. Alıntı: Ünver, İzin Verilen Risk.
- WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael**: Strafrecht Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, Cilt I, 29. Baskı, Heidelberg 2005. Alıntı: Wessels/Hettinger, BT I.
- WOLTER, Jürgen**, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, iç: JuS 1981, s. 168 – 178.



ÖZEL HUKUK

Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regölasyonu'nun Temel Yenilikleri



Yrd. Doç. Dr. Nilgün BAŞALP*

ÖZET

Dijital Çağ'ın en kapsamlı hukuk uyumlaştırma projelerinden biri olarak nitelendirilebilecek, Avrupa Birliği tarafından hazırlanmakta olan ve Avrupa Birliği Veri Koruması Hukuku'nu yeniden düzenleyen "AB Veri Koruması Regölasyon Taslağı" Avrupa'da önemli tartışmalara neden olmaktadır. Ülkemizde ise son on bir yıldır Veri Koruması Hukuku alanında devam eden yasa yapım çalışmaları, Avrupa Birliği'nin 1995 tarihli ve 46 sayılı Veri Koruması Yönergesi'nin büyük ölçüde izlerini taşımaktadır. 2014 yılının sonunda "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı", TBMM'ye ulaşmış olmasına rağmen bu çalışmada inceleme konusu olan reform niteliğindeki değişiklikleri bünyesinde barındırmamaktadır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Taslağı'nı hazırlayan Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, tasarı olarak çalışmayı sahiplenen Başbakanlık ve ardından Bakanlar Kurulu bu konudaki iradeyi henüz Avrupa'da yasalaşmamış değişikliklerin Tasarı'da yer almaması yönünde gerekçelendirmektedir. Bu çalışmanın temel amacı ise reform olarak kabul edilen AB Genel Veri Koruması Hukuku Regölasyon Taslağı'nın getirdiği değişiklikleri tanıtmaktır.

Anahtar Kelimeler: Veri Koruması, AB Veri Koruması Reformu, Unutulma Hakkı, AB Veri Koruması Regölasyonu

ABSTRACT

One of the most comprehensive European harmonization projects of the Digital Age is the EU privacy regulation, which will reform

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nilgun.basalp@bilgi.edu.tr.

and unify the applicable data protection legislation in Europe. While Europe is in the process of defining its DP standards with a new vision, Turkey is defining its own DP standards. Actually over the last eleven years, Turkey has taken some small steps towards a new legal basis for privacy issues. The core of these efforts is the Draft Data Protection Act, which actually is based on the directive 95/46 and finally by the end of 2014 made its way to the parliament. But because of the recent general elections in June 2015 the draft act became invalid. At this stage, where Turkey is officially a candidate country, and the accession negotiations between EU and Turkey are still in an ongoing process, it is more than important to introduce the European level of DP standards in Turkey. But the question "if this is actually the case for the recent Draft DPA" is easy to answer. The regulation has not been enacted on EU level so far, therefore the Ministry of Justice and Prime Ministry, which leded the preparation of the Draft DPA during the past legislative term did not consider the EU data protection reform. This article aims to point out the main innovations and changes of future DP in the EU.

Keywords: *Data Protection, EU Data Protection Reform, EU Data Protection Regulation, Right to be forgotten*

GİRİŞ

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin iletişim alanında yarattığı olanaklar iş modellerini ve iş süreçlerini büyük ölçüde değiştirmiştir. Son yıllarda elektronik ticaretin yaygınlaşması ile birlikte ekonominin tüm aktörleri bilgi ve iletişim teknolojilerini azami ölçüde kullanır hale gelmişlerdir. Bu yaygın kullanım neticesinde müşteri, hasta ya da işçi kimliği ile paylaşılan kişisel verilerin işlendiği mecralar sürekli olarak artan oranda çeşitlenmektedir. Ayrıca sadece sözleşmeden doğan edimlerin yerine getirilmesi amacıyla değil, aynı zamanda elde edilen kişisel verilerin depolanması ve analizi yoluyla da yaratılan olası kullanıcı profilleri reklamcılık sektöründe doğrudan pazarlama stratejilerinin hedefi olabilmektedir. Bu tespit günümüzde özellikle davranışsal reklamcılık uygulamalarının oluşturduğu pazar değeri ile de doğrulanmaktadır. Gelinen noktada kişisel veriler dijital çağın modern para birimine dönüşmüştür. Hiç kuşkusuz artık her biri önemli bir ekonomik değer oluşturmaktadır.

Gerçek kişilere hangi kişisel verilerin kim tarafından ve kimin için elde edildiği, ne kadar süre ile işleneceği, bu verilerinin kimlerle paylaşılacağı konularında kural olarak bilgi edinme ve müdahale etme olanağı tanınmalıdır. Bu olanağı uluslararası düzeyde iç hukuklarda yerleştirmeye çalışan iki temel belge bulunmaktadır. İlki ülkemizin de imzalamış olduğu "*Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine İlişkin Bireylerin Korunması Hakkındaki 1981 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi*"¹ olup TBMM'ce 1981'den bu yana onaylanmayı beklemektedir. İkincisi ise, Avrupa Birliği toprakları üzerinde veri korumasına dair genel kuralları koyan 95/46 sayılı "*Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması Yönergesi*"² dir.

Avrupa Birliği anılan bu yönergenin gözden geçirilmesini 2010 yılında gündemine almıştır. O günden bu yana Avrupa Birliği Veri Koruması Hukuku'nu yenilemeyi hedefleyen ve 2012 yılının başında AB Komisyonu tarafından kabul edilen "Veri Koruması Genel Regülasyonu"³, Dijital Çağ'ın en kapsamlı hukuk uyumlaştırma projelerinden biri olarak nitelendirilmektedir⁴. Söz konusu taslak 2014 yılında Avrupa Birliği Parlamentosu tarafından kabul edilmekle⁵ birlikte, hâlihazırda yasama sürecinde bulunmaktadır. Anılan taslak üzerinde Avrupa Birli-

¹ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. Bundan sonra 108 sayılı Sözleşme olarak anılacaktır.

² Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. OJ L 281, 23.11.1995, s. 31–50. Bundan sonra Yönerge olarak anılacaktır.

³ Brussels, 25.1.2012 COM(2012) 11 final 2012/0011 (COD). Bundan sonra Regülasyon olarak kısaltılacaktır.

⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_en.htm?locale=en, Erişim Tarihi: 13.06.2015. Viviane Reding, Tomorrow's Privacy, The Upcoming data protection reform for the European Union, International Data Privacy Law, 2011, Vol. 1, No. 1, s. 3 – 5, s. 5. Ayrıca bkz: Warwick Ashford, EC publishes proposed data protection reforms, 25 Jan. 2012, <http://www.computerweekly.com/news/2240114326/EC-proposes-a-comprehensive-reform-of-data-protection-rules>, Erişim Tarihi: 13.06.2015.

⁵ European Parliament legislative resolution of 12 March 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

ği Konseyi de görüşlerini 15 Haziran 2015 itibariyle açıklamıştır⁶. Artık Avrupa Birliği Parlamentosu, Konseyi ve Komisyonu regülasyonun nihai içeriğini belirleyecek müzakereleri başlatacaktır. "Trilogue" olarak anılan bu müzakerelerin ilk toplantısı 24 Haziran 2015 tarihinde olacak⁷, söz konusu müzakerelerin ise yıl sonuna kadar devam edeceği ve 2015 yılının sonunda nihayete ereceği düşünülmektedir⁸. Bu tarihten sonra regülasyonun öngörülen 2 yıllık geçiş sürecinin ardından tüm üye ülkelerde kendiliğinden yürürlük gücünü haiz olacağı belirtilmektedir.

Avrupa Birliği ile üyelik müzakerelerinin devam ediyor olmasına rağmen, ülkemizin bu önemli uyumlaştırma projesinin dışında kalmasına dikkat çekilmelidir. AB ülkeleri ile karşılaştırıldığında veri korumasını genel olarak düzenleyen bir kanunumuz bulunmamaktadır. İç hukukumuz, AB veri koruması mevzuatı ile uyumlu değildir. Bu nedenle 2003 yılından bu yana AB tarafından yayınlanan birçok Türkiye Ulusal İlerleme Raporu'nda da değinildiği üzere, bu noktada uyumun sağlanması gerekmektedir. Son 11 yıldır ülkemizde zaman zaman gündemde olmakla birlikte, yasama sürecinde talihsizce yavaş seyreden "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı" her ne kadar 2014 yılının sonunda TBMM'ye ulaşmış olsa da, Haziran 2015 genel seçimleri sonucunda oluşan yeni meclis ile birlikte artık kadük hale gelmiştir. Tasarı'nın yeniden yeni yasama sürecinin de bir parçası olup olmayacağı ise tartışmalıdır. Anılan bu taslağın bu çalışmada inceleme konusu olan reform niteliğindeki değişiklikleri bünyesinde barındırmadığı da ayrıca ifade edilmelidir.

⁶ European Commission - Press release, Commission proposal on new data protection rules to boost EU Digital Single Market supported by Justice Ministers, Luxembourg, 15 June 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5176_en.htm; Samuel Gibbs, EU states agree framework for pan-European data privacy rules <http://www.theguardian.com/technology/2015/jun/15/eu-privacy-laws-data-regulations>; Erişim Tarihi: 16.06.2015.

⁷ European Commission - Press release, Commission proposal on new data protection rules to boost EU Digital Single Market supported by Justice Ministers, Luxembourg, 15 June 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5176_en.htm Erişim tarihi: 16.06.2015.

⁸ Jan Philip Albrecht, EU-Datenschutzgrundverordnung: Stand der Dinge – 10 wichtige Punkte, 11.06.2015, http://www.janalbrecht.eu/fileadmin/material/Dokumente/Datenschutzreform_Stand_der_Dinge_10_Punkte_110615.pdf, Erişim Tarihi: 13.06.2015.

Geçtiğimiz yasama döneminde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Taslağı'nı hazırlayan Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, çalışmayı sahiplenen Başbakanlık ve ardından Bakanlar Kurulu henüz Avrupa'da yürürlüğe girmemiş değişikliklerin Tasarı'da yer almaması konusunda iradelerini açıklamışlardır. Bu çalışmanın temel amacı ise ülkemizde göz ardı edilen ve Avrupa Birliği'nde Dijital Çağ'ın en büyük uyumlaştırma projesi olarak nitelendirilen bu değişiklikleri kısaca tanıtmaktır. Bu amaçla, ilk olarak, yeni bir yönergenin yerine regülasyon adı altında bir düzenlemenin yapılıyor olmasının gerekçeleri üzerinde durulacak, ikinci olarak ise AB Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun temel yenilikleri tanıtılacaktır.

I. AB Yönergesi Yerine Bir AB Regülasyonu'un Tercih Edilmesindeki Temel Gerekçeler

95/46 sayılı Yönerge'nin 1995'ten bu yana kişisel verilerin korunmasında Avrupa sınırlarının dışında da temel ilkeler⁹ konusunda genel bir anlayışın oluşmasına katkı sağladığı yadsınamaz. 95/46 sayılı yönergenin ortaya koyduğu temel ilkeler hem Avrupa Birliği'nde hem de 95/46 sayılı Yönerge'den esinlenilerek ülkelerinde bir Veri Koruması Kanunu yürürlüğe koymuş AB üyesi olmayan devletlerde de genel kabul görmektedir¹⁰. Nitekim söz konusu genel ilkeler bakımından Regülasyon ile birlikte bir değişikliğin olmayacağı Regülasyon Taslağı'nın genel gerekçesinde açıkça ifade edilmektedir¹¹. Aynı zamanda akıllı telefon-

⁹ Kişisel verilerin niteliğine ilişkin genel ilkeler: Hukuka ve Dürüstlük Kuralına Uygun İşleme; Belirli, Açık ve Meşru Amaçlar İçin Toplanma; Toplanma ve Sonrasında İşlenme Amaçlarına Uygun, İlgili Bulunma ve Aşırı Olmama; Doğru ve Eğer Gerekli İse Güncel Olarak Tutulma; Amacın Gerektirdiğinden Daha Uzun Süre Tutulmama. Ayrıntılı bilgi için bkz: Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s. 195 – 211.

¹⁰ BBC, Which countries are better at protecting privacy?, 26.06.2013, www.bbc.com/capital/story/20130625-your-privacy-data-is-showing, Erişim Tarihi: 13.06.2015.

¹¹ Regülasyon Genel Gerekçesi m. 7, bundan sonra RGG olarak kısaltılacaktır. Bu noktada dikkat çekilmesinde fayda bulunan bir diğer husus, hâlihazırda 95/46 sayılı Yönerge açısından genel nitelikteki kişisel verilerin işlenmesinde "rızanın" alınmış olması yeterliyken ve sadece hassas verilerin işlenmesinde "açık rızanın" alınmış olması aranyorken, bu "açık rıza" koşulunun Regülasyon ile birlikte her iki veri kategorisi bakımından genel geçer hale getirilmesidir. AB Komisyonu ve

lar, sosyal medya, bulut bilişimi gibi bilgi ve iletişim teknolojilerinde 1995 yılından bu yana meydana gelen değişikliklerin ve başlı başına küreselleşmenin bazı yenilikleri zorunlu kıldığı ileri sürülmektedir¹².

Yönerge 1995 yılında AB sınırları dâhilinde veri korumasında uyumu sağlama amacıyla yürürlüğe konulmuş olmasına rağmen, arada geçen zamanda bu hedefe tam anlamıyla varılamadığı görülmektedir. Zira üye ülkelerin Yönerge'ye istinaden hazırladıkları Veri Koruması Yasalarının ve buna bağlı geliştirdikleri ulusal uygulamaların birbiriy-le örtüşmediği uygulamada gözlemlenmektedir. Hatta aynı konularda önemli yorum farklılıklarının bulunduğu ve bu sebeple yeknesak bir hukuk düzeninin oluşmadığı sonucuna varılmaktadır¹³. Bu açıdan en çarpıcı örnek Google Street View¹⁴ örneğidir. Google, Street View uygulaması nedeniyle üye ülkelerde birden fazla soruşturmaya uğramıştır. Ancak bu soruşturmaların en ilginç yanı, AB üyesi ülkelerde AB Veri Koruması mevzuatı ile uyumlu olduğu ifade edilen ulusal yasalara dayanarak birbirinden farklı sonuçlara varılmış olmasıdır¹⁵.

AB Parlamentosu bu konuda görüş birliği içeresindedir, ancak AB Konseyi daha az kesin bir ifadeyi önermektedir. Buna göre, "tereddüde yer vermeyecek (*unambiguous*) bir rıza beyanı" ifadesinin tercih edilmesi önerilmektedir. Bkz: Council of the European Union, Interinstitutional File: 2012/0011 (COD), Brussels, 19 December 2014 (OR. en), 15395/14, LIMITE, s. 78. Rıza konusunda yapılan bu son öneriye ise, hiç rızanın alınmamasına imkân sağlayabilecek bir değişiklik gözüyle bakılmaktadır. Ayrıca bkz: http://www.theregister.co.uk/2014/12/29/uk_trashes_consent_plans_in_eu_data_protection_reforms/, Erişim Tarihi: 15.06.2015.

¹² RGG m. 5 vd.

¹³ Gregor Thüsing/Johannes Kraut, The Reform of European Data Protection Law: Harmonisation at Law, in: Intereconomics, Leibniz Information Center for Economics, Forum on EU Data Protection Reform: Opportunities and Concerns, ZBW 2013, s. 271-276, s. 271/272.

¹⁴ İnternet ortamında Dünyanın bütün sokaklarını görme imkânını sağlayan Street View uygulaması ilk olarak 2007 yılında bir kamyonetin arkasına yüklenen kameralar, lazerler, GPS cihazı ve birkaç bilgisayardan oluşan bir deneme çalışmasıydı. Ancak günümüzde artık 360 derecelik panoramik görüntülerle tüm sokakların resimlerini kullanıcıya ulaştıran bir uygulamadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: <http://www.google.com.tr/intl/tr/maps/about/behind-the-scenes/streetview/> Erişim Tarihi: 13.06.2015.

¹⁵ <http://www.theguardian.com/technology/2009/apr/23/google-street-view-data-protection-cleared>; <http://www.theinquirer.net/inquirer/news/2263164/google-fined-by-german-data-protection-authority-over-streetview>, Erişim Tarihi: 13.06.2015.

Hukuk güvenliği açısından düşündürücü olan bu gibi örnekler kişisel verilerin korunmasına ilişkin Avrupa Birliği içinde yeknesaklığın yaratılması ihtiyacını yoğun olarak hissettirmektedir. Zira koruma düzeyinin ülkeden ülkeye farklılık oluşturması, veri koruması düzeyi daha düşük AB üyesi ülkeler üzerinden veri transferlerinin gerçekleştirilmeye çalışılmasına neden olmakta, bu fiili durum ise ortak pazar bakımından önemli bir sorun oluşturmaktadır.

Veri korumasında ortak bir anlayışa ve uygulamaya ulaşmak üzere AB yasama süreçleri dâhilinde AB'nin önünde iki seçenek bulunmaktadır: İlki, 95/46 sayılı Yönerge gibi yeni bir yönergenin hazırlanmasıdır; diğeri ise, tüm üye ülkelerde kendiliğinden yürürlük gücünü haiz olacak bir AB regülasyonunun hazırlanmasıdır¹⁶. AB Komisyonu bu seçeneklerden sonuncusunu tercih etmeye yatkın olduğunu 2012 yılının Ocak ayında duyurmuştur¹⁷.

İlginçtir ki, AB Genel Veri Koruması Regülasyonu ile AB içinde yasama yetkisinin kullanılması bakımından da önemli bir yenilik söz konusu olacaktır. Zira şimdiye kadar AB Komisyonu sadece sektörel konularda AB regülasyonu yolunu seçmiştir. Örneğin, AB'de Schengen vizesi uygulamalarında yeknesaklığın sağlanması amacıyla yabancılar hukuku alanında yapılan düzenlemeler¹⁸ ile tarımda AB sübvansiyon-

¹⁶ Regülasyonlar genel olarak yürürlüğe girmekle birlikte tüm üye ülkelerde yürürlük gücüne sahip olurlar. Ayrıca iç hukuka aktarılmak üzere bir onay kanununa ya da iç hukukta aynı düzenlemeleri konu alan yeni bir kanuna ihtiyaç göstermezler. Oysa yönergeler için durum farklıdır. Yönergeler üye devletleri hedef alır ve onlara belirli bir süre içinde yönergede belirtilen hususlarda ve o çerçevede iç hukukta düzenleme yapma ödevini yüklerler. İç hukukta yapılacak düzenlemenin yöntemi ise üye devletin takdirine bağlıdır (Treaty on the Functioning of the European Union Art. 288). Sonuç olarak, regülasyonların temel olarak hukukun yeknesaklaştırılmasına, yönergelerin ise hukukun uyumlaştırılmasına hizmet ettiği kabul edilmektedir. Ayrıca bkz: Françoise Gilbert, Proposed EU Data Protection Regulation: The Good, The Bad, And The Unknown, *Lournal of Internet Law*, Volume 15, Number 10, 20-34, 21/22.

¹⁷ http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm; Erişim Tarihi: 13.06.2015.

¹⁸ REGULATION (EC) No 767/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 9 July 2008 concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas (VIS Regulation). OJ L 218/60, 13.08.2008, p. 60 – 81.

larını konu alan düzenlemeler¹⁹ birer AB regülasyonuna konu olmuşlardır. Açıkçası hedeflenen AB Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun konu aldığı etki sahasına bakıldığında bu genişlikte bir başka AB regülasyonu örneğinin de bulunmadığı belirtilmektedir²⁰.

AB Komisyonu veri koruması konusundaki bu yetkisini AB mevzuatından almaktadır²¹. Söz konusu yetki dahilinde, inceleme konumuzun dışında kalmakla birlikte, AB Komisyonu ayrıca suç ve suçlulukla mücadele kapsamında bireylerin kişisel verilerin işlenmesini konu alan bir başka yönergeyi de "Veri Koruması Genel Regülasyonu" ile birlikte yürürlüğe koymayı planlamaktadır²². Bu alan şimdiye kadar sadece çerçeve niteliğindeki bir düzenlemeye konu olmuşken²³, planlanan Yönerge ile üye ülkelerdeki veri korumasına ilişkin uygulamaların bu alanda da birbiriyle uyumlu kılınması hedeflenmektedir²⁴. Anılan iki büyük girişimi ile AB Komisyonu 21. Yüzyıl için genel bir çerçeve yaratmayı hedeflemektedir²⁵.

Son olarak, önemli bir tespit olması nedeniyle, Avrupa Birliği'nin reform konusunda temel hak ve özgürlüklerin korunmasından yana tutumu ve özellikle mevzuatında kişisel verilerin korunması hakkının

¹⁹ Council Regulation (EC) No 1290/2005 of 21 June 2005 on the financing of the common agricultural policy OJ L 209, 11.8.2005, p. 1–25.

²⁰ Hans Hermann Schild/Marie-Theres Tinnefeld, *Datenschutz in der Union – Gelingen oder missglückte Gesetzesentwürfe? Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2012, Volume 36, 312 – 317, 312.*

²¹ Bkz: Treaty on the Functioning of the European Union Art. 16/II. Peter Blume, *It is Time For Tomorrow: EU data Protection Reform And The Internet*, Journal of Internet Law, February 2015, 3-13, s. 3/4.

²² Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data, Brussels, 25.1.2012 COM(2012) 10 final, 2012/0010 (COD).

²³ Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters, OJ L 350, p. 60 – 71, 30.12.2008.

²⁴ Eleştirel yönde: Cannataci, Joseph A, "Defying the logic, forgetting the facts: the new European proposal for data protection in the police sector", in *European Journal of Law and Technology*, 2013, Vol. 4, No. 2.

²⁵ (COM 2012), 9 final.

yerleştirilmesi konusundaki kararlı tutumu aslında Snowden'ın açıklamaları²⁶ sonrasında oldukça katılaştırmıştır. Bu skandal AB Veri Koruması reform sürecinin de hızlanmasında etkili olmuştur²⁷.

II. Regülasyon'un Getirdiği Yenilikler

A. Yeknesak Bir Veri Koruması Uygulaması Hedefi

95/46 sayılı Yönerge ile Veri Koruması Hukuku Genel Regülasyon Taslağı arasındaki en temel fark sonuncusunun veri korumasında hukuk güvenliğini sağlama iddiası ile çıkarılıyor olmasıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, son 20 yılda üye ülkelerdeki yorum farklılıkları nedeniyle yönerge gerçekte yeknesak bir yorum yaratmamıştır. Bu durum özellikle uluslararası ticaretin önünde önemli bir engel olmakla birlikte, bireylerin kişisel verilerinin korunması açısından da sorunludur. Avrupa Birliği içinde tüm bireylerin kişisel verilerinin aynı düzeyde korunmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle son yıllarda bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılmasının yaygınlaşması, bu çerçevede verilerin büyük ölçüde bulut bilişimi ile saklanıyor olması ve bireylerin sosyal paylaşım sitelerini yoğun olarak kullanıyor olması, kişisel verilerin işlenmesinde bireylerin korunması bakımından yeni önlemlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere kişisel verilerin korunmasında yeknesak bir hukuk düzeninin yaratılması hedefi hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından vazgeçilmezdir. Bu hedefe varmak üzere üç önemli değişiklik öngörülmektedir:

- İlki, yukarıda izah edildiği üzere, daha etkin bir uygulamayı sağlayacak bir regülasyondur: Hazırlanan regülasyon sadece

²⁶ Snowden ismi uluslararası bir telekulak skandalı ile özdeşleşmiştir. Skandala neden olan kişi Edward Snowden'dır. Kendisi farklı zamanlarda CIA ve NSA için çalışmıştır. Onun Washington Post ve The Guardian gazetelerine 2013 yılında ifşa ettiği NSA'ya ait bilgiler sayesinde ABD'nin kendi vatandaşlarını ve diğer devletlerin liderlerini veya vatandaşlarını nasıl dinlediği dünya kamuoyu tarafından öğrenilmiştir. The Guardian, <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>, Erişim Tarihi: 13.06.2015.

²⁷ Dix, Alexander, The Commission's Data Protection Reform After Snowden's Summer, in: Intereconomics, Leibniz Information Center for Economics, Forum on EU Data Protection Reform: Opportunities and Concerns, ZBW 2013, 268 – 271.

95/46 sayılı Yönergeyi ikame etmeyecek, aynı zamanda AB üyesi ülkelerdeki ulusal veri koruması yasalarını da ikame edecektir. Bunun asli anlamı, Avrupa Birliği içinde bireylerin ve şirketlerin aynı kurallarla karşı karşıya kalacak olmasıdır. Dolayısıyla 28 üye ülkede birbirinden farklı yorumların yapılması zorlaşacaktır²⁸. Avrupa Birliği'nin bu konudaki iradesi birçok kez "tek kıta, tek kanun" (one continent, one law) olarak da ifade edilmiştir²⁹.

- İkincisi, şirketlerin sadece bir Veri Koruması Ulusal Denetim Otoritesi ile karşı karşıya kalmasıdır. Dolayısıyla faaliyetlerini sürdürdüğü diğer AB üyesi ülkelerdeki denetim otoriteleri ile ayrıca karşı karşıya kalması söz konusu olmayacaktır. Bu konudaki irade de "One-Stop Shop" ilkesi olarak ifade edilmektedir: Her şirket yalnızca bir ulusal veri koruması denetim otoritesini muhatap alacaktır. Bunun yanı sıra, bireyler de kişisel verilerinin korunması konusundaki taleplerini Avrupa Birliği içindeki denetim otoritelerinden birine yöneltebileceklerdir. Avrupa Birliği sınırları içinde bireyler açısından da tek bir muhatap söz konusu olacaktır³⁰.

Üçüncü olarak, ulusal veri koruması denetim otoritelerinin başkanlarının ve AB Veri Koruması Denetçisi'nden oluşturulacak "Avrupa Birliği Veri Koruması Kurulu"³¹ (European

²⁸ Ancak yine de AB Regülasyonu'nda saklı tutulan bazı konularda üye ülkeler Regülasyon'dan ayrılan düzenlemeleri belirli sınırlar dahilinde öngörebileceklerdir. Örneğin Regülasyon madde 21 de düzenlenen istisnai hallerde üye devletler bu yönde hareket edebileceklerdir. İlginçtir ki, halihazırda yürürlükte bulunan 95/46 sayılı yönergenin 13. maddesinde öngörülen istisnalar ile bu istisnai haller benzeşmektedir. Korkulan odur ki Veri Koruması Hukukunda kişisel verilerin niteliğine ilişkin temel ilkeler bakımından dahi üye devletler sınırlayıcı düzenleme yapma yetkisine sahip olacaklardır. Eleştiri için bkz: Gilbert, s.32-34.

²⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5176_en.htm; Erişim tarihi: 13.06.2015.

³⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5176_en.htm; Erişim tarihi: 13.06.2015.

³¹ Anılan Kurul halihazırda mevcut Art. 29. Çalışma Grubu'nun yerine geçecektir. Art. 29 Çalışma Grubu 95/46 sayılı yönerge ile oluşturulan bir danışma kuruldur. Yapısı ve işleyişi için bkz: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm Erişim Tarihi: 13.06.2015. Kararları AB Komisyonu için tavsiye niteliğindedir ve bağlayıcı değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Nilgün Başalp,

Data Protection Board) ile yeknesak bir hukuk uygulamasının yaratılmasıdır.

Anılan kurula AB Komisyonu'nun da üye olması planlanmakla birlikte, Komisyon'un Kurulun faaliyetlerine katılma ve temsil edilme yetkisi olacaktır. Regülasyon madde 65 ve 66 söz konusu Kurul'un bağımsızlığını düzenlemekte ve Kurul'un görev ve sorumluluklarına işaret etmektedir. Madde 68 ise karar alma sürecini ve usule ilişkin kural koyma yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Göze çarpan temel değişikliklerden bir tanesi de, Kurul'un birden fazla AB üyesi ülkede veri ihlali oluşturabilecek hallerde yetkili kabul edilmesidir.

Geçmişte Facebook, Google gibi şirketlerin sınır aşan veri ihlallerinde üye ülkelerdeki ulusal denetim otoriteleri birbirinden farklı kararlar vermiştir. Benzer uyumsuzlukları gelecekte önleyebilmek için yeknesaklık mekanizması (consistency mechanism³²) olarak adlandırılan yeni bir süreç Veri Koruması Genel Regülasyonu'nunda öngörülmektedir (Regülasyon m. 57 vd.).

Yeknesaklık mekanizması aşağıdaki gibi işleyecektir: Öncelikle kişisel verilerin hukuka aykırı işlendiği düşünülen olayların AB çapında etkili olup olmadığına bakılacaktır. Eğer sadece bir üye devleti ilgilendiren bir ihlal söz konusu ise, bu halde Ulusal Veri Koruması Otoriteleri'nin bağımsızlığı gereği söz konusu Ulusal Veri Koruması Denetim Otoritesi tek başına yetkili olacaktır. Ancak eğer ihlal oluşturan olay birden fazla AB üyesi ülkede etkili ise, bu halde konuyla ilgili olarak Ulusal Veri Koruması Denetim Otoriteleri AB Veri Koruması Denetim Kurulu'nun açıklayacağı görüşü beklemekle yükümlü olacaklardır. Açıklanan görüşü eğer Ulusal Veri Koruması Denetim Otoritesi dikkate almayacak olursa, ya da burada aktarılan usule hiç uyulmayacak olursa, artık AB Komisyonu ihlal oluşturduğu iddia edilen konuyla ilgili olarak görüşünü açıklayacaktır. Ulusal Veri Koruması Denetim Otoritesi AB Komisyonu'nun bu görüşünü bir tedbire karar vermeden önce dikkate almakla yükümlü olacaktır. AB Komisyonu'nun bu müdahalesinin bağlayıcı olmadığı özellikle vurgulanmaktadır.

Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, s. 81 vd. Şimdiye kadar yayınlamış olduğu çalışma belgeleri için bkz: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/index_en.htm Erişim Tarihi: 13.06.2015.

³² http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/130206_en.htm, Erişim Tarihi: 13.06.2015.

Ulusal Veri Koruması Denetim Otoritesi'nin somut tedbirinin, AB Regülasyonu'nun bir gereği olduğu konusunda AB Veri Koruması Denetim Kurulu'nun veya AB Komisyonu'nun ciddi şüpheleri bulunmaktaysa, AB Komisyonu, Ulusal Veri Koruması Denetim Otoritesi'nden söz konusu yaptırımın uygulanmasının 12 aya kadar ertelenmesini talep edebilecektir. Dikkat edilmelidir ki, bu müdahale ancak ve ancak aşağıdaki iki halde söz konusu olabilecektir:

- a) Ulusal Veri Koruması Denetim Otoriteleri ile AB Veri Koruması Denetim Kurulu arasındaki görüş ayrılıklarını uzlaştırmak amacıyla
- b) İç Pazar'ın gereği gibi işleyişi için bir tedbir alınması gerekiyorsa

AB Komisyonu anılan müdahalede bulunabilecektir.

B. Merkezi AB Dışında Olan Şirketlerin Tabi Olacağı Kurallar

AB içinde faaliyet gösteren tüm şirketler AB regülasyonunun ortaya koyduğu kriterleri sağlamakla yükümlü hale gelmesi hedeflenmektedir. Dolayısıyla şirket merkezinin AB içinde ya da dışında olması herhangi bir fark yaratmayacaktır³³. Asli olarak şirketin "AB içinde faaliyet gösterip göstermemesi" ölçütü temel ölçüt olarak benimsenmektedir.

"European rules on European soil" olarak ifade edilen bu ilkesel tutum nedeniyle merkezi AB'de bulunan şirketlerle merkezi AB dışında bulunan şirketlerin aynı kefeye konulması önemli sonuçları beraberinde getirmektedir. Zira artık AB veri koruması ile uyumlu iş süreçlerinin benimsenmesi kaçınılmaz olarak hem AB'li hem de AB'li olmayan şirketler açısından önemli olacaktır.

Bu konudaki yeknesaklığı garanti altına alabilmek için ise veri koruması otoriteleri bir şirketin yıllık küresel gelirinin yüzde ikisi oranında idari para cezası yaptırımını uygulama olanağına sahip kılınmaktadır³⁴. AB Parlamentosu hatta bu oranın yüzde beş olarak ya da 100 Milyon Euro olarak benimsenmesini tavsiye etmektedir³⁵. AB Konseyi ise, 15 Haziran 2015'de açıkladığı üzere, 1 Milyon Euro'ya varabilecek

³³ Dix, s. 268 – 271.

³⁴ AB Komisyonu, Regülasyon Taslağı, m. 79 f. 6.

³⁵ AB Parlamentosu, Regülasyon Taslağı, m. 79 f. 2 b. 2a alt bent c.

ya da şirketin yıllık küresel gelirinin yüzde ikisine ulaşabilecek bir oranı içeren bir düzenleme benimsemiştir³⁶. AB içinde bu konuda bir nihai uzlaşmaya trilogue müzakerelerinin tamamlanması ile varılabilecektir³⁷.

C. Bürokrasinin Azaltılması

1. Ön Bildirim Yükümlülüğünün Kaldırılması

Bürokrasinin azaltılması hedefine ulaşmak için 95/46 sayılı Yönerge'de yer alan ön bildirim yükümlülüğünün ve özellikle standart veri koruması şartlarına ya da bağlayıcı şirket içi kurallara (binding corporate rules) tabi bulunan uluslararası transferlerde izin alınması yükümlülüğünün bertaraf edilmesi önemli bir değişiklik oluşturmaktadır. Söz konusu değişikliklerin yaratacağı ekonomik etkinin yadsınamaz boyutlarda olacağı ifade edilmektedir. Zira her yıl 2.3 milyar Euro'nun bu sayede tasarruf edilebileceği açıkça ifade edilmektedir³⁸.

2. Standart Veri Koruması Sözleşme Hükümleri'nin Yaygınlaştırılması

95/46 sayılı Yönerge m. 26/f. 4 çerçevesinde AB Komisyonu'na verilen Standart Veri Koruması Sözleşme Hükümleri³⁹ öngörme yetkisi⁴⁰ korunmakla birlikte, Regülasyon m. 42 ile ayrıca ulusal veri koruması otoritelerine de bu yetki bahşedilmektedir. Ancak bu yetki dahi-

³⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5176_en.htm; Erişim Tarihi: 23.06.2015.

³⁷ Blume, s. 11.

³⁸ EU DP Reform Factsheet: "How will the EU's data protection reform benefit European businesses?" http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/7_en.pdf, Erişim tarihi: 15.06.2015

³⁹ Her ne kadar standart veri koruması sözleşme hükümlerinin şirketlerce benimsenmesi serbestiye tabi olsa da, benimsenmeleri halinde şirketlere AB veri koruması kriterlerini yerine getirme olanağı vermekte ve bu sayede, koruma düzeyi yeterli olmayan ülkelere kişisel veri transferini olanaklı kılmaktadır. Ayrıca bkz: Başalp, s. 75.

⁴⁰ AB Komisyonu 2001 yılında kabul ettiği dış kaynak hizmet alımı amacıyla AB üyesi olmayan ülkelere kişisel veri transferleri için standart sözleşme kurallarını 2010 yılında revize etmiştir. Bkz: 2010/87, Beschluss der Kommission vom 5. Februar 2010 über Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten an Auftragsverarbeiter in Drittländern nach der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Bekannt gegeben unter Akten-

linde kabul edilen Standart Veri Koruması Sözleşme Hükümlerinin AB sınırları içinde tümüyle etkili olabilmesi için söz konusu Standart Veri Koruması Sözleşme Hükümleri'nin genel geçerliliği AB Komisyonu tarafından ayrıca deklare edilmelidir⁴¹.

Yeterli veri koruması düzeyine⁴² sahip olmayan ve AB üyesi olmayan ülkelere Standart Veri Koruması Sözleşme Hükümleri temelinde yapılan veri transferlerinin başkaca bir izne ihtiyaç göstermeyeceği açıkça Regülasyon madde 42 de düzenlenmektedir. AB üyesi ülkeler, söz konusu Standart Veri Koruması Sözleşme Hükümleri'ni benimseyen şirket ve organizasyonların "yeterli koruma düzeyine" sahip olduğunu tanımak zorundadırlar.

Standart Veri Koruması Sözleşme Hükümleri dışında başkaca sözleşmeler ile veri aktarımının yapılmak istenmesi halinde kaçınılmaz olarak ulusal veri koruması otoritelerinden izin alınması gerekir.

zeichen K(2010) 593) (Text von Bedeutung für den EWR), OJ L 39, 12.2.2010, p. 5–18.

⁴¹ Gilbert, s.25.

⁴² 95/46 sayılı Yönergede kişisel verilerin AB üyesi olmayan ülkelere aktarılması özel olarak ele alınmaktadır. AB dışındaki ülkeleri üçüncü ülke olarak nitelendiren Yönergeye göre, bu ülkelere kişisel verilerin aktarılmasında yeterlilik koşulu aranmalıdır. Yönerge'nin Almanca metninde anılan yeterlilik koşulu "angemessen", Fransızca metinde "adéquate" ve İngilizce metinde "adequate" olarak ifade edilmiştir. Anılan koruma düzeyine sahip olmayan ülkelere ise kişisel veri transferi, Yönerge m. 25 uyarınca yasaktır. Ancak bu katı transfer yasağı m. 26'de genel ve spesifik istisnalarla yumuşatılmıştır. Bkz. Başalp, s.68-69; Küzeci, s.174-177. Bir ülkenin veri koruması mevzuatının uygun nitelikte olması şartı, o ülkenin mevzuatına ve iç hukukunun işleyişine göre değerlendirilmektedir. Değerlendirmede üçüncü ülkede temel hak ve hürriyetlerin korunması ile kişinin özel alanının korunmasındaki düzey Yönerge m. 25/f.2 uyarınca dikkate alınmalıdır. Bu şartlar arasında, transfer edilen verilerin niteliği (özellikle hassas olup olmamaları) ve ilgililerin kimliğinin belirlenebilirliği önem taşımaktadır. Ayrıca transferde amaç bağıllık, verilerin hangi boyutta farklı işlem çeşitlerine konu olduğu, ilgililerin bilgi edinme hakkının olup olmadığı ve uygulaması değerlendirilmektedir. Bunun dışında, kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesinde denetleyici organların varlığı ve etkinliği, verilerin hukuka aykırı işlenmesinde sorumluluk ve uygulanan yaptırımlar dikkate alınmaktadır. Yönerge'den farklı olarak Regülasyon m. 41 de sadece AB üyesi olmayan ülkelerin değil, aynı zamanda bu ülkelerde bulunan belirli bir bölge veya bir sektör için de yeterlilik kararının verilebileceği düzenlenmektedir.

3. Bağlayıcı Şirket İçi Kuralların Yaygınlaştırılması

Yeterli veri koruma düzeyine sahip olmayan ve AB üyesi olmayan ülkelere yapılan veri transferlerini hukuka uygun kılacak bir diğer alternatif, kişisel verilerin bağlayıcı şirket içi kurallar (Binding Corporate Rules) temelinde aktarılmasıdır.

Bağlayıcı şirket içi kurallar⁴³ sayesinde bir grup şirketin kendi içinde belirlemiş olduğu veri koruması ilkelerinin ulusal veri koruma otoritesi tarafından onaylandığında grup şirketi kendi alt şirketleri arasında uluslararası kişisel veri aktarımını yapabilmektedir.

Her ne kadar hukuka uygun bir temel olarak kabul edilmiş olsa da Avrupa Birliği tarafından bağlayıcı şirket içi kurallar yalnızca 17 AB üyesi ülkede bu etkiyi haiz olmaktadır. Diğer AB üyesi ülkelerde ise anılan kurallara bu etki tanınmamaktadır. Bu sebeple Regülasyon m. 43 ayrıntılı bir şekilde hukuka uygunluğu sağlayacak olan içeriği düzenlemektedir. Hiç kuşkusuz bu haliyle bürokrasinin azaltılması bakımından önemli bir adım oluşturmaktadır bu yenilik⁴⁴.

4. Küçük ve Orta Boy İşletmeleri İlgilendiren Yenilikler

Küçük ve Orta Boy İşletmeler bakımından da önemli yenilikler yapılmaktadır. Eğer veri işleme ana işgal konusu değilse, anılan işletmelerin bir veri koruması görevlisi atama yükümlülüğünün olmaması esası benimsenmektedir. Hâlihazırda AB Konseyi ile AB Parlamentosu arasında bu konuda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Yukarıda anılan trilogue dâhilinde bu pürüzün aşılacağı ifade edilmektedir.

Küçük ve orta boy işletmeler bakımından bir diğer önemli husus, Regülasyon'da veri işleyenler ile veri sorumlularının yükümlülüklerinin işletmenin büyüklüğü ve işlenen verinin niteliği ile ölçülerek belirlenmesidir. Örneğin küçük ve orta boy işletmelerin ilk, küçük ya

⁴³ Konuyla ilgili olarak bkz: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/international-transfers/binding-corporate-rules/index_en.htm Erişim Tarihi: 13.06.2015; Article 29 Working Party, Working Document: Transfers of Personal Data to Third Countries: Applying Art. 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules For International Data Transfers, WP 74, 3/06/2003; 00658/13/EN WP 204 rev.01, Explanatory Document on the Processor Binding Corporate Rules, Adopted on 19 April 2013 as last revised and adopted on 22/05/2015.

⁴⁴ Gilbert, s. 25.

da kasıtlı olmayan ihlallerde yaptırıma maruz kalmayacağı açıkça düzenlenmektedir.

D. Veri Koruması'nın Yeni İlkeleri: Tasarımla Veri Koruma ve Varsayılan Ayarlarla Veri Koruma

Regülasyon'da "Tasarımla Veri Koruma"⁴⁵ (Privacy by design⁴⁶) ve "Varsayılan Ayarlarla Veri Koruma" (Privacy by Default) gibi temel ilkelerin veri korumasının vazgeçilmez ilkeleri olarak kabul edilmesi önemli bir diğer değişiklik olarak nitelendirilmektedir. Buna göre veri işleyenler ve BT üreticileri için ürün ve hizmetlerini veri koruması yönünden en kullanıcı dostu düzeyde oluşturma yükümlülüğü getirilmektedir⁴⁷.

Regülasyon'da yer verilen bu yeni ilkelerle ne anlatılmak istendiği Art. 29 Çalışma Grubu'na göre açık olmakla⁴⁸ birlikte, bilişim sektöründe bu ilkelerin nasıl hayata geçirileceği konusunda ciddi şüpheler dile getirilmektedir⁴⁹. Özellikle web-tabanlı şirketler bakımından söz konusu ilkelerin nasıl hayata geçirileceği sorgulanmaktadır⁵⁰. Sistem gereklilikleri olarak henüz ilk adımda yazılımın hazırlanmasında veri koruması ilkelerine saygılı olunması, ürünlerin ve hizmetlerin konfigüre edilmesinde bu yeterliliğin sağlanması gereğinin hukuken basit bir şekilde formüle edilmesi mümkün olsa da, teknik olarak bunun hayata geçirilebilirliği konusunda önemli eleştiriler bulunmaktadır⁵¹.

⁴⁵ <https://www.privacybydesign.ca/content/uploads/2013/01/7foundationalprinciples-turkish.pdf> Erişim Tarihi: 13.06.2015.

⁴⁶ Ann Cavoukian, "Privacy by design: The definitive workshop. A foreword", *Identity in the Information Society*, 3 (2): 247 – 251.

⁴⁷ Bert-Jaap Koops/ Ronald Leenes, Privacy Regulation cannot Be Hardcoded. A critical Comment on the "privacy by design" provision in data-protection law, *International Review of Law, Computers & Technology*, 2014, Vol. 28, No:2, 159-171, 159.

⁴⁸ Article 29 Working Party, 01574/12/EN WP199, Opinion 08/2012 providing further input on the data protection reform discussions, 5/12/2012, s. 28.

⁴⁹ Gerrit Hornung, "A general data protection regulation for Europe? Light and Shade in the Commission's Draft of 25th January 2012.", *Script-ed* 9, No:1, 64-81, 75.

⁵⁰ Koops/Leenes, s. 162 vd.

⁵¹ Bkz: Koops/Leenes, s. 162-166.

E. Unutulma Hakkı

95/46 sayılı Yönerge'de "kişisel verilerin silinmesi, bloke edilmesi veya yok edilmesi" talebi olarak veri süjesine sağlanan müdahale imkânı, Veri Koruması Genel Regülasyon Tasarısı'nda "Unutulma Hakkı" adı altında yeni bir isme bürünmekte ve aslında bu mevcut müdahale zemini unutulma hakkı ile tamamlanmaktadır⁵². Bu haliyle de unutulma hakkı Veri Koruması Genel Regülasyon Tasarısı'nın en tartışmalı konusu haline gelmektedir⁵³.

Unutulma hakkı, veri süjesinin (kişisel verileri işlenen kişinin kendisi) kişisel verilerinin artık işlenmesini istememesi ve anılan verilerin tutulması için artık gerekli hukuka uygunluk koşullarının bulunmaması ihtimalini hedef almakta ve bu ihtimal gerçekleştiğinde söz konusu kişisel verilerin tümüyle silinmesi gerekeceğini Regülasyon düzenlemektedir. Veri sorumlusunun kendisine ulaşan bu silinme talebini ayrıca kişisel verileri paylaşmış olduğu üçüncü kişilere de iletme yükümlülüğü altında olacağı bir diğer önemli düzenlemedir. AB Komisyonu tarafından bu kapsamda öngörülen unutulma hakkının Avrupa'daki tarihsel kökenine bakıldığında İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu hakkın gelişiminde önemli katkılar sağladığı belirtilmelidir⁵⁴. Bu sebeple bu başlık altında ilk olarak, unutulma hakkının bu tarihsel kökeni aydınlatılacak ve yukarıda aktarılan ardından AB Komisyon önerisine ve AB Parlamentosu ile AB Konseyi'nin unutulma hakkı konusundaki yaklaşımına ışık tutulacaktır.

⁵² Aynı yönde: Lukas Kalabis/Annika Selzer, Das Recht auf Vergessenwerden nach der geplanten EU-Verordnung, DuD 2012, 670-675, 671; Silke Jandt/Olga Kieselmann/Arno Wacker, Recht auf Vergessen im Internet, DuD 2013, 235-241, 237.

⁵³ Teknik olarak unutulma hakkının tam anlamıyla icra edilebilir olmadığı yönünde: Kalabis/Selzer, s. 671; Jandt/Kieselmann/Wacker, s. 238. Ayrıca bkz: Sebastian Gerling/Rainer W. Gerling, Wie realistische ist ein Recht auf Vergessenwerden?, DuD 2013, 445-446.

⁵⁴ Aynı yönde: Bruno Glaus, Das Recht auf Vergessen und das Recht auf korrekte Erinnerung, Medialex 2004, s. 81-90; Franz Werro, "The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash", George Town University, The Center of Transnational Legal Studies, Colloquim Research Paper No. 2, May 2009, s. 286; Serdar Gülenek, Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı", TBB 2012, s. 219-240, s. 226.

1. İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Işığında Unutulma Hakkı

İMK m. 28 hükmünün uygulama alanı dahilinde unutulma hakkının aslında İsviçre Federal Mahkemesi tarafından geliştirildiği iddia edilebilir. Zira kişilik hakkının dışarıdan gelen saldırılara karşı korunmasında genel norm düzeyinde olan bu hükme dayanarak İsviçre Federal Mahkemesi birçok içtihadı ile unutulma hakkının gelişmesinde önemli bir görev ifa etmiştir. Anılan hüküm TMK m. 24'ü karşılamaktadır⁵⁵.

Aşağıda özetle yer verilen İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, yargılama konusu olaylarla ilgili haberlerde kişinin adının anılması kişinin tekrar topluma kazandırılması amacına hanel getireceğine ve/veya kişinin ve/veya yakınlarının şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesine yol açacağına işaret edilmektedir. Ceza yargılamalarında yargılanan kişilerin adlarının haberlerde yer alması konusunda genel bir yasağı kabul eden İsviçre Federal Mahkemesi sadece özel durumlarda belirli hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde bu yasağın kalkabileceğine işaret etmektedir. Ancak bu gibi hallerde dahi bir kez ismin anılmasının hukuka uygun olmasının, bundan sonraki haberlerde kişinin ismen anılmaya devam edilmesini gerektirmeyeceği, hayatın olağan akışına bağlı olarak geçen zaman nedeniyle bir "Unutulma Hakkının" da gözetilmesi gerektiğine kararlarında birçok kez işaret etmiştir:

➤ BGE 109 II 353

1970'li yılların sonunda bir radyo istasyonu, 1939 yılında İsviçre'nin Zug kentinde idam edilmiş bir idam mahkumu olan Paul İrniger'in yaşam öyküsünü konu edinen bir radyo piyesini yayınlacağına duyurmuştur. "Tanrıya Layık Olmayan Tanrı Hizmetkarı Ve Dehşet Saçan Serseri Paul İrniger'in Yaşamı Ve Ölümü (*Das Leben und Sterben des unwürdigen Dieners Gottes und mörderischen Vagabunden Paul İrniger*)" olarak duyurulan bu radyo piyesinin yayınlanmasından

⁵⁵ Kişilik hakkının Türk hukukunda korunması ile ilgili olarak bkz: Mustafa Dural, / Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2012, s. 136 vd; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2013, s. 182 vd; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013, s. 109 vd.

önce Paul Irniger'in oğlu mahkemeye başvurarak yayını önlemiştir. Bu başvuruda oğul Irniger kişilik hakkının söz konusu radyo piyesi ile ihlal edileceğini ve özellikle şeref ve haysiyetinin zarar göreceğini iddia etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ise kararında bir suçlunun tekrar topluma kazandırılması hedefinin kişinin toplumda unutulmasını gerektirdiğini ve bu unutulmanın hayatın olağan akışına uygun olacağını, ancak gerçekte tam bir unutulmanın aslında mümkün de olmadığını vurgulamıştır. Zira konuya özellikle ilgi duyanların söz konusu olayı hep hatırlayacağına dikkat çekmiştir. Ancak bu durumda dahi İsviçre Federal Mahkemesi henüz hafızalardan tam anlamıyla silinmemiş bir geçmişin, bir yayıncı tarafından tekrar işlenerek kişinin adının tekrar toplumun farkındalığına çağrılmasının hukuka uygun olmayacağına işaret etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi kararında özellikle yargılamanın tamamlanmasından ve güncel haber yayını için gerekli zaman dilimi geçtikten sonra, bir kimsenin bir ceza yargılaması ile bağlantılı olarak anılmasının yargılamanın aleniyeti ilkesi ile dahi açıklanamayacağını vurgulamıştır. Bu sebeple, somut kararda İsviçre Federal Mahkemesi ölenin oğlunun kişilik hakkının korunması için yayının önlenmesine karar vermiştir. Ayrıca baba-oğul arasındaki içsel bağlılığın ve ölenin oğlunun kendi itibarının korunması için bunun gerekli olacağına işaret etmiştir.

➤ BGE 111 II 209

İsviçre Federal Mahkemesi 1985 yılındaki bu kararında tarihe mal olmuş kişilerin siyasi tavır ve tutumları ile ilgili haberlerin doğru olması kaydıyla hukuka aykırı olmayacağına karar vermiştir. Bu açıdan bir "unutulma hakkının aslında olamayacağını" belirtmiştir. Haber yayma özgürlüğünün kamusal olaylarla ilgili haber yapma hakkını içerdiğini, kamusal olaylar dahilinde "*devlet hayatında öne çıkan kişilerin, eğer devletteki konumları önemli ise, kişisel ilişkilerinin dahi*" bu kapsamda değerlendirileceğine karar vermiştir⁵⁶.

➤ BGE 122 III 449

Bu kararda İsviçre Federal Mahkemesi geçmişte verilen mahkumiyet kararlarının 10 yılı aşkın bir süreden sonra haberlerde anılmasını

⁵⁶ BGE 111 II 209 ff., 214.

hukuken değerlendirmiştir. Kişinin tekrar topluma kazandırılması amacının hayatın olağan akışına uygun olarak bazı meselelerin unutulmasını gerektirdiğini, 10 yılı aşkın bir süreden sonra toplumun haber alma hürriyetinin bulunduğu gerekçesinin dinlenemeyeceğini vurgulamıştır.

Karara konu olan yazı haftalık bir ekonomi dergisinde "*Der Firmenplanierer geht um*" şeklindeki küçültücü bir başlık ile yayınlanmıştır. Bu yazı ekonomi suçlarından daha önce hüküm giymiş, ancak bu suçlara ilişkin cezalarını çekmiş ve hatta söz konusu cezaları adli sicilden dahi kaldırılmış olan, aynı zamanda "*ünlü dahi olmayan*" ve "*kamusal bir görev ifa etmemiş olan*" bir kişinin kişisel geçmişi ile birlikte güncel ticari faaliyetlerini konu almaktadır. Federal Mahkeme kişinin geçmişinin bu yazıda anılmasını kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirmiştir. Derginin kişinin güncel ticari faaliyetlerinin aktarılması yoluyla bu kişinin hizmetlerinden yararlanılmaması tavsiyesinde dahi bulunulabileceği, ancak kişinin söz konusu geçmişinin, aradan 10 yılı aşkın bir sürenin geçmiş olması nedeniyle, artık haber yapılamayacağına karar verilmiştir⁵⁷.

➤ BGE 127 I 145ff

70'li yıllarda ünlenmiş bir çete üyesinin suç geçmişi 90'lı yılların sonunda bir dergide haber konusu yapılmış, haberin yayınlanmasıyla birlikte kişi işini kaybetmiş, depresyona girmiş ve 1999 yılından itibaren işsizlik yardımı almaya başlamıştır. Federal Mahkeme bu haberin kişilik hakkı ihlali oluşturup oluşturmadığını değerlendirdiği kararında, kişinin suç geçmişinin tekrar toplumun bilgisine sunulduğu gerekçesiyle kişilik hakkının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

➤ BGE 129 III 529

Yargılama konusu olan adli olayların haber yapılması toplumun haber alma hürriyetinin bir gereği olarak görülmele birlikte, yargılanan kişilerin ismen anılması özel bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, ceza yargılamalarına ilişkin olarak yapılan haberlerde, ister ilk derece mahkeme kararları ister ikinci derece mahkeme kararları söz konusu olsun, kişilik hakkının ihlal edilmesi riskinin, özellikle kişinin özel alanına ve hatta gizli alanına müdahalede bulunulması riskinin bulunduğu düşüncesindedir. Federal Mahkeme'ye

⁵⁷ BGE 122 III 449, 457.

göre bu haberlerde kişinin isminin zikredilmesinin haber içeriği bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Hatta çoğu kez bundan imtina edildiği ve kişinin anonimleştirilerek anıldığı ifade edilmektedir. Ancak bununla birlikte ismin açıkça yazılması sadece kamuya mal olmuş kişiler bakımından menfaatler dengesinin bunu haklı kılması halinde mümkün olacağına işaret etmektedir⁵⁸.

Bu kararında da İsviçre Federal Mahkemesi henüz kesinleşmemiş bir mahkeme kararına atfen yapılan bir yayını değerlendirmiştir. Bu haberde kişinin adının zikredilmiş olmasını yukarıdaki ölçütler dahilinde değerlendiren Federal Mahkeme somut haberde adın zikredilmesinin hukuka aykırı olmayacağı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte Federal Mahkeme ayrıca bu haberde aktarılan ceza yargılamasının şüphe nedeniyle yürütüldüğü bilgisinin mutlaka aynı haberde yer alması gerektiğine işaret etmiştir.

2. AB Veri Koruması Reformu'nda Unutulma Hakkı

2010 yılında bir basın açıklamasıyla Avrupa Birliği, AB genelinde ve tüm sektörleri kapsayacak şekilde kişisel verilerin korunmasında "genel bir yasal çerçeve" (*general legal framework*) oluşturacağını duyururken özellikle unutulma hakkını ismen anarak bu hakkı tanımlamıştır⁵⁹. Bu tanıma göre unutulma hakkı, bireyin "*toplandıkları amaçlar doğrultusunda artık ihtiyaç duyulmayan kişisel verilerinin tamamen silinmesini isteme hakkıdır.*" Bu tarihten sonra AB unutulma hakkı bakımından birçok kez aynı yönde açıklamalar yapmıştır⁶⁰.

AB Komisyonu'nun Ocak 2012'de açıkladığı Veri Koruması Genel Regülasyon Taslağı'nın 17. maddesinde özetle, veri süjesinin kişisel verilerinin işlenmesini artık istememesi ve anılan verilerin tutulması için gerekli hukuka uygunluk koşullarının artık bulunmaması halinde kişisel verilerinin silinmesi gerekeceği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, kişisel verileri sorumluluğu dahilinde kamuya açıklamış olan veri

⁵⁸ BGE 129 III 529, 533. Ayrıca bkz: BGE 126 III 209, 126 III 305, 127 III 481.

⁵⁹ Bkz: EU Press Release: Data Protection Reform – Frequently Asked Questions, 4.11.2010.

⁶⁰ 2012'ye kadar AB açıklamalarını derleyen bir özet için bkz: Steven C. Bennett, The "Right to Be Forgotten": Reconciling EU and US Perspectives, 30 Berkeley J. Int'l Law. 161 (2012), s. 162 dn.8.

sorumlusuna (*data controller*⁶¹) ek bazı külfetler yüklenmektedir. Buna göre veri sorumlusuna talep konusu kişisel verilere bağlantı (*link*) veren ya da bu verileri kopyalayan üçüncü kişilere de veri süjesinden gelen bu silinme talebini iletme yükümlülüğü getirilmiştir.

Regülasyon'da düzenlenen istisnai durumlarda unutulma hakkının icra edilmesinden imtina edilebileceği düzenlenmektedir. İfade özgürlüğünün korunması ya da kamusal sağlığı ilgilendiren konularda kamu yararının olması koşuluyla unutulma hakkının icra edilmesinden veri sorumlusu imtina edebilir. Ayrıca tarihsel, istatistiksel ve bilimsel amaçların gerekli kıldığı durumlarda da bu yükümlülüğün icra edilmesinden imtina edebilecektir. Avrupa Birliği'nin veya üye devletlerinin mevzuatının gerekli kıldığı durumlarda ise, madde 17/III d bendinde öngörülen sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla, veri sorumlusu söz konusu kişisel verileri saklama/tutma imkanına sahip kılınmaktadır.

AB Komisyonu tarafından öngörülen bu hak AB Parlamentosu'nda görüşülürken önemli sınırlamalara maruz kalmıştır⁶². AB Parlamentosu ismen dahi "unutulma hakkını" uygun görmemiştir. Ve hakkı varolan sınırlar dahilinde tanımlamayı yeğlemiştir: "Kişisel verilerin silinmesi hakkı (*right to erasure*)".

Öne çıkan bir diğer değişiklik önerisi, kişisel verileri yayınlamış olan veri sorumlusunun silinme talebinin icra edilmesinde öne çıkmaktadır. Komisyon önerisinde unutulma hakkına konu verileri kopyalayan ya da bu verilere bağlantı veren üçüncü kişilere silinme talebinin veri sorumlusu tarafından iletilmesi düzenlenmiştir. Oysa AB parlamentosu söz konusu silinme talebine konu olan kişisel verilere bağlantı veren üçüncü kişilerden de bu bağlantıların kaldırılmasını talep etme hakkını veri süjesine vermekte, ayrıca üçüncü kişilerin bu bağlantıları

⁶¹ Kişisel verilerin işlenmesinde gözetilen gaye ve kullanılan yöntemler konusunda karar verme statüsünde olan gerçek ve tüzel kişiler veri sorumlusu olarak kabul edilmelidir. Bakınız: Yönerge m. 2/f.1.

⁶² European Parliament legislative resolution of 12 March 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

kaldırmasından ve üçüncü kişilerin söz konusu verileri silmesinden kişisel verileri yayınlamış olan veri sorumlusunu sorumlu tutmaktadır⁶³.

AB Konseyi ise unutulma hakkının ismen korunmasından yana olduğunu 15 Haziran 2015 tarihinde açıklamıştır. Dolayısıyla ismen unutulma hakkının Regülasyon'da anılması AB Konseyi'nin görüşüne uygun olacağı sonucuna varılabilir. Ancak basın açıklaması ile açıklandığı üzere, AB Komisyonu'nun önerisinden farklı olarak sınırlarının AB Konseyi tarafından daha net tayin edildiği ifade edilebilir⁶⁴.

Unutulma hakkının Regülasyon'da alacağı görünümü trilogue müzakereleri ile birlikte netleşecektir. Halihazırda yukarıda belirtilen üç farklı görünüm biçimi müzakere sürecinde bulunmaktadır.

3. Özel Olarak: Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı Çerçevesinde Unutulma Hakkı

Unutulma hakkı tartışılırken 2014 yılında hakkın icrası bakımından birçok tartışmaya sebebiyet vermiş yeni bir Avrupa Adalet Divanı kararının kısaca değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır⁶⁵.

İspanya vatandaşı Mario Costeja Gonzales, evinin 1998'de cebrî icra yoluyla açık artırmaya çıkarıldığına dair bir gazete ilanının kişilik hakkını ihlal ettiği düşüncesiyle 2010 yılında İspanyol Ulusal Veri Koruması Otoritesi'ne başvurarak hem ilanı yayınlayan La Vanguardia isimli günlük gazeteyi hem de Gonzales'in isminin aranması sonucunda arama sonuçlarında bu ilana yer veren Google Spain şirketi ile birlikte Google Inc. şirketini şikayet etmiştir. La Vanguardia Gazetesi ile ilgili şikayeti reddeden Ulusal Veri Koruması Otoritesi bu kararında İspanyol mevzuatı çerçevesinde ilanın verilmesinin zorunlu olduğundan ve

⁶³ Karş: Gregory Voss, The Right to be Forgotten in the European Union: Enforcement in the Court of Justice and Amendment to the Proposed General Data Protection Regulation, Journal of Internet Law, July 2014, 3-7, s. 6.

⁶⁴ European Commission - Press release, Commission proposal on new data protection rules to boost EU Digital Single Market supported by Justice Ministers, Luxembourg, 15 June 2015 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5176_en.htm; Erişim Tarihi: 24.06.2015.

⁶⁵ Kararın tam metni için bkz: ECJ, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 May 2014, Case: C-131/12; DuD Recht, EuGH: Recht auf Vergessenwerden, DuD 2014, s. 559-566.

olabildiğince çok kişinin bilgisine sunulmasında menfaat bulunduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak Ulusal Veri Koruması Otoritesi Google hakkındaki şikayeti Google'in bir veri sorumlusu⁶⁶ olduğu gerekçesiyle kabul etmiştir ve Google'dan söz konusu içeriğe ilişkin linkleri kaldırmasını talep etmiştir. Google bu karara karşı "Audiencia Nacional de Espana" isimli İspanyol İstinaf Mahkemesi'nde dava açmıştır. Yüksek Mahkeme bu davanın görülebilmesi için 95/46 sayılı Yönerge'nin yorumlanması bakımından ve Google'in olası sorumluluğunun tayin edilmesi bakımından aşağıdaki temel husular konusunda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın görüşünü sormuştur⁶⁷:

- 95/46 sayılı Yönerge'nin yer itibariyle uygulanması bakımından arama motorlarının bu kapsamda olup olmadığı ve özellikle şirket genel merkezinin AB dışında olmasına rağmen Avrupa Birliği içinde operasyonel alt şirketlerinin bulunması halinde Yönerge'nin uygulama alanı dahilinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği
- 95/46 sayılı Yönerge'de bir arama motorunun düzenleme konusu olup olmadığı ve bir veri sorumlusu olarak kategorize edilip edilemeyeceği
- 95/46 sayılı Yönerge'de kişisel verilerin işlenmesine ilişkin öngörülen kuralların bir unutulma hakkı içerip içermediği, içeriyorsa da arama sonuçlarında yer alan bir linkin kaldırılmasını gerektirip gerektirmediği

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararında Google'in 95/46 sayılı Yönerge uyarınca bir Veri Sorumlusu olarak kabul edilmesi gerektiği-

⁶⁶ Bkz. Yukarıda dn. 61.

⁶⁷ Karar ile ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz: David Lindsay, "The Right to be Forgotten" by Search Engines under Data Privacy Law: A Legal Analysis of the Costeja Ruling, *Journal of Media Law, JML* 2014, Vol 6(2), 159-179. Ayrıca bkz: Lee ByGrave, *Law and Technology, A Right to Be Forgotten?*, *Communications of the ACM* 2015, Vol. 58, No.1, 35-37; Gregory Voss, *The Right to be Forgotten in the European Union: Enforcement in the Court of Justice and Amendment to the Proposed General Data Protection Regulation*, *Journal of Internet Law*, July 2014, 3-7; Christopher Rees/Debbie Heywood, *The right to be forgotten or the principle that has been remembered?*, *Computer Law & Security Review* 30 (2014), 574-578.

ni belirterek unutulma hakkının yorumlanmasında önemli bir içtihadı imza atmıştır. Buna göre, 95/46 sayılı yönergenin her ne kadar açıkça ismini anmasa da bir "unutulma hakkını" öngördüğü sonucuna varmıştır⁶⁸.

Yüksek Mahkeme, bireylerin arama motorlarında kendileri ile ilgili yer alan bazı linklerin belirli şartlar altında kaldırılmasını talep edebileceğine işaret ederken, unutulma hakkının mutlak olmadığını vurgulamıştır. Unutulma hakkına özellikle diğer temel haklar (örneğin ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü) karşısında oluşacak menfaatler dengesi temelinde bir değerlendirme yoluyla yer verilebileceğine özellikle işaret etmiştir.

SONUÇ

Dijital Çağ'ın en kapsamlı hukuk uyumlaştırma projelerinden biri olarak nitelendirilen, Avrupa Birliği tarafından hazırlanmakta olan ve Avrupa Birliği Veri Koruması Hukuku'nu yeniden düzenleyen "AB Veri Koruması Genel Regülasyonu" taslağı Avrupa'da önemli tartışmalara neden olmaktadır. AB Komisyonu ayrıca suç ve suçlulukla mücadele kapsamında bireylerin kişisel verilerin işlenmesini konu alan bir başka yönergeyi de "Veri Koruması Genel Regülasyonu" ile birlikte yürürlüğe koymayı planlamaktadır. Bu alan da şimdiye kadar sadece çerçeve niteliğindeki bir düzenlemeye konu olmuşken, planlanan Yönerge ile üye ülkelerdeki veri korumasına ilişkin uygulamaların bu alanda da birbiriyle uyumlu kılınması hedeflenmektedir. Anılan iki büyük girişimi ile AB Komisyonu 21. Yüzyıl için Veri Koruması'nda genel bir çerçeve yaratmayı hedeflemektedir. Bu amaçla birçok değişiklik planlanmaktadır.

Ülkemizde ise son on bir yıldır Veri Koruması Hukuku alanında devam eden yasa yapım çalışmaları, Avrupa Birliği'nin 1995 tarihli ve 46 sayılı Veri Koruması Yönergesi'nin büyük ölçüde izlerini taşımaktadır. En son 2014 yılının sonunda "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı", TBMM'ye ulaşmış olmasına rağmen AB reformunda yer alan değişiklikleri bünyesinde barındırmamaktadır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Taslağı'nı hazırlayan Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, tasarı olarak çalışmayı sahiplenen Başbakanlık ve

⁶⁸ Lindsay, s. 168-171.

ardından Bakanlar Kurulu bu konudaki iradeyi henüz Avrupa'da yasa-
laşmamış değişikliklerin Tasarı'da yer almaması yönünde gerekçelen-
dirmektedir.

Ülkemizde göz ardı edilen bu değişiklikler arasında göze çarpan
birkaç değişikliğe bu çalışmada ışık tutulmaya çalışılmıştır. Bu çerçe-
vede öncelikle Avrupa Birliği'nin yeni bir yönerge yerine neden bir
regülasyon tercih ettiğinin sebepleri üzerinde durulmuştur. Bundan
sonra ise, kişisel verilerinin işlenmesinin hukuka uygunluğunu ilgilendiren
değişiklikler üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda Avrupa Birliği
içinde yeknesak bir uygulamayı doğurması amacıyla hedeflenen Av-
rupa Birliği'nde sınır aşan surette kişisel veri işleyen şirketlerin 28
ayrı AB üyesi ülkedeki ulusal veri koruması otoritesi yerine sadece
bir ulusal veri koruma otoritesi ile muhatap olması, Art. 29 Çalışma
Grubu'nun yerine geçecek ve önemli yetkilerle donatılan AB Veri Ko-
ruma Kurulu'nun görev ve yetkileri, ön bildirim yükümlülüğünün kal-
dırılması, model contract clauses olarak bilinen standart veri koruması
sözleşme hükümleri, "binding corporate rules" olarak bilinen şirketiçi
bağlayıcı kurallar, açık rıza koşulunun hem genel nitelikteki hem de
özel nitelikteki (hassas) kişisel verilerin işlenmesinde aranacak olması,
Privacy by Design denilerek Tasarımda Veri Koruma İlkesi'nin kabul
edilmesi, Privacy by Default denilerek Varsayılan Ayarlarla Veri Koru-
ması İlkesi'nin kabul edilmesi ve son olarak unutulma hakkı öne çıkan
değişikliklerdir.

Bu anılan değişiklikler arasında unutulma hakkına, özellikle do-
ğurduğu tartışmalar itibariyle ayrı bir önem atfedilmektedir. AB Komis-
yonu tarafından Regülasyon'da öngörülen unutulma hakkının Avru-
pa'daki tarihsel kökenine bakıldığında İsviçre Federal Mahkemesi'nin
bu hakkın doğumunda önemli katkılar sağladığı yadsınamaz. Bu sebeple
bu çalışmanın son kısmında İsviçre Federal Mahkemesi'nin unutulma
hakkını geliştirdiği bu kararları aktarılmıştır. Ardından AB Komisyon
önerisine ve AB Parlamentosu ile AB Konseyi'nin unutulma hakkı
konusundaki yaklaşımına ışık tutulmuştur. Son olarak, Avrupa Birliği
Adalet Divanı bu hakkın icra edilebilirliğinin hukuki temellerini orta-
ya koyduğu kararı bu çalışmanın sınırlarını aşmayacak ölçüde irdelen-
miştir.

KAYNAKÇA

- ALBRECHT, Jan Philipp**, EU-Datenschutzgrundverordnung: Stand der Dinge – 10 wichtige Punkte, 11.06.2015, bkz: <http://www.jan-albrecht.eu/>.
- BAŞALP, Nilgün**, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004.
- BLUME, Peter**, It is Time For Tomorrow: EU data Protection Reform And The Internet, *Journal of Internet Law*, February 2015, 3-13.
- BYGRAVE, Lee**, Law and Technology, A Right to Be Forgotten?, *Communications of the ACM* 2015, Vol. 58, No.1, 35-37.
- CANNATACI, J.A.**, "Defying the logic, forgetting the facts: the new European proposal for data protection in the police sector", in *European Journal of Law and Technology*, 2013, Vol. 4 (2).
- CAVOUKIAN, Ann**, "Privacy by design: The definitive workshop. A foreword", *Identity in the Information Society*, 3 (2): 247 – 251.
- DIX, Alexander**, The Commission's Data Protection Reform After Snowden's Summer, in: *Intereconomics*, Leibniz Information Center for Economics, Forum on EU Data Protection Reform: Opportunities and Concerns, ZBW 2013, 268 – 271.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan**, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2012
- GERLING, Sebastian/GERLING, Rainer W.**, Wie realistische ist ein Recht auf Vergessenwerden?, *DuD* 2013, 445-446.
- GILBERT, Françoise**, Proposed EU Data Protection Regulation: The Good, The Bad, And The Unknown, *Lournal of Internet Law*, Volume 15, Number 10, 20-34.
- GLAUS, Bruno**, Das Recht auf Vergessen und das Recht auf korrekte Erinnerung, *Medialex* 2004, s. 81-90.
- GÜLENEK, Serdar**, Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı", *TBB* 2012, s. 219-240.

- HELVACI, Serap**, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013.
- HORNUNG, Gerrit**, "A general data protection regulation for Europe? Light and Shade in the Commission's Draft of 25th January 2012.", Script-ed 9, No:1, 64-81.
- JANDT, Silke/ KIESELMANN, Olga/WACKER, Arno**, Recht auf Vergessen im Internet, DuD 2013, 235-241.
- KALABIS, Lukas/SELZER, Annika**, Das Recht auf Vergessenwerden nach der geplanten EU-Verordnung, DuD 2012, 670-675.
- KOOPS, Bert-Jaap/LEENES, Ronal**, Privacy Regulation cannot Be Hardcoded. A critical Comment on the "privacy by design" provision in data-protection law, International Review of Law, Computers & Technology, 2014, Vol. 28, No:2, 159-171.
- KÜZECİ, Elif**, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010.
- LINDSAY, David**, "The Right to be Forgotten" by Search Engines under Data Privacy Law: A Legal Analysis of the Costeja Ruling, Journal of Media Law, JML 2014, Vol 6(2), 159-179.
- OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2013.
- REDİNG, Viviane**, Tomorrow's Privacy, The Upcoming data protection reform for the European Union, International Data Privacy Law, 2011, Vol. 1, No. 1, s. 3 – 5.
- REES, Christopher/ HEYWOOD, Debbie**, The right to be forgotten or the principle that has been remembered?, Computer Law & Security Review 30 (2014), 574-578.
- SCHILD, Hans Hermann /TİNNEFELD, Marie-Theres**, Datenschutz in der Union – Gelungene oder missglückte Gesetzesentwürfe? Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2012, Volume 36, 312 – 317.
- THUSING, Gregor/KRAUT, Johannes**, The Reform of European Data Protection Law: Harmonisation at Law, in: Intereconomics, Leibniz Information Center for Economics, Forum on EU Data Protection Reform: Opportunities and Concerns, ZBW 2013, s. 271-276.

VOSS, Gregory, The Right to be Forgotten in the European Union: Enforcement in the Court of Justice and Amendment to the Proposed General Data Protection Regulation, *Journal of Internet Law*, July 2014, 3-7.

WERRO, Franz, "The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash", George Town University, The Center of Transnational Legal Studies, Colloquium Research Paper No. 2, May 2009.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları



Yrd. Doç. Dr. Özlem KARAMAN COŞGUN*

ÖZET

6102 sayılı eski TTK (eTTK) gibi TTK da ticari işletmeyi temel kavram olarak kabul etmiştir. Bir çok kavram ticari işletmeyi esas olarak tanımlanmıştır. Ancak, eTTK'da bulunmayan şirketler topluluğu kurumu TTK'da düzenlenmiş ve teşebbüs kavramına yer verilmiştir. Bu çerçevede hakim teşebbüsün de tacir olduğu kabul edilmiştir. Böylelikle eskiye kıyasla önemli bir fark ortaya çıkmıştır. Teşebbüs kavramının kapsamı geniştir. Tüzel kişiliği bulunmayan birlikler de teşebbüs olabilir. Bu sayede oldukça farklı bir tacir grubu ortaya çıkmıştır. Bu konu bilhassa tacir olmanın neticeleri açısından büyük önem taşımaktadır. Makalede öncelikle teşebbüs, ticari işletme ve tacir kavramları karşılaştırılmış, akabinde kimlerin ne surette şirketler topluluğunun hakim teşebbüsü olabileceği değerlendirilmiştir. Son olarak da hakim teşebbüsün tacir sayılmasının neticeleri incelenmiştir. Tacir olmanın hüküm ve sonuçları tek tek ele alınmış ve bunların hakim teşebbüse uygulanıp uygulanamayacakları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Şirketler Topluluğu - Teşebbüs – Tacir – Tacir Olmanın Hüküm ve Sonuçları*

ABSTRACT

Just like the Turkish Commercial Code numbered 6762, the Turkish Commercial Code (TCC) has adopted commercial enterprise as the basic concept. Many concepts have been defined on the basis of commercial enterprises. However, the concept of Group Companies and Undertakings have been regulated in the TCC, which did not exist in the former TCC. Within this framework Dominant Undertaking is

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD öğretim üyesi.

considered as the merchant, by way of which a significant difference has emerged. The scope of the concept of Undertaking is broad. The associations without legal entities may be Undertakings. Thus, a quite different group of merchants have arisen. This, it is of great importance in terms of the consequences of being a merchant. In this article primarily, the concepts of Undertaking, commercial enterprises and merchant are compared. Later, who and how may be the dominant undertaking in group of companies are evaluated. Finally, the consequences of dominated enterprises being merchant are examined. The consequences of being merchant are considered one by one and it is evaluated whether it will be applicable to the dominant Undertaking.

Keywords: *Group Companies – Undertaking – Merchant - The Consequences of Being Merchant*

GİRİŞ

6762 sayılı eski Ticaret Kanunu (eTTK) gibi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’da (TTK) ticari işletme kavramını esas almaktadır¹. TTK Birinci Kitap’taki düzenlemelerine ticari işletme ile başlamakta, bir çok kavram gibi tacir kavramını da ticari işletmeye dayalı olarak tanımlanmaktadır². Ticari işletmeyi diğer işletmelerden³ ayırdeden unsurlar,

¹ TTK m. 11’in gerekçesinde de bu hususa işaret edilmektedir. bkz. *Başöz, L. / Çakmakçı, R.: Gerekçeli Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Maddeleri ile Birlikte Yeni Türk Ticaret Kanunu, 2011, s. 56, 57.* Ticari işletme kavramının TTK bakımından merkez kavram olması ile ilgili ayrıca bkz. *Kendigelen, A.(Ülgen, H./Teoman, Ö./Helvacı M./Kaya, A./Nomer Ertan, N. F.): Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 141 vd.; Karahan, S.; Ticari İşletme Hukuku, 27. Bası, Eylül 2015, s. 13.*

² TTK’nın hazırlanmasında ticari işletme kavramından hareket edildiği, aksi yönde düzenlemeler bulunmasına karşın önemli kurumların ticari işletme kavramı ile bağlantı kurularak açıklandığı hususunda bkz. *Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2015, s. 25.* Nitekim tacir kavramı, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kişi olarak tanımlanmıştır (TTK m. 12). Hüküm devamında tacir sayılan ve tacir gibi sorumlu olanları da düzenlerken ticari işletme kavramını temel almıştır.

³ Karayalçın ekonomide teşebbüsün iktisadi – hukuki, işletmenin ise teknik – iktisadi bir bütünü ifade ettiğini, bu kavramları ifade etmek için kullanılan terimlerin yeknesak olmadığını, işletme teriminin aynı zamanda teşebbüs mefhumunu da ifade etmeye başladığını, daha fazla karşılıklığa yol açmaması bakımından ticari teşebbüs yerine ticari işletme kavramını kullanacağını belirttiğinden sonra, ticari

iktisadi faaliyet, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşmaktır. Ticaret hayatının temel süjesi olan taciri belirlemede kullanılan unsurların kesinliğine büyük ihtiyaç duyulmakta ve mümkün olduğunca tereddütlerden uzak kalınması arzulanmaktadır. Ancak aynı hususu rekabet hukuku bakımından söylemek mümkün değildir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu ya da kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları, hakim teşebbüslerin hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını engellemek, rekabetin korunmasını sağlamaktır (RKHK m. 1). Bu amaç dolayısıyla ki, ticari işletme kavramı değil, teşebbüs kavramı kullanılmış, ticari işletme unsurlarına sahip olmayan süjelerin Kanun'un uygulama alanı dışında kalmasına, bu şekilde rekabetin sınırlanmasına müsaade edilmemiştir.

6102 sayılı TTK, eTTK'dan farklı olarak, şirketler topluluğunu da düzenlemiştir. Bu kuruma ilişkin yaşanan temel sorunlardan birisi - genel gerekçede işaret edildiği gibi-, topluluğun aktörlerinin sermaye şirketleri mi yoksa işletmeler mi olacaktır. Tasarıda öncelikle sermaye şirketleri ile işletme kavramı esas alınmış, işletme kavramının tercih edilmiş sebebi olarak, kapsamının geniş olması, teşebbüsü ve benzeri diğer kavramları kapsamaması gösterilmiştir. Adalet Komisyonu Kanun tasarısında değişiklik yapmış, tasarının getirdiği sistemin kapsamını dar bularak, sakıncalar doğurabileceği endişesi ile kurumun uygulama alanını genişletmek istemiştir. Bu düşünce ile şirketler topluluğunun

işletmelerin iktisadi işletmelerin bir kolu olduğunu belirtmektedir. Yazara göre iktisadi işletmenin unsurları; gelir sağlamayı (iktisadi menfaat sağlamayı) hedef tutmak, devamlılık, bağımsızlık ve aleniyettir *Karayalçın, Y.:* Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968, s. 156-160. Aslan/Şenyüz ise, işletme kavramının saptanmasında temel olan özelliğin herhangi bir iktisadi veya ticari faaliyetin sürdürülmesi olduğunu belirtmiş, işletmeyi '... üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip olan ekonomik varlıklardır.' şeklinde tanımlamıştır. *Aslan, Y. / Şenyüz, D.:* İşletme Hukuku, 4. Bası, 2012, s. 428, 429. Domaniç/Ulusoy'a göre ise iktisadi işletme, gelir elde etmek amacıyla emek ve sermayenin, bağımsız bir organizasyon oluşturacak surette birleşmesi ve faaliyete geçmesi olup, ticari işletme iktisadi işletmelerin sadece bir türüdür *Domaniç, H./Ulusoy, E.:* Ticaret Hukukunun Genel Esasları, TTK Tasarısı ve Gerekçeleri ile Birlikte, 5. Bası, İstanbul 2007, s. 139, 140. İşletmenin tanımı için ayrıca bkz. *Arkan, s. 26; Erem, T. S.,* Ticaret Hukuku Prensipleri, C.1, Ticari İşletme, 10. Bası, İstanbul 1983, s. 4, 5; *Arıcı, M. F.:* Ticari İşletmenin Aktif ve Pasif İle Devri, İstanbul 2008, s. 7 vd.

aktörlerinin sadece sermaye şirketleri değil ticaret şirketleri olabileceği kabul edilirken, bir diğer önemli değişiklik olarak da işletme kavramı yerine teşebbüs kavramı kullanılmıştır. Tasarı bu şekli ile yasalaşmıştır.

Şirketler topluluğu kurumuna ilişkin genel gerekçede, işletme esasının geniş kapsamlı olduğu, uygulama kolaylıkları sağladığı belirtilerek, Kanunun düzeninin sermaye şirketleri üzerine kurulduğu ancak sisteme işlerlik kazandırmak bakımından topluluğun hakiminin teşebbüs olabileceğinin kabulü suretiyle geniş bir istisnaya yer verildiği ifade edilmiştir⁴. Ayrıca, şirketler topluluğunun aktörlerinin işletmeler olmasının kapsamı genişletmesi sebebiyle bir çok sorun çıkarabileceği, sistemin çözüm üretmede yetersiz kalabileceğinden endişe edildiği, şirketler topluluğunu ilk defa düzenleyen bir ülkenin işletme gibi geniş, sınırları kolay belirlenemeyen bir kavramı esas almasının güçlükler doğuracağına düşünülmesi de belirtilmiştir⁵. Kurumun düzenlenmesine hakim olan bu düşünce ve duyulan endişeler yerindedir. Zira, uygulama kolaylığı sağlaması amacıyla sadece topluluğun hakimi bakımından getirilen istisna dahi, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ele alınacağı üzere, önemli problemlere yol açmakta, çözümü yoğun tartışmaların yapılmasına bağlı önemli belirsizlikler ortaya çıkarmaktadır.

⁴ Başöz/Çakmakçı, s. 214. Pulaşlı, şirketler topluluğunun hakimine ilişkin olarak getirilen istisnanın teorik olarak mümkün olmasına karşın mevcut hukuki yapı karşısında uygulanmasının mümkün olamayacağını, şirketler topluluğunun dogmatik yapısının sermaye şirketlerine dayandığını, istisnanın buna aykırılık oluşturacağını, ömrü paysahiplerinden bağımsız ve kurumsallaşmaya müsait olan sermaye şirketlerinin bağımlı şirket statüsü ile gerçek bir kişinin hakimiyeti altında olmasının kanunun mantığına ve ekonomik gerçeklere ters düştüğünü, tepedeki gerçek kişinin veya bir şahıs şirketindeki ortağın ölümünün mirasçılar arasında veya şirkete yeni girecek olan ortak ile diğer ortaklar arasındaki ihtilafların topluluğa dahil tüm bağıli şirketlerin yönetimini olumsuz etkileyeceğini, kurumsallaşmaya engel olacağını belirtmiştir. Bkz. Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2014, s. 305.

⁵ Tekinalp, teşebbüsün topluluk içinde sadece hakim konumda değil, bağıli konumda da olabileceğini, tepede bir teşebbüsün bulunduğu ve ona doğrudan veya dolaylı olarak bağıli en az üç ticaret ortaklığı veya iki ticaret ortaklığı ve en az bir teşebbüsün bulunduğu hallerde topluluğun meydana geldiğini belirtmektedir. Tekinalp, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 543.

Kapsamın geniş tutulması durumunda yaşanabilecek sorunlara ilişkin endişelerin yanısıra, kapsamın daraltılması da şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerden kaçışları kolaylaştıracak, hükmün dolanılmasının kapısını aralayarak, kurumun işlerlik kazanmasına engel olacaktır. Topluluğun hakiminin teşebbüs olabileceğini hükme bağlayan TTK m. 195/5'in gerekçesinde buna dikkat çekilmiştir. Şirketler topluluğuna ilişkin özel hükümlerin uygulanmasından kaçmanın, kurtulmanın yollarını kapatmak amacıyla TTK m. 195/5 hükmünün kaleme alındığı belirtilmiştir. Bu sebeple hükümde geniş kavram ve ifadelere yer verildiği, sıfatı, türü, amacı, görevi, yetkileri, ehliyet durumu ne olursa olsun gerçek ve tüzel kişiyi ya da işletmeyi niteleyip, düzenlemelerin uygulama alanının dışında kalmayı temin edecek yorumlara müsait olmadığı söylenmiştir. Hukuki şeklin bahane edilerek hükmün uygulanmasından kaçınılmasından endişe edilerek, hükmün amacı doğrultusunda işletme⁶ sözcüğünün bilinçli seçildiği, işletme kavramının teşebbüsü ve benzeri diğer kavramları kapsadığı ifade edilmiştir⁷.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Adalet Komisyonu tarafından yapılan değişiklik ile kabul edilen TTK m. 195/5 hükmüne göre, şirketler topluluğunun hakimi teşebbüs olabilecek ve bu durumdaki teşebbüs tacir sayılacaktır. Bu düzenlemenin makalenin konusu bakımından iki önemli etkisi vardır;

- teşebbüs kavramının TTK kapsamında ilk kez kullanılmış olması,
- teşebbüsün tacir olmanın hüküm ve sonuçlarına tabi tutulması.

Bu düzenleme bakımından TTK, ticari işletmenin esas alınması sisteminden ayrılmıştır. Teşebbüs kavramı RKHK'da tanımlanmış (m. 3), bu Kanun'un uygulaması bakımından önem taşımaktayken, şirketler topluluğu hükümleri ile birlikte TTK için de özel bir önem kazanmış ve yeni bir tacir türü ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede çalışma iki temel başlığa ayrılmıştır. Öncelikle teşebbüs kavramı, TTK'da temel alınan ticari işletme kavramı ve ayrıca tacir kavramı ile karşılaştırılmış, şirketler topluluğunun hakimi olabilmesi için gerekli koşullar üzerinde du-

⁶ İşletme sözcüğünün kapsamı dar bulunarak, Adalet Komisyonu tarafından teşebbüs sözcüğü ile değiştirilmiştir.

⁷ Başöz/Çakmakçı, s. 216.

rulmuştur. Daha sonra ise, tacir olmanın hüküm ve sonuçlarından her birinin teşebbüslere ne ölçüde uygulanabileceği ayrı ayrı ele alınmıştır.

I. TEŞEBBÜS KAVRAMI VE ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN HAKİMİ OLMASI

1- Ticari İşletme ve Tacir Kavramları İle Karşılaştırılması

Teşebbüs kavramı RKHK'da tanımlanmıştır. Buna göre teşebbüs; piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerdir (RKHK m. 3). Doktrinde farklı tanımlar da yapılmıştır. Aşçıoğlu'na göre teşebbüs, piyasada mal veya hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı gibi iktisadi faaliyet gösteren, bu faaliyetlerinde bağımsız karar verebilen gerçek veya tüzel kişiler olup, iktisadi faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar veremeyen gerçek veya tüzel kişiler, ekonomik kararlarını kontrolü altında verdikleri kişilerle birlikte ekonomik bir bütün oluşturacak ve tek bir teşebbüs sayılacaklardır⁸. Güven'e göre, belirli iktisadi, ticari faaliyetleri sürekli olarak yerine getiren, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişiler teşebbüstür⁹. Aslan'a göre teşebbüs, üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan, bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip ekonomik varlıklardır¹⁰. Günay'a göre, belir-

⁸ Aşçıoğlu Öz, G., Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s. 149. Ayrıca bkz. Arı, Z. : Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Sonuçları, Ankara 2004, s. 146.

⁹ Güven, P.: Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 84. Benzer bir tanım Erol tarafından da yapılmakta, ekonomik hayatın içinde yer alan her bir bağımsız birimin Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs sayılacağı belirtilmektedir. Erol, K.: Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Ankara 2000, s. 64.

¹⁰ Aslan, Y.: Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, 4. Bası, 2007, s. 47. Bir başka tanıma göre de, "...mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız bir şekilde ekonomik sürece katılan tüm birimler" teşebbüstür. Oktay Özdemir, S.: Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, 2002, s. 156. İsviçre, Alman ve AB hukuklarında teşebbüs kavramları için bkz. Özsunay, E.: Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları 5, Ankara, Şubat 2000, s. 42 vd. İsviçre hukukunda işletme

li ekonomik, ticari faaliyetleri sürekli olarak yerine getiren, bağımsız olarak karar verebilen, piyasada mal ya da hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek veya tüzel kişiler teşebbüstür¹¹. Tekinalp tarafından da geniş kapsamlı bir tanım yapılmış; teşebbüsün ilgili mal veya hizmet piyasasında, mal veya hizmet üreten, bunları pazarlayan, aracılık eden, danışmanlıkta bulunan, organizasyon yapan, bütün gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan ancak hukuken bağımsız ve ekonomik açıdan bir bütün oluşturan birimleri ifade ettiği belirtilmiştir¹².

Yapılan tanımlar ve Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde kavramın unsurları:

- Fonksiyonel unsur: iktisadi faaliyet ve
- Şekli unsur: ekonomik bütünlüktür.¹³

kavramı için ayrıca bkz. Yanlı, V.: Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 147, 148. Alman hukukunda teşebbüs kavramı için bkz. Altay, S.A.: Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, İstanbul 2009, s. 592, dn 1397. Alman yargı kararlarında işletme kavramı için bkz. Akın, İ.: Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara 2014, s. 47, dn 71.

¹¹ Güneş, C.İ.: Rekabet Kanunu Şerhi, Açıklama-Rekabet Kurulu Kararları-Yargı Kararları-İlgili Mevzuat, Ankara 2010, s. 92, 93.

¹² Tekinalp, Ü.: Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul 1999, s. 781.

¹³ Unsurlar ile ilgili olarak bkz. Rekabet Kurulu'nun 12-41/1151-369 S. 09.08.2012 T. kararı. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar4836.pdf> Spor klüplerinin, belediyelerin, siyasi partilerin teşebbüs niteliğinde olup olmadığı ile ilgili değerlendirme için bkz. Rekabet Kurulu'nun 11-54/1385-495 S. ve 27.10.2011 T. kararı. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar4676.pdf> Toprak Mahsulleri Ofisi'nin teşebbüs niteliğinde olup olmadığı ile ilgili değerlendirme için bkz. Rekabet Kurulu'nun 12-49/1435-486 S. 10.01.2012 T. kararı <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar5068.pdf> (Erişim tarihi 12.06.2014) Bu unsurlara ilave olarak, yapılan tanımlarda bazı yazarlar süreklilik unsuruna da dikkat çekmektedirler. Rekabet Kurulu kararları dikkate alınarak iki unsur burada sayılmış, iktisadi faaliyetin sürekliliği aşağıda konu daha detaylı açıklanırken ele alınmıştır.

Teşebbüs kavramının tanımında geçen ‘mal’ kavramı ticarete konu olan her türlü taşınır veya taşınmaz eşyayı ifade eder. ‘Hizmet’ ise bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni ve/veya fikri faaliyetlerdir (RKHK m. 3). Teşebbüs kavramının bu ölçüde geniş tanımlanması, rekabet hukukunun amacından kaynaklanır. Kavram iktisadi gerçeklerden hareketle tanımlanmış, hukukun diğer alanlarından ve diğer disiplinlerde yapılan tanımlardan farklı unsurlara yer verilmiştir¹⁴. Rekabet hukukunda kavramın geniş kapsamlı tanımlanmasına duyulan ihtiyaç, yukarıda da değinildiği üzere şirketler topluluğu kurumu ile ilgili olarak da ortaya çıkmakta, teşebbüs kavramına TTK’da yer verilmesinin sebebi olarak gösterilmektedir.

Teşebbüs kavramının tanımı ve unsurlarına bakıldığında, iktisadi faaliyetin temel alındığı yanılığısı oluşmakla birlikte, kavram faaliyetin yürütüldüğü merkezi değil, bu faaliyeti yürüten kişiyi açıklamaktadır.¹⁵ ¹⁶ Bu sebeple teşebbüs kavramının tacir kavramı dikkate alınarak açıklanması gerekir.

¹⁴ Aşçıoğlu Öz, s. 147.

¹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Sanlı, K. C., Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s. 29, 32. Boyacıoğlu’da ‘Konzern Kavramı’ başlıklı tezinde, Alman ve İsviçre hukuklarında kullanılan teşebbüs kavramının karşılığı olarak Türk hukukunda işletme kavramına yer verildiğini, işletme terimi ile işletmenin sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin anlatıldığını, hak öznesi olmayan işletmenin hukuki işlemlerde taraf sıfatıyla yer alamayacağını, doktrin ve uygulamada yerleşmiş olan işletme sözcüğünün, çalışmasında işletmecisi sıfatını taşıyan ve hak öznesi olabilmeye ehil kişiyi anlatmak için kullanılacağını belirtmiştir. bkz. Boyacıoğlu, C.: Konzern Kavramı, Ankara 2006, s. 123, dn 41 ve s. 125, dn 54.

¹⁶ Bankacılık uygulamasında sorumluluktan kurtulma yolları olarak müracaat edilen hususlara değinen Yalçın, hakim ortakların kendi sorumluluklarına gidilmesini sağlamak amacıyla şirketlerin ortaklık yapısını zicirleme tüzel kişiliklerden oluşturduklarını, gerçek kişilere ancak ard arda sıralanmış tüzel kişilerin aşılmasından sonra ulaşılabildiğini belirtmektedir. Yalçın, T.: Bankacılık Hukukunda Tüzel kişilik Perdesinin Aralanması, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, 2 Şubat 2008, s. 313. Yazar bu duruma işaretler, teşebbüs kavramından işletmenin değil, faaliyeti yürüten kişinin anlaşılmasının ne derece önemli olduğuna da işaret etmiş olmaktadır.

Tacir bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kişidir (TTK m. 12/1). Tacirin tanımında merkez kavram ticari işletmedir. Bu sebeple teşebbüs kavramının unsurları ticari işletmenin unsurları ile karşılaştırılacaktır. Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmelerdir (TTK m. 11/1). Unsuruları¹⁷:

- Devamlılık,
- İktisadi faaliyet (gelir sağlamayı hedef tutma),
- Bağımsızlık,
- Esnaf faaliyeti sınırlarını aşmadır.

Teşebbüs ile tacir tarafından kendi adına işletilmesi gereken ticari işletmenin unsurları karşılaştırıldığında, teşebbüsün ticari işletme kavramına oranla oldukça geniş kapsamlı olduğu ortaya çıkacaktır. Aşağıda ticari işletmenin her bir unsuru ayrı ayrı ele alınarak teşebbüs kavramının unsurları ile karşılaştırılacak, ayrıca şirketler topluluğu kurumunun özellikleri de dikkate alınarak teşebbüs kavramından bu kurum kapsamında ne anlaşılması gerektiği değerlendirilecektir.

A- Devamlılık Amacı-İktisadi Faaliyet:

Ticari işletmenin varlığı bakımından önemli olan, fiili durum yani işletmenin belirli bir süre açık kalması değil, devamlılık amacının varlığıdır. Açıldıktan kısa süre sonra herhangi bir sebeple kapanan bir işletmenin de, açılışında devamlılık amacının varlığı şartıyla, bu unsura sahip olduğu kabul edilir. Teşebbüs kavramı bakımından ise fonksiyonel unsur iktisadi faaliyetin varlığıdır. Ancak RKHK'da devamlılık

¹⁷ Aker, bu unsurların sayısını arttırarak, ticari işletmenin kurucu unsurları ifadesi altında gelir sağlama amacı, devamlılık, bağımsızlık, aleniyet, serbest meslek faaliyeti olmaması ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşması kriterlerini saymaktadır. Aleniyet unsurunun iktisadi faaliyetin kapalı ve geçişken olmayan dar bir çevrede yürütülmemesini, işletmenin dar bir çevre içinde kalmak üzere tesis edilmemiş olmasını, belirsiz bir müşteri çevresine yönelmesini, ürünlerin sunulduğu anonim kitlenin ürünlere erişiminde işletmenin yapısal özelliklerinden kaynaklanan kısıtlamalar olmamasını ifade ettiğini, serbest meslek faaliyeti olmaması unsurunun ise esnaf faaliyeti sınırlarının aşılması unsuru kadar önemli bir unsur olduğunu belirtmektedir. bkz. *Aker, H.:* Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012, s. 39, 56, 57.

amacı ya da faaliyetin belirli bir süre devam etme şartının aranıp aranmadığı belirtilmemiştir.

RKHK'nın amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu ya da kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları, hakim teşebbüslerin hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını engellemek, rekabetin korunmasını sağlamaktır (RKHK m. 1). Bu doğrultuda, devamlılık amacı taşımaksızın, bir defaya mahsus olarak yürütülen iktisadi faaliyetlerin rekabet ortamını etkilemesinden bahsedilemez. Dolayısıyla, RKHK kapsamında da teşebbüsün varlığı için, devamlılık amacıyla yola çıkılmış olması aranmalıdır¹⁸. Teşebbüs ve işletme kavramlarının içinde süreklilik unsuru gizli olarak mevcuttur¹⁹. Ayrıca ticari işletmeden farklı olarak, devamlılık amacının varlığının yanısıra rekabet ortamını etkileyecek ölçüde bir devamlılığın fiilen mevcut olması da gereklidir. Ancak iktisadi faaliyetin sürdürülmesi için gereken asgari bir süre söylenemez.

Devamlılık unsuru aynı zamanda iktisadi faaliyetin teşkilatlandırılmasını, yani belirli bir organizasyon içinde faaliyetin sürdürülmesini de gerektirir²⁰. Bu durum hem ticari işletme hem teşebbüs bakımından geçerlidir. Dolayısıyla, sürdürülen faaliyet iktisadi de olsa, devamlılık

¹⁸ Sürekliliğin teşebbüs kavramının bir unsuru olduğu, sürekli olarak iktisadi bir faaliyette bulunmanın teşebbüs için belirleyici kriter olduğu hususunda benzer yönde bkz. *Güven*, s. 84, 86; *Günay*, s. 92. AB hukukunda da teşebbüsün varlığı için süreklilik unsurunun arandığı hususunda bkz. *Sanlı*, s. 31, dn 172'de anılan Whish, Richard/Sufrin, Brenda, *Competition Law*, 3rd Edition, London 1993, s. 190, Craig, Paul/de Burca, Grainne, *EC Law, Text, Cases and Materials*, Oxford 1995, s. 889, Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EEC. Competition Law and Practise*, 5th Edition, London 1994, s. 39, Belamy, Christopher/Child, Graham, *Common Market Law of Competition*, 4th Edition, London 1993, s. 778, 779. Aksi görüşü savunan Arı'ya göre ise, her ne kadar bir işletmenin rekabeti sınırlayıcı faaliyette bulunabilmesi genellikle işletmenin bu işi sürekli olarak yapmasına bağlı olsa da, bu husus olmazsa olmaz nitelikte değildir. Kısa süreli, geçici ve düzensiz faaliyetler de rekabeti sınırlayabilir. Amacın rekabeti sınırlayıcı faaliyetleri önlemek olması sebebiyle, devamlılık unsurunun aranması bu amaca getirilen bir sınırlama olacaktır. Bkz. *Arı*, s. 148.

¹⁹ *Aslan*, s. 49.

²⁰ *Karayalçın*, s. 159; *Kendigelen (Ülgen/Teoman/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 151; *Aker, Kira*, s. 50.

amacı taşıyor, bir organizasyon içinde sürdürülüyorsa, ticari işletmenin de teşebbüsün de varlığından bahsedilemeyecektir.²¹

Şirketler topluluğu bakımından da teşebbüsün devamlılık unsuruna sahip olması gerekir. Zira bu kurumun düzenlenme sebebi, ekonomik hayat gerçeği ile hukuk kurallarının çelişmemesinin gerekliliği, bir şirketin başka bir şirketin hakimiyeti altında bulunduğu durumlarda, hakim konumdaki şirketin belirlediği politikalar kendi menfaatine uymasa dahi uygulamak zorunda kalması, talimatları yerine getirmede bağımsız olmaması, serbest iradesini kullanamayacak olmasıdır²². Hakimiyet kavramı ile şirketler topluluğu kurumunun düzenlenmesinde temel alınan kontrol sistemi dikkate alındığında, devamlılık amacı bulunmadan şirketler topluluğu ilişkisinin kurulamayacağı ortaya çıkmaktadır. Hakimiyetin tesisi için devamlılık amacının varlığı şarttır. Aksi durumun kabulü, aynı gün içinde şirket hisselerinin alımı ve satımı durumunda dahi şirketler topluluğu ilişkisinin kurulması gibi bu kurumunun amacı ile bağdaşmaz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

B- Gelir Sağlama Amacı - İktisadi Faaliyet:

Ticari işletme tanımında, gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin işletme bünyesi içinde yürütülmesi aranmıştır (TTK m. 11/1). Herhangi bir miktarda gelir değil, aşağıda açıklanacak olan, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlama amacı aranır. Bu amaç, tanımda açıkça belirtilmese de yürütülen faaliyetin iktisadi bir faaliyet olmasına da işaret etmektedir²³. Dolayısıyla bu unsur, aslında iki farklı hususun varlığını gerektirir; ticari işletme bünyesinde iktisadi bir faaliyetin yürütülmesi ve bu faaliyeti kapsamında da belirli bir sınırı aşacak düzeyde gelir sağlamanın hedef alınması. İktisadi faaliyet sonucunda

²¹ Bu durum özellikle aşağıda şirketler topluluğu ile ilgili yapılacak açıklamalar bakımından önem taşıyacaktır. Zira bir şirkete ait belirli miktar payın borsadan satın alınması ve kısa süre sonra satışı iktisadi bir faaliyet olmakla birlikte, bir devamlılığın ve organizasyonun bulunmaması sebebiyle, sadece bu faaliyet kişiye teşebbüs niteliğini kazandırmayacaktır.

²² Şirketler topluluğu genel gerekçesi için bkz. *Başöz/Çakmakçı*, s. 212-214.

²³ Gelir sağlamayı amaç edinmeyen faaliyetlerin iktisadi faaliyet olmadığı, iktisadi işletmelerin ortak özelliklerinin gelir sağlamayı hedef edinmiş olmaları hususunda bkz. *Kendiğelen (Ülgen/Teoman/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 149; *Karahan*, s. 15; *Domaniç/Ulusoy*, s. 139.

gerçekten gelir elde edilip edilmediği veya elde edilen gelirin nereye harcandığı, nasıl değerlendirildiği önemli değildir.

Ticari işletme kavramında olduğu gibi teşebbüs kavramının unsurlarından birisi de iktisadi faaliyetin varlığıdır. Bu faaliyetin gelir elde etme gayesiyle yapılmasının şart olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş her iktisadi faaliyetin bir menfaat temin etmek maksadıyla yapıldığı, gelir sağlamayı hedef tutma unsurunun eski önemini kaybettiği, önemli olanın iktisadi organizasyonun mevcudiyeti olduğu, gelir elde etmek dışında başka iktisadi menfaatlerin de söz konusu olabileceği, ortaklarına kredi kolaylığı sağlayan bir kredi kooperatifinin, maliyetine satış yapmak amacıyla kurulmuş bir tüketim kooperatifinin, halka ucuz gıda maddeleri satmak maksadıyla devlet tarafından kurulmuş gelir sağlamayı hedef tutmayan bir şirketin de iktisadi işletme olduğu yönündedir²⁴. Bir diğer görüşe göre ise, faaliyetin iktisadi olması, gelir sağlamanın hedef edinilmesini ifade etmekte, gelir sağlama hedefi bulunmamasına karşın faaliyetin sonunda gelir elde edilmiş olması da faaliyete bu niteliği kazandırmamaktadır²⁵. Ticari işletmenin kanunen aranan unsurlarından birinin gelir elde etme amacı olması karşısında, ticari işletmenin varlığı bakımından aksi yönde bir değerlendirme yapma imkanı bulunmamaktadır. Ancak teşebbüs kavramının gerek rekabet hukukunda gerek şirketler topluluğu kurumu kapsamında kullanılış amacı, mümkün olduğunca geniş yorum yapılmasını gerektirir. Bu sebeple, teşebbüs kavramı bakımından iktisadi faaliyet kıstasının, her türlü ekonomik yararı²⁶ hedef alan faaliyetler olarak kabulü amaca uygun olacaktır.

²⁴ *Karayalçın*, s. 158,159. Benzer yönde Arkan'da ekonomik yarar sağlama ifadelerine yer vererek, mensuplarının çeşitli ihtiyaçlarını ucuz şekilde karşılamak amacıyla kurulan tüketim kooperatifleri gibi müesseselerin de bir işletmesinin olduğunu belirtmiştir. *Arkan*, s. 28. Tekinalp ise, bir sermaye ortaklığına iştirak etme hukuki ehliyetine sahip her gerçek kişi, kişi birliği veya mal topluluğunun ekonomik bir amaca sahip olmasa bile şirketler topluluğu hükümleri bakımından teşebbüs olduğunu belirtmiştir. *Tekinalp*, *Ortaklıklar*, s. 545. İktisadi faaliyet için gelir sağlama amacının bulunmadığı görüşünde ayrıca bkz. *Arı*, s. 149.

²⁵ *Karahan*, s. 16; *Karahan*, S.: *Ticari İşletme Kavramı*, BATIDER, Aralık 1994, C. XVII, S. 4, s. 49,50; *Kendigelen (Ülgen/Teoman/Helvacı /Kaya/Nomer Ertan)*, s. 139; *Domanıç/Ulusoy*, s. 149.

²⁶ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda değişiklik yapan 5020 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, bankacılık sektörü bakımından ekonomik yarara işaret eden şu açıklamalara yer veril-

Gelir elde etme amacı taşımayan iktisadi faaliyetler bakımından dikkat çekilmesi gereken husus, idarenin iktisadi faaliyetlerinin tamamının teşebbüs niteliğini kazandırabilecek faaliyetler arasında değerlendirilemeyeceğidir. Ulusal kamu otoritesinin, kamu egemenlik gücünün kullanımı anlamına gelen imtiyazlar, teşebbüsün varlığı sonucuna ulaştıracak nitelikte faaliyetler değildirler²⁷. Rekabet Kurulu bir kararında²⁸, “*Yargı yerlerinin ya da idarenin düzenleyici birimlerinin, teşebbüs niteliği haiz olmadan alacağı kararlar veya yapacağı işlemler dolaşısıyla rekabet kısıtlanırsa, Kanun hükümleri uygulanamayacak ve ilgililer hakkında zorlayıcı bir işlem tesis edilemeyecektir. ...Şikayet konusu olayda; her ne kadar 4054 sayılı Kanun açısından çelişkili bir durum mevcut olsa da,*

mektedir; “Diğer yandan Ülkemizde tasarruf mevduatlarına tanınmış olan sınırsız mevduat garantisi nedeniyle, belli başlı özel sektör gruplarından bazıları tarafından kendi grup şirketlerine para aktarmak ve sınırsız ve teminatsız kredi vermek için, özel bankalar kurulduğu, bu bankaların hakim ortakları ile yöneticileri, yaptıkları gerçeğe uymayan reklamlarla mevduat sahiplerinin ilgi odağı haline geldiği ve kapı arkalarında yapılan yüksek faizlendirme anlaşmaları ile halkın paralarının, mevduat olarak toplanmasının sağlandığı, bu paraların tümü banka kaynakları olarak kendilerine, eş ve çocuklarına ve yakın akrabalarına, kendi offshore bankalarına, çoğunluğu sadece kağıt üzerine varlığı bulunan tabela şirketi veya posta kutusu adresli grup şirketlerine, kredi, her türlü taşınır ve taşınmaz mal edinmeleri için aktarıldığı, böylece bankaların kaynaklarının bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde kullanıldığının tespit olunduğu...” Bkz. *Yalçın*, s. 290.

²⁷ *Günay*, s. 93. Tan bu hususta kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanarak yaptıkları işlemlerle piyasada mal veya hizmet üretimi, dağıtımı, pazarlaması faaliyetinin ayrılması gerektiğini, bu ayrımın yargı organları ile Rekabet Kurulu’nun yetki alanlarını ayırmada da yardımcı olacağı önerisinde bulunmaktadır. *Tan, T.:* Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fansa ve İtalya Örnekleri), *Rekabet Dergisi*, C.1, S. 4, 2000, s. 44. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fRekabet%2bDergisi%2fdergi4.pdf> (Erişim tarihi 21.11.2014).

²⁸ RK 00-25/258-140 S., 04.07.2000 T. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar49.pdf> (Erişim tarihi 17.11.2014). RK’nın KİT’lerin teşebbüs niteliği ile ilgili detaylı değerlendirmesi için bkz. RK 07-56/668-231, 04.07.2007 T. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar2073.pdf> (erişim tarihi 19.11.2014)

rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuran olayın yargı kararı doğrultusunda oluşmuş olmasından dolayı, şikayetle ilgili bir işlem yapılamamaktadır.” denilmiştir. Danıştay tarafından verilen bir kararda²⁹ yapılan açıklama ise şu şekildedir; “Kamu teşebbüslerinin faaliyetlerinin rekabet kurallarına tabi olduğu genel kural olmakla birlikte, kamu teşebbüslerinin asli faaliyetlerinin yerine getirilmesinin rekabetin sınırlanmasına göre daha üstün bir menfaat doğurduğu hallerde rekabet kurallarının uygulanıp uygulanmayacağına da değerlendirilmesi gerekmektedir.

... genel kural olarak, rekabet kurallarına tabi olan kamu teşebbüslerinin üstlendikleri asli faaliyetin yerine getirilmesinin rekabetin sınırlanmasına göre daha üstün bir menfaat doğurduğu ve rekabet kurallarının uygulanması halinde üstlenilen bir asli faaliyetin sürdürülemez hale geldiği durumlarda kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarının uygulanmasından ayrık tutulabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Avrupa Toplulukları Kurucu Antlaşması'nın 86. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “genel ekonomik yarar sağlayan hizmet” kavramı “Kamu Hizmeti” kavramını yaklaşık olarak karşılayan bir kavram olup, Adalet Divanı içtihadı ve doktrine göre yürütülen bir hizmetin genel ekonomik yarar sağlayan bir hizmet niteliği taşıması için teşebbüse belirli bir görev verilmiş bulunması, bu görevin kamu otoritelerinin bir tedbirine uygun olarak, Devlet tarafından verilmiş olması, nüfusun belirli temel ihtiyaçlarını karşılayan bir yükümlülük olması, belirli bir bölgenin tamamında temel bir hizmetin sağlanması niteliğini taşıması gerekmektedir...”

Şirketler topluluğunun hakiminin iktisadi faaliyetinin ve gelir elde etme amacının bulunması gerekli midir? Bu soruna işlevsel ve kurumsal açıdan yaklaşan görüşler ileri sürülmüş, her iki görüşünde yetersiz kalması sebebiyle amaca uygun yorum yönteminin daha doğru neticeye ulaştıracığı kabul edilmiştir. Bu çerçevede şirketin dışında başka bir iktisadi amacı olan ve bu sebeple hakimiyetini şirketin aleyhine kullanabileceğinden ciddi endişe duyulan pay sahibi teşebbüs olarak değerlendirilmiştir³⁰.

²⁹ Danıştay 10. Dairesi, E.2001/4817, K. 2003/4770, 05.12.2003 T. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fSafahatlar%2fafahat418.pdf> (erişim tarihi 01.12.2014)

³⁰ İşlevsel ve kurumsal yaklaşım ile amaca uygun yorum görüşleri hususunda detaylı bilgi ve varılan netice için bkz. *Susuz, K.*; Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Teşebbüs Kavramı, ‘6102 Sayılı Yeni Türk Ti-

Doktrinde Okutan Nilsson, teşebbüs kavramının TTK kapsamında taşıması gereken anlam bakımından Rekabet Kanunu'ndan bir farklılığının bulunduğunu belirtmiştir. Yazara göre, yarışan iktisadi menfaat kıstasının TTK'nın şirketler topluluğu düzenlemeleri bakımından kabulü halinde, hakim şirket dışında herhangi bir iktisadi faaliyeti bulunmayan, hakim şirkette de hakim ortak konumunda olmayan küçük pay sahiplerinin teşebbüs sayılmaması gerekecek, bu durum TTK m. 198 ile de uyumlu olmayacaktır. TTK m. 198 teşebbüslere, artış ya da azalış neticesinde belirli oranlara ulaşan paylarını bildirme yükümlülüğü getirmektedir. Bu hüküm ile yalnız iktisadi faaliyet yürüten kişilerin bildirim yapmasının hedeflenmediği, amacın herhangi bir ayırım yapmaksızın katılım oranlarının açıklığa kavuşturulması olduğu, bu gayeyle Tasarının ilk şeklinde bildirim yükümlülüğünün sermaye şirketleri için getirildiği, bu yaklaşım karşısında teşebbüs kavramı bakımından yarışan iktisadi menfaat kıstasının uygulanamayacağı belirtilmiştir.³¹ Bu yorum çerçevesinde, TTK kapsamında teşebbüs kavramı RKHK'dan farklı olarak iktisadi faaliyet yürütmeyen kişileri de kapsayacaktır. TTK m. 198, herhangi bir pay artış ya da azalışını değil, şirketler topluluğunun oluşmasına olumlu ya da olumsuz etki edecek nitelikteki değişiklikleri açığa çıkarmayı hedeflemektedir.³² Nitekim maddede yer alan oranlar anonim şirketlerin işleyişi bakımından önem taşıyan rakamlardır. Örneğin, sermayenin %5 ve %10'u azınlık sıfatına ve azınlığa tanınan hakların kullanılmasına, %50 ve %33 TTK m. 421/1'de düzenlenen esas sözleşme değişikliklerindeki birinci ve ikinci genel kurul (GK) toplantılarında aranacak toplantı nisabına işaret etmektedir. Her ne kadar her bir oranın şirketin kontrolünü sağladığından bahsedilemese de, şirket üzerinde dolayısıyla da şirketler topluluğu

caret Kanunu'nu Beklerken' 10-11-12 Mayıs 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 18, S. 2, 2012, s. 273-274; Yanlı, Tüzel Kişilik Perdesi, s. 47 vd.

³¹ Okutan Nilsson, G.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 2009, s. 77,78.

³² TTK m. 198'in gerekçesinde, "Bildirim yükümlülükleri, katılma ilişkilerinin, özellikle karşılıklı katılmaların açıklanması, bu yolla kamunun aydınlatılması, sermaye piyasasında şeffaflığın sağlanması ve sorumluluk hükümlerinin uygulanması yönünden ağırlık kazanır. Birinci fıkra: Katılma oranları, azlık hakları, karşılıklı katılma sınırları, hakimiyet karinesi, önleyici azınlık ve 203 üncü maddedeki tam hakimiyet olgusu dikkate alınarak oluşturulmuştur." açıklaması yapılmıştır. bkz. Başöz/Çakmakçı, s. 219.

ilişkisi içinde etkisi olabilecek oranlardır. Bu sebeple, her bir pay sahibinin değil, sadece teşebbüs niteliğindeki m. 198'de düzenlenen bildirim yükümlülüğüne tabi olması gerekir³³. Zira hükümde de pay sahiplerinin değil teşebbüslerin bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Dolayısıyla herhangi bir iktisadi faaliyeti bulunmayan bir pay sahibi m. 198'deki oranlara ulaştığında ya da payları bu oranlara düşecek ölçüde azaldığında, bildirimle yükümlü değilken, söz konusu şirket dışında başka bir iktisadi faaliyeti bulunan ve teşebbüs kavramının unsurlarına sahip olan kişiler ilgili şirkette belirtilen oranlarda paya sahip olduklarında bildirim yükümlülüğü altındadırlar. Rekabet Hukukunda olduğu gibi şirketler topluluğu bakımından da, iktisadi bir faaliyetin varlığı³⁴ teşebbüs kavramının bir unsuru olarak aranmalıdır.

Hakimiyetin tesis edildiği şirket dışında bir iktisadi menfaate sahip olmak kriterinden hareket eden Susuz, şirketin hakimiyetini elinde tutan pay sahibinin diğer bir şirkette hakimiyet sağlamayan oranda bir paya sahip olması durumunda teşebbüs sayılıp sayılmayacağı sorusuna şu cevabı vermektedir; bu ihtimalde de şirkete yabancı bir menfaat bulunabilecek, şirket dışındaki iktisadi menfaatin daha büyük olup olmasına göre teşebbüsün varlığı ya da yokluğuna karar verilmesi gerekecektir. Yazar ayrıca, şirketin izlemek zorunda bırakıldığı iktisadi amacın kendisine yabancı olmaması durumunda, hakim konumdaki iradenin teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceğini de belirtmektedir³⁵. Bu çerçevede yapılacak olan değerlendirme, bizi her somut olayda farklı neticelere ulaştıracak, şirketler topluluğu kurumu ile önlenmek istenen tehlikeler ortaya çıkmadan bu kuruma ilişkin hükümlerin uygulanma imkanını ortadan kaldıracaktır. Uygulama bakımından ortaya çıkacak belirsizlik, kurumun mevzuatımızda ilk defa düzenlenmesi sebebiyle yasalasma sürecinde duyulan endişeleri de haklı çıkaracaktır. Ayrıca, Kanunumuzun şirketler topluluğunun varlığı için hakimiyetin kullanılıyor olmasını şart koşmuyor olması da, iktisadi amacın şirkete yabancı

³³ Bildirim ve tescil yükümlülüğünün ticaret ortaklıklarına değil, tüm ticaret ortaklıklarını da içeren, onları aşan geniş bir kavram olan teşebbüse yüklendiği, payı hem iktisap eden hem de elden çıkarmanın bu yükümlülüğe tabi olduğu hususunda bkz. *Tekinalp*, s. 564, 566.

³⁴ Hakim ve bağlı şirketler arasındaki menfaat ihtilafını çözümlenmenin, şirketler topluluğu kurumuna ilişkin düzenlemelerin amacını oluşturduğu, menfaat ihtilafının şirketler topluluğunun merkezinde yer aldığı hususunda bkz. *Susuz*, s. 272.

³⁵ *Susuz*, s. 274, 275.

olmasına göre teşebbüsün var olup olmadığını tespiti engeldir. Tüm bu sebeplerle kanaatimce, şirketler topluluğunda teşebbüsün varlığı için hakim gücün şirket dışında herhangi bir iktisadi faaliyetinin, kendisine ait bir iktisadi menfaatinin varlığı yeterli olmalı, bu menfaatin büyüklüğü, küçüklüğü, şirkete yabancı olup olmaması teşebbüs sayılmaya etki etmemelidir.

C- Esnaf Faaliyeti Sınırlarını Aşma – İktisadi Faaliyet:

Esnaf faaliyeti sınırlarının aşıyor olması, ticari işletmeyi esnaf işletmelerinden ayırdeder. Bu unsurun varlığı araştırılırken iki farklı kriterden yararlanılır;

- İktisadi faaliyetin sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayanıp dayanmadığı ve
- Elde edilen gelirin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak kararnamede³⁶ gösterilen sınırı aşıp aşmadığı.

Ticari işletme için aranan Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile belirlenecek taban gelir sınırı, teşebbüs kavramı açısından mevcut değildir. Kararnamede belirlenen sınırın altında gelir elde etmeyi hedefleyen ya da fiilen bu sınırın altında gelir elde eden işletmeler de teşebbüs niteliğini haizdir. Sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayanan iktisadi faaliyet kıstası da RKHK kapsamında kabul edilmemiştir. İktisadi faaliyetin varlığı durumunda, bu faaliyet bakımından önem taşıyanın sermaye mi yoksa bedeni çalışma mı olduğu, teşebbüsün varlığı açısından önemsizdir³⁷. Ancak bu durum, küçük ölçekli işletmelerin faaliyetleri-

³⁶ TTK m. 11/2'de öngörülen Bakanlar Kurulu kararı çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemeler uygulanır. 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygukama Şekli Hakkında Kanun m. 10.

³⁷ 12. HD, 22.09.1983, E. 1983/5220, K. 1983/6604 sayılı kararında, haczedilebilirlik bakımından teşebbüs kavramına yer verilmiş, meslek ile teşebbüs kavramları karşılaştırılmıştır. "Meslek ve teşebbüs birbirinden ayrıdır. Borçlunun yaptığı işte şahsi çalışma ve faaliyetinin gelir sağlayan diğer unsurlardan daha üstün ve ön planda olması halinde bu bir meslektir. Diğer bir deyimle mesleği icra eden kimsenin şahsi çalışma ve faaliyetinin yardımcı iş gücü ve sermayeden daha üstün olmasıdır. Açıklanan durumda borçlunun işi teşebbüstür. Bu itibarla bilirkişinin işin yapılması için makinaların gerekli olduğuna dair mütalaasına dayanarak haczedilemezlik şikayetinin kabulü isabetsiz, temyiz itirazları yerinde görüldüğünden..." www.kazanci.com.tr (Erişim tarihi 02.04.2014). Yargıtay'ın yaptığı bu

ne her hal ve şartta Rekabet Kurulu'nun yaptırım uygulayacağı anlamına gelmez. RKHK'nın amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanmasının önüne geçmektir. Rekabet ortamını hissedilir derecede etkileyemeyecek olan teşebbüsler arası anlaşmalar ve uyumlu eylemler, Rekabet Kurulu tarafından incelenmeyecek, yaptırıma tabi tutulmayacaktır³⁸. İktisadi faaliyeti sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayanan işletmelerin ilgili piyasadaki rekabet ortamı üzerinde hissedilir etki ortaya çıkarmaları ihtimali düşüktür. Açık bir kanuni dayanağı bulunmamakla birlikte, Türk hukukunda da uygulanabileceği kabul edilen 'de minimis' doktrini, teşebbüslerin rekabet ortamı üzerinde hissedilir derecede etki yapmayan bu tür anlaşma ve uyumlu eylemleri Rekabet Kurulu'nun inceleme alanı dışına çıkarmaktadır^{39 40}.

değerlendirme, haczedilebilir malların tespiti bakımından önem taşımaktadır. TTK kapsamında şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerde aynı kriterlerin uygulanması, benzer şekilde esnaf faaliyeti sınırlarının aşılması şartının aranması sözkonusu olmamalıdır.

³⁸ Rekabet Kurumu çıkarmış olduğu bazı Tebliğlerde teşebbüsler bakımından bir takım kriterler getirerek, Kurumun incelemek zorunda olduğu başvuruların sayısını azaltmış, belirli sınırları aşmayan anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanmasına izin vermiştir. bkz. 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ m. 7, 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m. 4.

³⁹ De minimis doktrini ve Rekabet Kurulu tarafından uygulanması ile ilgili olarak bkz. *Tomur, K.*: Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No : 55, Ankara 2004, s. 20 vd.; *Aslan*, s. 105 vd.; *Akıncı, A.*: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 193-199 ; *Sanlı*, s. 101-103; *Badur, E.* : Türk Rekabet Hukukunda Anlaşmalar (Uyumlu Eylemler ve Kararlar), Ankara 2001, s. 77-79 ; *Arı*, s. 133 vd. ; *Güven*, s. 208 vd. AB rekabet hukuku mevzuatında de minimis prensibi ile ilgili yayınlanan Komisyon Tebliği'nin Türkçe tercümesi için bkz. *Karaman Coşgun, Ö.*; Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın 81(1). Maddesine Göre Rekabeti Ölçülebilir Şekilde Kısıtlamayan Tali Önemi Haiz Anlaşmalara İlişkin Komisyon Tebliği, Doç.Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s.187-192.

⁴⁰ Teşebbüs kavramının bir unsuru olarak esnaf faaliyeti sınırlarını aşmanın aranmayacağı, büyüklük ve küçüklüğün teşebbüsün niteliğini ortaya koyan bir kriter olamayacağı, geçimini sağlamaya yetecek ölçüde sınırlı iktisadi faaliyette bulunan kişinin belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabeti sınırlamasının düşünüle-

Şirketler topluluğu kurumu açısından konu ele alındığında, esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan işletmelerin de –her ne kadar gerçekleşme ihtimali düşük de olsa- teşebbüs olarak kabulü gerekmektedir. Zira yukarıda da işaret edildiği üzere, topluluğun hakiminin teşebbüs olabileceğini kabul eden hükmün gerekçesinde, bu kuruma ilişkin düzenlemelerin dolanılmasının önüne geçmek için geniş ifadelere yer verildiği, sıfatı, türü, amacı, görevi, yetkileri, ehliyet durumu ne olursa olsun gerçek ve tüzel kişiyi ya da işletmeyi niteleyip, düzenlemelerin uygulama alanının dışında kalmayı temin edecek yorumlara olanak tanınmadığı belirtilmiştir⁴¹.

D- Bağımsızlık – Ekonomik Bütünlük:

Bağımsızlık unsuru, ticari işletmeyi işletmeye bağlı birimlerden ayırması bakımından önemlidir. İşletme, merkezi ve varsa şubelerinden oluşan bir bütündür. Şube her ne kadar merkezin yaptığı türden işleri üçüncü kişilerle yapsa da, yönetim ve organizasyon bakımından merkeze bağlıdır⁴². Teşebbüsün unsurlarından ekonomik bütünlük, şube ile merkez arasındaki bağı çağrıştırmaktadır. Bu benzerliğe karşın, ticari işletme ile teşebbüs arasındaki farklılık, önemli ölçüde bu unsurla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır.

Ticari işletme bakımından bağımsızlık, gerek iç gerek dış ilişkide bir başka işletmeye bağlı olmamayı ifade eder. Bu durum idari bağımsızlığın yanısıra hukuki bağımsızlığı da beraberinde getirir. Şube, merkez ile birlikte bir bütün olarak ticari işletmeyi oluşturur. Benzer şekilde aynı işletme içindeki birimler, departmanlar da ayrı bir işletme değildirler. Örneğin muhasebe departmanı, bir banka içindeki kredilerle ilgilenen birim, bir şirket içindeki halkla ilişkiler birimi gibi. Aynı kişiye ait olmakla birlikte, birbirinden farklı konularda, örneğin inşaat ve gıda sektörlerinde faaliyet sürdüren iki işletme, birbirinden ayrı

meyecek olmasına karşın bu durumun de minimis kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünde bkz. *Arı*, s. 147, 148.

⁴¹ *Başöz/Çakmakçı*, s. 216.

⁴² Şube kavramı ve özellikleri ile ilgili olarak bkz. *Karayalçın*, s. 185-188 ; *Karahan*, s. 23 vd. ; *Pekdiñer, T.* : Ticaret Sicili Açısından Merkez – Şube – Satış Mağazası Kavramları, Prof.Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 471 vd.

yönetime sahiplerse, diğer unsurların da varlığı şartıyla iki ayrı ticari işletme olarak kabul edilirler.⁴³

Teşebbüs kavramı bakımından ise, ekonomik açıdan bağımsızlık önem taşır⁴⁴. Ekonomik bağımsızlık, faaliyetlerinde bağımsız karar verebilmeyi gerektirir. Bağımsız karar verebilme, teşebbüsün serbestçe karar alabilmesi, aldığı kararların kendisi dışında bir başka teşebbüsün kontrolüne tabi olmaması demektir⁴⁵. İki işletme birbirlerinden ayrı yönetimlere sahip, farklı konularda faaliyet sürdürüyor, organizasyonları farklılık taşıyorsa, aynı tacir tarafından da işletilseler, iki ayrı ticari işletmenin varlığı kabul edilir. Ancak, bu tür işletmelerin aynı kişiye ait olması, ekonomik kararların aynı kişi/kişilerce alınması, aynı ekonomik politikayı takip etmeleri durumunda, ekonomik bağımsızlıkları olmadığından tek bir teşebbüs olarak kabul edilirler. Bu durum ticaret şirketleri bakımından da geçerlidir. Her bir ticaret şirketi farklı tüzel kişiliklere sahip ve her biri ayrı ayrı tacir sıfatına sahipken, ekonomik bağımsızlıklarının bulunmaması durumunda tek bir teşebbüs olarak nitelendirileceklerdir⁴⁶. Rekabet Kurulu da KİT'lerle ilgili yaptığı bir değerlendirmede, ekonomik bağımsızlık kriterinin değerlendirilmesinde

⁴³ Bağımsızlığın iki farklı yönü bulunduğunu belirten Aker, dışa dönük yönünün üçüncü kişilerin iktisadi faaliyetlerine karşı bağımsızlığı ifade ettiğini, ticari işletme vasfını kazanacak iktisadi faaliyetlerin her birinin farklı kişilerce birbirinden hukuken bağımsız olacak şekilde yürütülmesi gerektiğini, içe dönük yönün ise aynı kişi tarafından aynı maksat ve mevzuda yürütülen iktisadi faaliyetlerin birbirlerine karşı bağımsız olmalarını ifade ettiğini belirtmektedir. *Aker*, Kira, s. 52, 53.

⁴⁴ KİT'ler açısından bağımsızlık unsuru ile ilgili olarak bkz. *Güven*, s. 112 vd. Bağlı işletmelerin tek bir işletme mi yoksa ayrı ayrı işletmeler olarak mı kabul edilecekleri hususunda Amerikan Antitrust Kuralları, AT Komisyonu ve Adalet Divanı tarafından geliştirilen hukuki bağımsızlık ve ekonomik birlik kriterleri ile ekonomik birlik kriterinin hukuki bağımsızlık kriterine yapılan eleştiriler üzerine ortaya çıkması, bu hususta yaşanan süreç için bkz. *Badur*, s. 52-57.

⁴⁵ *Güven*, s. 84.

⁴⁶ Nitekim Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Klavuz'un (6) numaralı paragrafında, hukuken tek bir tüzel kişiliğe dönüşecek şekilde bir araya gelmiş olmamasına, yani hukuki yapıların korunuyor olmasına hukuki kişiliklerinin devam ediyor olmasına rağmen, daha önce bağımsız olan teşebbüslerin faaliyetlerinin bir araya getirilerek tek bir ekonomik bütünlük oluşturulduğu durumlarda RKHK m. 7 kapsamında bir birleşmenin var olacağı, böyle bir birleşmenin tespitinde ön şartın kalıcı, tek bir iktisadi yönetimin varlığı olduğu belirtilmiştir. <http://www.rekabet.gov.tr/Fi>

ilgili kuruluşun yapılan üretim veya hizmetin fiyatını kendisinin belirleme imkanının bulunup bulunmadığının ön plana çıktığını, hakkında ön araştırma yapılan TMO'nun Ana Statüsü ve KHK hükümlerine göre faaliyetlerine yönelik alım ve satım fiyatlarını belirleme serbestisi bulunmakla beraber bazı durumlarda bu serbestinin ortadan kalkma olasılığının bulunduğu, TMO'nun faaliyet alanına giren tarım ürünlerinin piyasasını düzenlemeyi ve bu piyasalardaki üreticileri oluşabilecek düşük fiyatlara, tüketicileri ise yüksek fiyatlara karşı korumayı amaçladığı, asıl olanın 4054 sayılı Kanun açısından TMO'nun teşebbüs olduğu ancak faaliyetlerine müdahale edilebilmesi olasılığından hareketle istisnai bazı durumlarda müdahalede bulunulan faaliyeti bakımından TMO'nun teşebbüs niteliğinde olmadığı belirtilmiştir⁴⁷.

Şirketler topluluğu ilişkisinde de topluluğun hakimi konumunda olabilmek için ekonomik bağımsızlığın bulunması şarttır. Ticari işletmeden farklı olarak, hukuki bağımsızlığa sahip ancak ekonomik bağımsızlığı bulunmayanlar şirketler topluluğunun hakimi olamayacaktır. Ekonomik bağımsızlığa sahip, ekonomik politikaları belirleme gücü mevcut teşebbüsler şirketler topluluğunun hakimi olabilir. Zira yukarıda da değinildiği üzere, kurumun düzenlenme amacının, şirketlerin hukuken bağımsız olmasına karşı ekonomik anlamda bağımsız olmayaabilecekleri gerçeğine hukuki düzenlemelerin ters düşmemesi olması da bizi bu sonuca götürmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, rekabet hukuku bakımından ekonomik birliğin tamamının teşebbüs olarak kabul ediliyor olmasıdır. Şirketler topluluğu bakımından ise topluluğun tamamı değil, hakim konumdaki birim teşebbüstür. Aşağıda daha detaylı incelenecek olan tacir olmanın sonuçlarının kime uygulanacağı bakımından bu farklılık özel önem taşımaktadır.

le/?path=ROOT%2fDocuments%2fKilavuz%2fkontrolkilavuz.pdf (Erişim tarihi 12.06.2014).

⁴⁷ RK 12-49/1435-486 S., 10.10.2012 T.

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar5068.pdf> (Erişim Tarihi 17.11.2014). Benzer yönde bir değerlendirme Türkiye Şeker Fabrikaları AŞ için de yapılmıştır. RK 78/603-113, 13.08.1998 T.

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar9.pdf> (erişim tarihi 17.11.2014).

2- Şirketler Topluluğunun Hakimi Olarak Teşebbüs

A- Kontrol İlkesi ve Bağlı Şirket Sayısı:

Şirketler topluluğuna ilişkin hükümler, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketini hakimiyeti altına alması esası üzerine kurulmuştur. Ancak hükmün dolanılmasını engelleme düşüncesi⁴⁸ ile, topluluğun hakiminin bir teşebbüs olması ihtimalinde de şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir⁴⁹ (TTK m. 195/5).

Hakimiyet kavramına ilişkin kanuni bir tanım yapılmamıştır. Hakimiyet, bir şirketin faaliyet ve finans politikalarını özellikle de işletmenin faaliyet konusunun elde edilmesini sağlayan üretim, satış, pazarlama faaliyetlerine, yatırım harcamalarına, bütçe ve finansman planlamasına ve temettü dağıtımına ilişkin temel kararların alınmasında belirleyici etkiye sahip olmaktır.⁵⁰

⁴⁸ TTK m. 195/5 hükmünün gerekçesinde, “Beşinci fıkra, anılan özel hükümlerin uygulanmasından kaçınmanın (kurtulmanın) yollarını kapatmak amacıyla, geniş kavramlara ve ifadelere yer vermiştir. Bu sebeple hüküm, sıfatı, türü, amacı, görevi yetkileri ve ehliyet durumu ne olursa olsun, gerçek ve tüzel kişiyi ya da işletmeyi niteleyip uygulamadan kaçınmaya yol açabilecek yorumlara müsait değildir. Hükme hukuki şekilden hareketle istisna getirilmemesi ve amaca sıkı bağlılık ilkesine göre yapılacak yorumların tercih edilmesi, hükmün öngörülme amacının yönergesidir. Onun için ‘işletme’ sözcüğü de bilinçle seçilmiştir. ‘İşletme’ kavramının ‘teşebbüsü’ veya benzeri diğer kavramları kapsadığı da şüphesizdir“ açıklamaları yapılmıştır. bkz. *Başöz/Çakmakcı*, s. 216.

⁴⁹ TTK Tasarısı’nın ilk şeklinde teşebbüs kavramı yerine “...sermaye şirketi olmayan, herhangi bir tüzel ya da gerçek kişinin veya işletmenin...” ifadesi kullanılmışken, Adalet Alt Komisyonu’nda hakim teşebbüs kavramı benimsenmiştir. Komisyon bu değişikliğin gerekçesini, söz konusu ifadelerin dar kapsamlı olması, bu durumun bazı sakıncalar doğuracağı, hükmün amacına göre hareket edildiği, teşebbüs kavramının ticari işletmeden daha geniş olması, şirketler topluluğu düzenlemelelerinde yaygın bir uygulamaya sahip olması şeklinde açıklamıştır. bkz. *Kendigelen*, A.: *Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, 2011, s. 320,321, 324.

⁵⁰ *Okutan Nilsson*, s. 17, 98. Hakimiyet, kontrol ve tek elden yönetim kavramlarının karşılaştırılması için bkz. *Okutan Nilsson*, s. 81-83. Yazar nihai tahlilde TTK’da geniş anlamda kontrol veya hakimiyet olgusunun benimsendiği kanaatini açıklamakta, hukuken kontrolü elde tutma imkanı veren araçlara sahip olunmasının yanı sıra, hakimiyetin fiilen elde bulundurulduğu diğer durumlarda da şirketler topluluğunun oluştuğunun kabul edildiğini belirtmektedir. bkz. *Okutan Nilsson*, s.

Şirketler topluluğunun hakimi sıfatı nasıl ve ne zaman kazanılır? Bir ticaret şirketinin kontrolünün⁵¹ ele geçirilmesi durumunda, ticaret şirketini hakimiyeti altında tutan taraf hakim konumda, diğeri ise bağlı şirket konumundadır (TTK m. 195/1). Kontrolün elde edilmesi halleri (TTK m. 195)⁵²;

- oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak veya
- şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan üyelerin seçimini sağlayabilme hakkını elinde bulundurmak veya
- sahip olunan oy haklarının yanısıra bir sözleşmeye dayalı olarak tek başına ya da diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturmak veya
- söz konusu ticaret şirketini bir sözleşme gereğince ya da diğer bir yolla hakimiyet altında tutmaktır.

Bu sayılanların yanısıra, bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda payına sahip olmak da kontrolü temin edebilir (TTK m. 195/2). Ancak diğerlerinden farklı olarak bu durumda bir karinenin varlığı kabul edilmekte,

97. Tek elden yönetim ve kontrol ilkeleri ile TTK'da kabul edilen sistemin açıklaması için ayrıca bkz. *Tekinalp, Ü.*: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi, Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.II, İstanbul 2009, s. 1543 vd.; *Tekinalp, Ortaklıklar*, s. 537, 538; *Akm*, s. 53 vd., 88 vd. Rekabet hukuku kapsamında kontrol elde edilmesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. *Güven*, s. 388 vd.

⁵¹ Anonim şirkette kontrol kavramı için bkz. *Paslı, A.*: Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu, İÜHFİM, 2008, C. LXVI, S.2, s. 345, 346 <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023010512/1023009749> (Erişim tarihi 21.11.2014); *Altay*, s. 338 vd, 357 vd. Bankacılık Kanunu anlamında kontrol; "Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgarî yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmama ile birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufla bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını" ifade etmektedir. 5411 S. Kanun m. 3.

⁵² Detaylı açıklama için bkz. *Okutan Nilsson*, s. 101 vd.

aksi ispat edilerek, aslında sahip olunan payların kontrolü sağlamaya elverişli olmadığı ispatlanabilmektedir.

Hakimiyetin tesisinin, şirketler topluluğunun mevcudiyeti için yeterli olup olmadığı TTK m. 195/1,4 hükümleri karşısında tartışmalıdır. Bir ticaret şirketi bir diğer ticaret şirketi üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak hükümde sayılan yollarla hakimiyet tesis etmişse, birinci şirket hakim, diğeri bağlı şirket olarak isimlendirilecek ve bu şirketlerde en az birisinin merkezi Türkiye’de ise, TTK’daki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır (TTK m. 195/1). Bu hükme göre şirketler topluluğunun varlığı için bir hakim şirket ve bir bağlı şirketin varlığı yeterlidir. Buna karşın, hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketlerin hakim şirketle birlikte şirketler topluluğunu oluşturacağı hükmün devamında belirtilmiştir (TTK m. 195/4). Hükümet Gereğesi’nde de m. 195/4 ile ilgili olarak, “Dördüncü fıkra “şirketler topluluğu”nu tanıtmakta ve ayrıca “topluluk şirketinin anlamını ortaya koymaktadır” açıklaması yapılmıştır⁵³. Hüküm, topluluğun hakimi için tekil bir ifade kullanmışken, ‘bağlı şirket’ yerine ‘bağlı şirketler’ ifadesini tercih etmiştir. Dolayısıyla, hakimiyetin varolduğu her durumun bizi şirketler topluluğuna ulaştırmayacağına işaret etmiştir. Bu hükme göre şirketler topluluğunun varlığı için, topluluğun hakimine ilave olarak en az iki bağlı şirket gereklidir⁵⁴. Şirketler topluluğunun hakiminin teşebbüs olduğu durumlarda şirketler topluluğu en

⁵³ Başöz/Çakmakçı, s.216.

⁵⁴ Susuz, TTK m. 195/5 hükmünün farklı yorumlanabileceği görüşündedir. Yazara göre, konzerne hukukuna ilişkin ilkeler çerçevesinde yapılacak yoruma göre, ortada bir tane şirket ve bu şirkette tek bir pay sahibi bulursa dahi şirketler topluluğu hükümler uygulanabilecek, tüm paylara sahip olan kişinin şirketin dışında bir iktisadi menfaatinin varlığı durumunda şirket aleyhine kararlar alarak uygulaması durumunda şirket alacaklıları bundan zarar görecektir. Bu sebeple tek bir ortağa karşı da şirket menfaatlerinin korunması gerekli olup, ortada bir tek kişilik şirket olsa dahi şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanması mümkündür. Susuz, s. 276. Giray ise, hükmün ifadesine dayanarak, aralarında hakimiyet bulunan en az iki şirkete şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir. Giray, E./Karahan, S.: *Şirketler Hukuku*, 2. Bası, 2013, s. 129. Tekinalp ise topluluğun varlığı için topluluğun hakiminin şirketlerinin bulunması gerektiğini, şirketin varlığının yeterli olmadığını, bu durumun da Türk sistemini bütünüyle Alman hukukuna dayanarak açıklamaya imkan bırakmadığını belirtmektedir. Tekinalp, Ortaklıklar, s. 540, 542.

az iki ticaret şirketi ile oluşurken⁵⁵, topluluğun hakiminin de bir ticaret şirketi olduğu durumlarda, topluluk içinde en az üç ticaret şirketi bulunacaktır.

Şirketler topluluğundan bahsedebilmek için en az iki bağlı ticaret şirketinin aranması, her hakimiyet ilişkisinin değil, sadece belirli bir büyüklüğe ulaşan toplulukların bu ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklere tabi kılması sebebiyle yerindedir. Tek bir bağlı şirket ile şirketler topluluğunun kurulduğunu kabul etmek sakıncalı neticelere de yol açacaktır. Teşebbüs niteliğine sahip gerçek kişinin bir ticaret şirketinin kontrolünü ele geçirmesi durumunda, şirketler topluluğu ile karşı karşıya kalınacaktır. Dolayısıyla, bir çok aile şirketinin şirketler topluluğu hükümlerine tabi olması gerekecektir. Kanun koyucu burada bir tercihte bulunarak, hakimiyet ilişkisi ile şirketler topluluğunun mevcut olduğu durumları birbirinden ayırmıştır. Hakimiyetin var olmasına karşın bağlı tek bir ticaret şirketi varsa, şirketler topluluğundan bahsedilemeyecektir. Bağlı en az iki ticaret şirketi mevcut ise, TTK m. 195 vd. hükümlerine tabi bir şirketler topluluğu mevcut olacaktır.⁵⁶

⁵⁵ Tekinalp, bir teşebbüs ve ona bağlı iki ortaklıkla şirketler topluluğunun meydana gelmeyeceği, topluluğun varlığı için aranan iki bağlı ortaklığın varlığına karşın, hakim durumda olanın bir ticaret ortaklığı değil teşebbüs olduğu, halbuki en küçük topluluğun varlığı için TTK m 195/4,c.1’de hakim bir ticaret ortaklığı olması şartının arandığını, en küçük topluluğun ona iştirak edenlerin sayısı itibarıyla aşılması yani bağlı şirket sayısının ikinin üzerine çıkması şartıyla toplulukta teşebbüsün bulunabileceğini belirtmiştir. Bkz. *Tekinalp*, s. 542.

⁵⁶ TTK’nın Genel Gerekçesi’nde yer verilen ifadeler, şirketler topluluğunun varlığı için en az iki bağlı şirketin aranmasını desteklemiyor gibi görünse de aslında paralellik arz etmektedir. TTK’nın çıkarılmasında etkili olan sebeplerden 6762 sayılı Kanunu doğrudan etkileyen gelişmeler arasında, “...işletmeler arası yoğunlaşmaların, yani şirketler topluluklarının artması ve böylece işletmenin bağımsız hareket ettiği, hep menfaatine olan kararları alması gerektiği şeklindeki hukuk doğması ile gerçek arasındaki çelişkinin büyümesi ...” hususu da sayılmıştır. (Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçe, B.I. numaralı başlık altında yapılan açıklamalar. Aynı yönde daha detaylı açıklama için bkz. Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümet Gerekçesi “G) Şirketler Topluluğu” başlığı altında yapılan açıklamalar. *Başöz/Çakmakçı*, s.212, 213, 1138.) Bir hakim şirketin kontrolü altında tek bir bağlı şirketin bulunması durumunda da Gerekçe’de açıklanan bağımsız hareket edememe ve kendi menfaati doğrultusunda kararlar alamama durumu söz konusudur. Ancak bu durumun, anonim şirketlere hakim ilkeler arasında sayılan çoğunluk ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Her anonim şirket bakımından çoğunluğu

Şirketler topluluğunun varlığı için en az iki bağlı şirketin mevcudiyeti Ticaret Sicili Yönetmeliği⁵⁷ m. 105'de de tekrarlanmıştır. Ancak hükmün ikinci cümlesi Kanun ile çelişmektedir. Yönetmeliğe göre, ticaret şirketi olmayan bir teşebbüse, doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan ticaret şirketleri sayısının ikiyi aştığı durumlarda TTK m. 195/5 anlamında şirketler topluluğu meydana gelecek ve teşebbüs, topluluğun hakimi olacaktır. Dolayısıyla Yönetmelik teşebbüsün hakim olması ihtimalinde şirketler topluluğu ilişkisinin kurulması için en az üç bağlı şirketin varlığını aramaktadır. Halbuki TTK m. 195/5 bağlı şirketler bakımından herhangi bir farklılığa işaret etmeden, topluluğun hakiminin teşebbüs olması durumunda da şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamıştır.

Bu farklılığın sebebi, kanaatimce, Hükümet Gerekçesinde de açıklanan, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerde Almanya'dan farklı olarak işletmeler yerine ticaret şirketlerinin esas kabul edilmesine de sebep olan çekincenin, şirketler topluluğu hükümlerinin yasalaşmasından sonra da hissedilmiş olmasıdır. Bu çekince, şirketler topluluğunu ilk defa düzenleyen bir ülkenin işletme gibi sınırları geniş, kolay belirlenemeyen bir kavramı esas almasının güçlükler yaratacağı şeklinde açıklanmıştır.⁵⁸ Kontrolün bir teşebbüste olması durumunda en az üç bağlı şirketin varlığının aranmasında da bu durum kendini göstermektedir. Bu sebeptir ki, her kontrol sağlanan durum değil, ancak belirli sayıda şirketlerin kontrolünün temini halinde söz konusu hükümlerin uygulanması arzu edilmiştir. Bu durum şirketler topluluğu hükümlerinin ilk defa yasalaştığı gözönüne alındığında, uygulamanın görülmesi ve sonrasında ihtiyaçlara göre değişikliklerin yapılması şeklinde gerekçelendirilebilir. Ancak yanlış olan, TTK'da öngörülme-yen bir sınırlamanın yönetmelik ile getirilmiş olmasıdır. Yönetmelik Kanuna aykırı olamaz. Kanun hükümlerinin uygulanmasını daha ağır koşullara da tabi tutamaz. Şirketler topluluğunun hakiminin teşebbüs olması durumunda

oluşturan, dolayısıyla da kararların alınmasında etkili olan bir ya da daha çok kişi bulunmaktadır. Bir ticaret şirketinin bir başka şirketin kontrolünde olması ile bir gerçek kişinin kontrolünde olması arasında fark gözetilmemelidir. Dolayısıyla gerçek anlamda bir şirketler topluluğu ilişkisinin varlığı için en az iki bağlı şirketin aranması doğaldır.

⁵⁷ RG 27.01.2013 T., 28541 S.

⁵⁸ TTK'nın 'G-Şirketler Topluluğu' başlıklı hükümlerinin gerekçesi için bkz. *Başöz/Çakmakçı*, s. 214.

bağlı şirket sayısını arttırmanın da amaç bakımından haklı bir gerekçesi olamaz. Aksi kabul, teşebbüse ilişkin hükmün getiriliş amacı⁵⁹ ile de çelişecek, iki bağlı şirketin varlığı halinde şirketler topluluğu hükümlerinden kaçmak amacıyla hakimiyetin bir teşebbüsün elinde bulması tercih edilecektir.

B- Kimler Hakim Teşebbüs Olabilir:

Genellikle şirketler topluluğunun hakimi bir ticaret şirkettir⁶⁰. Ancak, teşebbüs niteliğindeki diğer ekonomik varlıkların da topluluğun hakimi olmasına izin verilmiştir (TTK m. 195/5)⁶¹.

Ticaret şirketleri sınırlı sayıda sayılmıştır; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketler (TTK m. 124). Teşebbüs ise, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerdir (RKHK m. 3). Bu tanımlar ve daha önce unsurlar ile ilgili yapılan açıklamalar çerçevesinde herhangi bir iktisadi, ticari faaliyeti bulunmayan bir gerçek ya da tüzel kişinin ticaret şirketi üzerinde kontrol sahibi olması, şirketler topluluğunu oluşturmayacaktır. Bir çok şirkette, özellikle aile şirketlerinde kontrol tek bir kişide ya da bir ailenin üyelerinde toplanmaktadır. Söz konusu kişilerin başka bir iktisadi faaliyetlerinin bulunmaması, dolayısıyla teşebbüs niteliğini taşıma-

⁵⁹ Bu amaç Hükümet Gerekçesi'nde şu şekilde açıklanmıştır; “Beşinci fıkra, anılan özel hükümlerin uygulanmasından kaçınmanın (kurtulmanın) yollarını kapatmak amacıyla, geniş kavramlara ve ifadelere yer vermiştir. ... Hükme hukuki şekilden hareketle istisna getirilmemesi ve amaca sıkı bağlılık ilkesine göre yapılacak yorumların tercih edilmesi, hükmün öngörülme amacının yönergesidir”. *Başöz/Çakmakçı*, s. 216.

⁶⁰ Bu hususta şahıs şirketleri ile sermaye şirketleri arasında bir fark öngörülmemiştir.

⁶¹ Hükümet Tasarısı'nın Adalet Alt Komisyonu tarafından değiştirilmeden önceki şeklinde, ‘teşebbüs’ yerine ‘sermaye şirketi olmayan, herhangi bir tüzel ya da gerçek kişinin veya işletmenin’ şirketler topluluğunun hakimi olması öngörülmüş, tepedeki gerçek kişinin tacir sayılacağı ifadesine hükümde yer verilmişti. Bu değişikliğin TTK m. 16/1 ile uyumun sağlanması bakımından yerinde olduğu, hakim durumda bulunan ticaret şirketleri ile tacir olmayan teşebbüsler arasında bir fark doğurmamak, tabi olunan hükümler bakımından yeknesaklık sağlamak için teşebbüsün de tacir olduğunun kabul edildiği doktrinde Aker tarafından belirtilmiştir. bkz. Aker, H.: Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: “Hakim Teşebbüs”, *BATIDER* 2009, C. XXV, S. 2, s. 285, 286.

maları şartıyla, şirketler topluluğuna ait hükümler uygulanmayacaktır. Aksi takdirde tüm şirketlerin bir ya da birden çok hakim ortağı bulunacağından, tamamı için şirketler topluluğunun varlığı (en az iki bağlı şirketin varlığı şartıyla) gündeme gelir ki, bu netice kurumun amacı ile bağdaşmaz⁶². Aşağıda, teşebbüs sıfatıyla şirketler topluluğunun hakimi olarak karşılaşılabileceğimiz kişiler üzerinde durulmuştur.

a- Gerçek Kişiler:

Bir gerçek kişinin teşebbüs olarak nitelendirilebilmesi için, iktisadi faaliyette bulunması gerekir. Bu faaliyet, ticari işletme niteliğine sahip olmasa da herhangi bir işletme bünyesinde sürdürülebilir. Yeter ki, teşebbüsün unsurları mevcut olsun.

Gerçek kişinin bir işletme kapsamında iktisadi faaliyetlerde bulunması durumunda, hakim teşebbüs işletme mi yoksa işletmenin sahibi midir? İşletmenin malvarlığı unsurları arasında bir ticaret şirketinin kontrolünü sağlayan haklar da bulunabilir. Bu malvarlığı unsurları, işletmenin tüzel kişiliğinin bulunmaması sebebiyle işletmenin sahibine aittirler. Hakim teşebbüs işletme değil, onu işleten gerçek kişidir⁶³.

Bir işletmenin birden çok kişi tarafından birlikte işletilmesinin teşebbüs kavramına bir etkisi var mıdır? İşletmeyi işleten kişiler arasındaki ilişki adi şirket ilişkisidir. Adi şirketin malvarlığı üzerinde ortaklar elbirliği ile maliktir. Malvarlığına bir ticaret şirketinin kontrolünü temin eden hakların dahil olması durumunda, adi şirketin tüzel kişiliği

⁶² İsviçre konzern hukuku açısından işletme kavramının amacının, gerçek kişi ana işletmenin özel çoğunluk pay sahibinden ayrılması olduğu yönünde bkz. *Boycioğlu*, s. 126, dn 56'da anılan Handschin, Lukas, *Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht*, Zurich 1994, s 40. Alman Federal Mahkemesi'nin bir ortağın sadece ortaklıkta değil, ortaklık dışında da iktisadi çıkarlar takip etmesi halinde teşebbüs olarak nitelendirileceği görüşünden hareket ettiği hususunda bkz. *Yanlı, V.:* Anonim Ortaklıklarda Karın Tamamen Devrine İlişkin Bir Tasarruf Yapılabilir mi?, İHFM, 1997, C.LV, S. 4, s. 205, dn 21.

⁶³ Nitekim işletme ve teşebbüs kavramları arasındaki temel farklılıklardan birisi de işletmenin iktisadi faaliyeti, teşebbüsün ise bu faaliyeti yürüten kişiyi ifade etmesidir. *Okutan Nisson*, s. 73,74. RKHK bakımından konuyu değerlendiren Akıncı'da, Federal Alman Kartel Bürosu'nun teşebbüs kavramı için verdiği tanımını bu açıdan eleştirmektedir. Yazara göre, teşebbüs bir faaliyet değil, faaliyetin süjesidir. *Akıncı*, s. 262.

bulunmadığından, hakim teşebbüs adi şirket ortaklarının oluşturduğu birlik olacaktır. Ancak bu ihtimalde, adi şirket ortaklarından birinin ya da hepsinin ayrı ayrı hakim teşebbüs olduğundan bahsedilemez. Zira adi şirkette kararlar, oy çokluğu ile karar alınacağına karar verilmemişse, oybirliği ile alınacaktır. Ortaklardan hiçbirinin tek başına hakimiyet tesis ettiğinden bahsedilemeyecektir. Bu sebeple hakim teşebbüs adi şirketin ortakları değil, bu ortaklardan oluşan birlik yani adi şirkettir.

Teşebbüs niteliğini kazandıracak bir iktisadi faaliyeti bulunmayan gerçek kişi, bir ticaret şirketinin kontrolünü elde ettiğinde, bu andan itibaren iktisadi bir faaliyette de bulunmaya başlamıştır. Anonim ve limited şirketler kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabileceklerdir (TTK m. 331, 573/3). Kanunumuz başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan holding şirketler kurulmasına izin vermiştir (TTK m. 519/4). Dolayısıyla işletme ve şirketlere iştirak etmek iktisadi bir faaliyettir. Bu faaliyet bir gerçek kişi tarafından sürdürüldüğünde, diğer unsurların da varlığı şartıyla, bu kişi teşebbüs sayılacaktır. Ancak, gerçek kişinin öncelikle bir ticaret şirketinin kontrolünü elde etmesi, şirketler topluluğunu oluşturmak için yeterli değildir. Bunun iki gerekçesi vardır; kontrolü ele geçiren kişinin başlangıçta teşebbüs niteliğinin bulunmaması⁶⁴ ve TTK'da şirketler topluluğunun varlığı için en az iki bağlı ticaret şirketinin aranması. Aynı gerçek kişinin ikinci bir ticaret şirketinin de kontrolünü elde etmesi ile, şirketler topluluğu ilişkisi kurulacaktır. Nitekim, ikinci iktisaptan önce teşebbüs niteliği kazanılmış, en az iki bağlı şirketin var-

⁶⁴ Aksi durum, şirketler topluluğu kurumuna hakim prensipler bakımından bağlı şirket ile çelişebilecek olup, bağlı şirketin menfaatleri ile yarışan bir iktisadi menfaate sahip olmamaya da işaret edecektir. Alman Hukuku'nda işletme kavramının kapsamının belirlenmesinde bu yönden yapılan açıklamalar için bkz. *Okutan Nilsson*, s. 29-31. Boyacıoğlu, bir şirkette çoğunluk iştirakine sahip olmanın iştirak sahibine işletme sıfatını kazandırmayacağını genel olarak kabul edildiğini belirtmekle birlikte (s. 129, dn 70'de atıf yapılan BGHZ 69,337 (VEBA/Gelsenberg); AktG/Gessler §15 Rdn.26; Hefelmehl 205; AktG/Hüffer § 15 RDN.9; KK/Koppensteiner § 15 Rdn. 13; MHGesR/Krieger § 68 Rdn.7; Zöllner, Unternehmensbegriff 5. Karş.Rasch 25.), devam eden açıklamalarında, pay sahibi ile şirketin amaçlarının örtüştüğünü, ancak iştirak sahibi ile şirket arasında menfaat çatışmasının varlığı halinde ve iç dengelerin de bu amaçla tahsis edilmiş kurallar aracılığı ile kurulamaması durumunda, işletme kavramı yardımıyla konzern hukukunun özel kurallarından yararlanılması yoluna gidileceğini belirterek, yukarıda açıkladığımız netice ile aynı sonuca ulaşmıştır. *Boyacıoğlu*, s. 129.

lığı şartı da yerine getirilmiştir⁶⁵. Bu topluluğun hakimi, her iki ticaret şirketinin kontrolünü de elinde bulunduran gerçek kişidir. Bu gerçek kişi hakim teşebbüs statüsündedir.⁶⁶ Yukarıda açıklandığı üzere, Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 105 hükmü bu durumda henüz şirketler topluluğunun var olmadığını hükme bağlasa da, Kanun'a aykırı yönetmelik hükmü uygulanamayacaktır⁶⁷.

⁶⁵ Nitekim şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin kabulünün temel sebebi olan, hakim teşebbüsün şirket ile yarışan bir iktisadi menfaatinin olması, bu menfaat sebebiyle şirket menfaatinin gözardı edilebilecek olması ihtimali de bu durumda ortaya çıkmaktadır.

⁶⁶ Şirketler topluluğunun tepesinde bir gerçek kişinin bulunmasının teorik olarak mümkün olmasına karşın, mevcut hukuki yapı karşısında uygulanmasının pek mümkün olmayacağı, aksi durumun ne kanunun mantığına ne de ekonomik gerçeklere uygun düşmeyeceği görüşünde *Pulaşlı, H.:* Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel İlkeleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu, Gazi Üniv. Hukuk Fakt. Dergisi, Yrd.Doç.Dr. İbrahim Ongün'e Armağan, 2009, s. 264, 265.

⁶⁷ "Anayasada kanun çıkarma yetkisi yasama organına verilmiştir. Yasama organı Anayasa çerçevesinde konu ile sınırlı olmaksızın kanun çıkarabilir. Bir başka deyimle kanun, Yasama Organı tarafından yapılan bağımsız bir hukuksal düzenlemedir. Buna karşılık yönetmelik, kanunu açıklayan, kanunun uygulanmasını sağlayan ve kanunu tamamlayan bir idari tasarruftur. Yönetmelikle kanun arasında organik bağ mevcut olup, yönetmelik kanuna bağımlıdır. Bu sebeple öncelikle üstün norm olan kanunun, kanuna aykırı olmayan hallerde ise yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerekir. Bir başka anlatımla; kanunla yönetmeliğin çatışması halinde üstün norm durumunda bulunan kanuna değer verilerek uyumsuzluğun çözümlenmesi zorunludur. Öğretide bazı hukukçular yönetmeliklerin kanuna aykırı olmasının adli yargıda incelenemeyeceği, bu gibi hallerde ilgili tarafa idari yargıya başvurarak yönetmeliğin iptalini sağlamak üzere önel verilmesi ve bunun bekletici sorun yapılması gerektiği konusunda görüş bildirmektedirler. Gerek Anayasada ve gerekse kanunlarımızda yönetmelikle kanunun çatışması halinde bunun bekletici sorun sayılması gerektiği hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, adli yargı içinde ceza ve hukuk ayırımı yapılarak sonuca varılması da isabetli değildir. Yorum yaparken yargı yolunu bir bütün olarak kabul zorunludur. Yargıtayın süregelen uygulamalarında ayırım yapılmaksızın yönetmeliğin kanuna aykırı olması halinde, kanuna değer verilerek uyumsuzlukların çözümlenmesi ilkesi benimsenmiştir. Yönetmeliğin kanuna bağımlı olması açıklanan şekilde yorum ve uygulama yapılmasını gerektirmektedir." Yargıtay Büyük Genel Kurulu, 1993/5 E., 1996/1 K., 22.03.1996 T., YKD Haziran-1996 s. 882.

b- Dernekler:

Dernek, yedi veya daha fazla sayıda gerçek kişinin kazanç paylaşımı dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek için, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirerek oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluğudur (Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 56). Dernek bünyesinde yürütülen faaliyet iktisadi bir faaliyet değildir. Ancak, derneklerin amaçlarına ulaşmak için iktisadi faaliyet sürdürmeleri engellenmemiştir. Örneğin, dernekler amaçlarına ulaşmak için ticari bir işletme işletebileceklerdir (TTK m. 16). Dolayısıyla, asıl faaliyeti sebebiyle teşebbüs olarak nitelendirilememesine rağmen, amacına ulaşmak için iktisadi faaliyette bulunması ihtimalinde, diğer unsurların da varlığı şartıyla, dernek tüzel kişiliği teşebbüs olarak nitelendirilebilecektir. Bu durumdaki dernek, bir ticaret şirketinin de kontrolünü elinde bulunduruyor olabilir. TTK m. 195/4 uyarınca en az iki bağlı şirketin varlığı halinde şirketler topluluğu oluşacak, dernek bu topluluğun hakimi konumunda bulunacaktır.

c- Vakıflar:

Vakıflar, gerçek ya da tüzel kişilerin yeterli miktarda mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan mal toplulukları olup, tüzel kişiliğe sahiptirler. Bir malvarlığının bütünü, gerçekleşmiş veya gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri ya da ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir (TMK m. 101). Vakfedilen mallar arasında bir ticaret şirketinin kontrolünün vakfa geçmesini sağlayan haklar da bulunabilir. Bu durumda vakıf hakim teşebbüs olabilecek midir?

Dernekler gibi vakıflar da her ne kadar kar paylaşım amacına sahip olmasalar da, amaçlarına ulaşmak için iktisadi faaliyette bulunabilirler. Diğer unsurların da varlığı şartıyla, iktisadi faaliyette bulunan vakıf teşebbüs sayılacak, en az iki bağlı şirketin varlığı halinde de şirketler topluluğu oluşacaktır.

d- Kamu Tüzel Kişileri ve Bunlar Tarafından Kurulan Kurum ve Kuruluşlar:

Devlet bir kamu otoritesi olarak ekonomik hayata müdahale etmekte, kamu tüzel kişileri kurdukları tüzel kişiler eliyle iktisadi faaliyet-

ler sürdürmektedirler⁶⁸. Kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşları tacir olarak kabul etmiştir (TTK m. 16). Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerin ise tacir sayılmayacakları belirtilmiştir. Rekabet Hukuku bakımından ise, yukarıda daha detaylı yer verildiği üzere⁶⁹, kamu teşebbüslerinin üstlendikleri asli faaliyetin yerine getirilmesi kriteri kabul edilmiştir. Rekabet kurallarının uygulanması halinde üstlenilen asli faaliyetin sürdürülemez hale geldiği durumlarda, kamu teşebbüsleri rekabet kurallarının uygulanmasından ayrı tutulmuş, diğer hallerde iktisadi faaliyet, ekonomik bütünlük ve süreklilik unsurlarının var olduğu hallerde kamu tüzel kişileri ile onlar tarafından kurulan kurum ve kuruluşların teşebbüs oldukları kabul edilmiştir.

Devlet iktisadi faaliyetlerinin önemli bir bölümünü kamu iktisadi teşebbüsleri aracılığı ile sürdürmektedir. Kamu iktisadi teşebbüsleri, iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşlarını ifade eden ortak bir kavramdır. İktisadi devlet teşekkülü, sermayesinin tamamı devlete ait olan, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsüdür (örneğin, toprak mahsulleri ofisi). Kamu iktisadi kuruluşu ise, sermayesinin tamamı devlete ait, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan, gördüğü kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür. Bağlı ortaklık, sermayesinin %50'sinden fazlası iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olan işletme veya işletmeler topluluğundan oluşan anonim şirketlerdir. İştirak ise, kamu iktisadi teşebbüslerinin veya bağlı ortaklıklarının sermayelerinin en az %15'ine, en çok %50'sine sahip buldukları anonim şirketlerdir (233 S. Kanun Hükümünde Kararname (KHK) m. 2). Kamu iktisadi teşebbüsleri Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulurlar.

⁶⁸ Bu faaliyetlerin rekabet hukukunun kapsamı bakımından değerlendirilmesi için bkz. *Güven*, s. 100 vd; AT ve Türk rekabet hukuku bakımından kamu işletmeleri ile ilgili olarak bkz. *Aşçıoğlu Öz*, s. 66-68, 84, 85, 149, 150; *Eğerci*, A.: Rekabet Hukuku Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Ankara 2005, s. 31 vd.

⁶⁹ Bkz. I, 1, B-Gelir Sağlama Amacı-İktisadi Faaliyet başlığı altında yapılan açıklamalar.

Kamu iktisadi teşebbüsleri iktisadi faaliyet sürdürmekte olup, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahiptirler (233 S. KHK m. 4/1,2). Sermayelerinin tamamı devlete ait olmasına rağmen, ekonomik bağımsızlıklarının bulunduğu kabul edilir. Kamu teşebbüslerinin hukuki statüsü ve ne şekilde finanse edildikleri teşebbüs olarak nitelendirilmelerinde etkili değildir⁷⁰. Dolayısıyla, kamu iktisadi teşebbüsleri aynı zamanda teşebbüs niteliğine de sahiptirler.⁷¹ Bu durum kamu iktisadi teşebbüsü niteliğine sahip olmayan ancak devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan, teşebbüsün unsurlarına sahip diğer kurum ve kuruluşlar için de geçerlidir. Örneğin belediye iktisadi teşebbüsleri gibi. Bu kurum ve kuruluşlar, bağlı ortaklıkları ya da iştiraklerinde bulunan payları dolayısıyla, bu şirketlerin kontrolüne sahip olabilir. Sermayenin belirli bir miktarına sahip olmak, tek başına hakimiyetin varlığını göstermez. Ancak hakimiyet karinesini ortaya çıkarır (TTK m. 195/2). Kontrolüne sahip olunan şirket sayısının en az iki olması durumunda ise, şirketler topluluğu mevcut olacaktır. Bu topluluğun hakimi kamu kurum ve kuruluşudur.

e- Tüzel Kişiliği Olmayan Birlikler:

Teşebbüsün gerçek kişi olması zorunlu olmadığı gibi, tüzel kişiliğinin varlığı şartı da aranmamıştır. Tüzel kişiliğe sahip olmayan birlikler de, iktisadi faaliyet, ekonomik birlik ve süreklilik unsurlarının varlığı şartıyla teşebbüs olarak nitelendirilebilecek, hakim teşebbüs olabileceklerdir⁷². Örneğin miras ortaklığı (TMK m. 640) gibi oluşum-

⁷⁰ Güven, s. 100.

⁷¹ “TMO bir kamu iktisadi devlet teşekkülü olarak kurulmuştur. Rekabet hukuku açısından kamu kurumları arasında teşebbüs nitelikleri daha belirgin olan kurumlar KİT olarak adlandırılan iktisadi kamu kurumlarıdır. Bu kurumlar devletin piyasada doğrudan faaliyet göstermesinin bir aracı olup, ekonomik faaliyet göstermeleri kuruluş amaçlarındandır.” RK 10.10.2012 T., 12-49/1435-486 S. kararı. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar5068.pdf> TRT'nin hukuki statüsü ile ilgili olarak bkz. YHGK 28.05.1997, E. 1997/4-225, K. 463, Eriş, s. 572, 573. KİT'lerin TTK m. 18/1 uyarınca tacir sıfatına sahip oldukları hususunda bkz. YHGK, 22.03.2006, E. 2006/412, K. 2006/95 <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=836> (Erişim tarihi 27.05.2014).

⁷² Gerekçe bu düzenlemenin sebebini, söz konusu durumların şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanmamasının gerekçesini oluşturmamasını sağlamak, özel hü-

lar hakim teşebbüs olabilecek, sadece imtiyazlı pay sahipleri kurulu, ilk ve ikinci alacaklılar toplantısı gibi bazı kanunlarda öngörülen kararları alabilen kurullar ile kanunlarla düzenlenen toplantılar ve kurullar teşebbüs olarak değerlendirilemeyecektir⁷³. Tüzel kişiliği bulunmayan bir teşebbüsün şirketler topluluğunun hakimi olarak nitelendirilmesi iki açıdan önem taşımaktadır. İlki, şirketler topluluğunun varlığı için gerekli hakimiyetin kimin elinde bulunduğu. İkincisi ise, şirketler topluluğunun hakimi olması sebebiyle tacir sayılmasına bağlanan sonuçların kim hakkında uygulanacağıdır.

Tüzel kişiliği bulunmayan bir birlik, birliği oluşturan kişilerin ortak iradesi ile faaliyetlerde bulunacaktır. Örneğin adi ortaklık sözleşmesi, iki veya daha fazla kişinin, emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere biraraya getirmeyi üstlendikleri sözleşmedir (TBK m. 620). Adi ortaklığın kararları, bütün ortakların oybirliğiyle alınacak, sözleşmede kararların oy çokluğuyla alınacağı kararlaştırılabilecek, ancak bu durumda da çoğunluk ortak sayısına göre belirlenecektir (TBK m. 624). Şirketler topluluğunun hakiminin bir adi şirket olması durumunda, topluluğa hakim olan irade, ortakların oybirliği veya oyçokluğuyla oluşan adi şirket iradesidir. Ortaklardan biri tek başına kendi iradesi değildir. Adi şirketin tüzel kişiliği bulunmasa da, ortaklardan hiç birinin iradesi tek başına hakimiyeti tesis etmeye yeterli değildir⁷⁴.

kümlerin uygulanmasından kaçınma yollarını kapatmak, hükme hukuki şekilden yola çıkarak istisna getirilmemesi olarak açıklamış, amaca sıkı bağlılık ilkesine göre yapılacak yorumların tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir. *Başöz/Çakmakçı*, s.216. Benzer yönde Aker tarafından da, Bağlı İşletmeler Hukuku ifadesindeki işletme ile iktisadi işletmenin ifade edildiği, bu kavrama tüzel kişiliği olmayan ticari işletmelerin de girdiği, işletmenin bu anlamda kullanılmasının Bağlı İşletmeler Hukukunun getirdiği bir zorunluluk olduğu, sadece tüzel kişiliği haiz şirketlerin kabulü durumunda meseleye dar bir açıdan yaklaşarak bir çok hakimiyet ilişkisinin gözardı edilmiş olacağı belirtilmiştir. *Aker, H.: Hakim İşletme ve Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu*, BATIDER, 2003, C. XXII, S. 2, s. 154.

⁷³ *Tekinalp*, Ortaklıklar, s. 545. Ortak girişimlerin şirketler topluluğu bakımından hakim teşebbüs olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda bkz. *Altay*, s. 343 – 356, 363, 587 vd.,

⁷⁴ Benzer şekilde birden çok mirasçı bulunması hâlinde mirasın geçmesinden paylaşımına kadar mirasçılar arasında oluşan, terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan ortaklığa miras ortaklığı ismi verilmektedir. Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olmakta, sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı

Bu sebeptir ki, şirketler topluluğunun hakim teşebbüsü, tüzel kişiliği olmayan birliği oluşturan kişilerin her biri değil, bu kişilerden oluşan birlik⁷⁵ olabilir^{76 77}.

Tüzel kişiliğe sahip olmayan bir birliğin şirketler topluluğunun hakimi olması, hakim teşebbüsün tacir sayılması sebebiyle tacir olmanın sonuçlarının uygulanması bakımından da önem taşımaktadır. Bu tür birliklerin tacir sıfatına sahip olması, doktrinde eTTK m.18/2'de sayılan kişilerin işlettiği ticari işletmeler için kabul edilmiştir. eTTK m. 18 hükmü vakıflara ilişkin ilave ile TTK m. 16'ya alınmıştır; “... kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar” (TTK m. 16/2). Bu düzenleme uyarınca, söz konusu kişilerin tacir sayılmamalarına karşın, işlettikleri ticari işletmelerin tüzel kişiliğe sahip olmasalar da tacir sıfatına sahip olacağı doktrinde ileri sürülmüştür. Bu görüş

kalmak kaydıyla, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf edebilmektedirler (TMK m. 640). Ortak girişimlerde de ortak kontrolün söz konusu olduğu, ortak girişime dahil kişilerden hiç birinin tek başına hakimiyete sahip olmadığı hususunda detaylı açıklama için bkz. *Altay*, s. 350 vd, 603-606.

⁷⁵ Dolayısıyla, teşebbüsün unsurlarının varolup olmadığı araştırılırken, birliği oluşturan kişiler değil, tüzel kişiliği olmayan birlik dikkate alınacaktır.

⁷⁶ Bu kabulün şirketler topluluğu uygulamasında sakınca doğurabileceği, tüzel kişiliği olmayan birliği oluşturan kişilerden birinin ekonomik menfaatleri ile bağlı şirketlerin menfaatlerinin çatışabileceği düşünülebilir. Ancak, bu kişinin tek başına kendi iradesi ile tüzel kişiliği olmayan birliğin iradesini oluşturma ve bağlı şirket üzerinde hakimiyet tesis etme imkanı olmadığından, bağlı şirketin menfaatlerinin söz konusu kişinin kişisel menfaatleri uğruna gözardı edilmesi de söz konusu olmayacaktır.

⁷⁷ *Altay* ortak girişim şirketleri ile ilgili yaptığı açıklamada, hakim ortaklığın TTK m. 195/1'de bir ticaret ortaklığı olabileceğinin hükme bağlanması sebebiyle, hakim pay sahipleri arasındaki temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığın ticaret ortaklığı olmaması sebebiyle hakim ortaklık konumuna yerleşemeyeceğini, Tasarıda hakim ortaklık konusunda sınırlayıcı bir belirleme yapılmamış olması karşısında da sonucun değişmeyeceğini, bir hukuk öznesi olmayan ‘hakim pay sahipleri adi ortaklığının’ hakim ortaklık konumuna yerleşemeyeceğini belirtmiştir. *Altay*, s. 606. Ancak topluluğun hakiminin bir teşebbüs olabileceğinin hükme bağlanmış olması ve Kanun’un gerekçesinde yapılan açıklamalar dikkate alındığında, aksi kanaate ulaşmaktayım.

kapsamında tacir olmanın sonuçları ile ilgili yorumlar ise farklılık arz etmektedir. Söz konusu işletmelerin tüzel kişilikleri bulunmadığından, iflas yaptırımına tabi olmayacakları Arkan tarafından savunulurken, Karayalçın iflas yaptırımını da dahil tüm sonuçların bunlar hakkında da uygulanacağını kabul etmiştir.⁷⁸ Benzer bir durum tüzel kişiliğe sahip olmayan donatma iştiraki için TTK m. 17’de düzenlenmiştir. Donatma

⁷⁸ *Karayalçın*, s. 205-206. *Arkan*, s. 135. Ayrıca bkz. *Nomer Ertan (Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendiğelen/Kaya)*, s. 217, 220; *Yongalık, A.*: Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın “Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı İle İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Sicillerine Tescili Hakkında Tebliğ” (İç Ticaret: 2009/2) Hakkında Hukuki Değerlendirme, BATIDER, 2009, C. XXV, S. 3, s. 77. İflas yaptırımının uygulanamayacağı görüşünde *Kuru, B.*: II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, s. 52, 56; *Aslan/Şenyüz*, s. 52. Söz konusu durumda ticari işletmenin tacir sıfatını alacağı hususunda *Eriş, G.*: Gerekçeli – Açıklamalı – İctihatlı – 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, Mart 2013, s. 1107; *Erem, T. S.*, s. 78, 79. Benzer şekilde Karahan da kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar ile ilgili yaptığı açıklamalarda, devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin değil, bu tüzel kişiler tarafından kurulan kurum ve kuruluşun tacir sıfatına sahip olacağını açıklamıştır. *Karahan*, s. 92, 93. Karayalçın söz konusu açıklamalarında, tacir sayılan, iflas yoluyla takip edilebilen, unvanı olan, işletmesini ticaret siciline tescil ettirmiş, fakat tüzel kişiliği, usul ve takip hukuku bakımından taraf olma ehliyeti açıkça belirtilmemiş bir ticari işletme grubunun ortaya çıktığını, bu boşluğun taraf ehliyetinin sağlanması yönünde doldurulması gerektiğini belirtmiştir. eTTK m. 18/2 ve 3 hükmünü eleştiren Aker ise, kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernek ve vakıfların, tacir sıfatının varlığı halinde uygulanacak hükümlerin kapsamından bir bütün olarak değil, tek tek sayılmak suretiyle çıkarılmalarının daha doğru olacağını, bu kişiler bizzat tacir sayılmasalar da işlettikleri işletmelerin tacir sıfatından kaynaklanan hakları ve yükümlülükleri fiilen kullanacaklarını ve ifa edeceklerini belirtmiştir. *Aker*, s. 232, dn 8. Bu tartışmalara Arslanlı tarafından daha net bir açıklama getirilmektedir. Amme hükmi şahıslarına ticari işletme işletmeler bile tacir sıfatı izafe edilmemesinin sebebinin, devlet ve belediyeleri iflas gibi tüccar sıfatına bağlı bir müeyyideye tabi tutmama niyeti olduğunu belirten Yazar, açıklamalarına şu şekilde devam etmektedir; “Lakin devlet veya belediyelerin ticari işletme icabı yaptığı yaptığı muamele ile sair işletmelerin yaptığı muameleler arasında mahiyet bakımından fark yoktur. Menfaatler vaziyeti her iki işletme nevinde birbirinin aynı olduğundan, iflas gibi müeyyideler müstesna, tacirler, daha doğrusu, ticari işletmeler arasında tatbiki gereken hükümler ticaretle iştigal eden amme hükmi şahıslarına da teşmil edilmektedir.” bkz. *Arslanlı, H.*: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 24.

iştirakinin tacire ilişkin hükümlere aynen tabi olduğu belirtilmiş, bu şekilde iflas yaptırımının da uygulanacağı kabul edilmiştir⁷⁹.

Tüzel kişiliğe sahip olmayan bir birliğin şirketler topluluğunun hakimi olması durumunda tacir olmanın neticelerinin uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacak ise birliğin bütünü için mi yoksa birliği oluşturan kişilere tek tek mi uygulanacağı tartışma doğuracaktır.

II- TEŞEBBÜSÜN TACİR OLMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

Şirketler topluluğunun hakimi konumundaki teşebbüs, ticari işletme işletmese dahi, bu statüsü dolayısıyla tacir sayılacaktır (TTK m. 195/5). Dolayısıyla tacir olmanın hüküm ve neticeleri, teşebbüs hakkında da uygulanacaktır. Hüküm ve neticeler TTK m. 18 vd.'nda düzenlenmiştir. Ticari işletme işletmeyen teşebbüslerin şirketler topluluğunun hakimi olmaları sebebiyle tacir sayılmaları, tacir olmanın hüküm ve sonuçlarının uygulanması bakımından bazı tereddütlere sebep olabilir⁸⁰.

Yaşanacak tereddütlerden ilki, ticari işletme işletmeler dahi tacir sıfatına sahip olmayacakları kabul edilen kişiler bakımındandır. Bu grupta sayılan kişiler şirketler topluluğunun hakimi olmaları durumunda TTK m. 195/5 düzenlemesi uyarınca tacir olacaklar mıdır? Ticari işletme işletmeler dahi tacir sıfatını taşımayacak olanlar; devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri, kamu yararına çalışan dernekler, gelirin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflardır. Bizimde katıldığımız görüşe göre, TTK m. 16/2 hükmü m. 195/5'e kıyasla özel hüküm niteliğindedir. Zira bahis konusu olan şirketler topluluğunun özel sonuçları değil, tacir olmak ve

⁷⁹ Eriş, donatma iştirakinin tüzel kişiliğinin olmadığını, bir ticari işletme olan geminin ortaklar adına işletildiğini, bir tür adi ortaklık olduğunu, bu sebeple bazı ayırık durumlar dışında husumetin donatma iştirakini oluşturanlara tevcih edilmesi gerektiğini belirterek, iflas durumunda da donatma iştirakinin iflasının istenmesi gerektiğine işaret etmiştir. *Eriş*, s. 615.

⁸⁰ Eriş, 6102 sayılı TTK'nın kabulünden dolayısıyla da şirketler topluluğunun yasal olarak düzenlenmesinden önceki dönem için de anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürlerin hakim ortak ve sermaye sahibi olmaları durumunda tacir sayılmaları, doğrudan veya dolaylı çoğunluk sahibi ortağın veya ortakların tacir sayılması gerektiği kanaatini açıklamıştır. *Eriş*, s. 595, dn 4.

buna bağlanan neticelerdir. Hakim teşebbüs tacir sayıldığı içindir ki bu sonuçlara tabi tutulmuştur. Söz konusu kişiler hakim teşebbüs olsalar da tacir sayılmayacaklardır⁸¹. Ticari işletme işletmeler de tacir sıfatını taşımayan kişiler⁸², ortada bir ticari işletme bulunmadan sırf şirketler topluluğu ilişkisinde hakim konumunda bulunmakla da tacir sıfatını kazanmazlar.

Tacir olmanın hüküm ve sonuçları; iflas, ticaret unvanı kullanmak, işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek, ticari defter tutmak, ticaret ve sanayi odalarına kaydolmak, basiretli bir iş adamı gibi hareket, ticari örf ve adetlere tabi olmak, kanunda öngörülen ihtar ve ihbar şekillerine uymak, ticari iş karinesi, kararlaştırılmamış olsa bile ücret isteyebilmek, avanslar ve giderler için faiz talep edebilmek, fatura vermek, faturaya ve teyit mektubuna süresinde itiraz etmemenin neticeleri, ücret ve cezai şartın indirilmesini isteyememek, ticari yargı konusu olmak, ticari satış ve mal değişiminde özel hükümler, mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin özel sonuçları, hapis hakkı bakımından özel düzenlemelerdir. TTK m. 16/2'de sayılanlar dışında, şirketler toplulu-

⁸¹ *Okutan Nilsson*, s. 77; *Aker*, s. 287, dn 191; *Giray/Karahan*, s. 131. Akın'da TTK m. 16/2'nin özel düzenleme olduğu görüşünü belirttikten sonra, bu tüzel kişilerin hakim teşebbüs olarak aldıkları kararlar sonucu bağlı şirketi zarara uğratmaları durumunda, zarara uğraticı işlemlerinin değerlendirilmesinde tacirin sorumluluğuna ilişkin davranış kıstaslarının gözönünde bulundurulması suretiyle değerlendirme yapılacağını belirtmektedir. Bkz. *Akın*, s. 50. Arkan ise, TTK m. 195/5 hükmünün TTK m. 16/2'ye göre daha özel bir hüküm olduğunu, TTK m. 16/2'de yer alan istisnanın hakim teşebbüs bakımından uygulanamayacağını belirtmektedir. Arkan, s. 130.

⁸² eTTK m. 18/2'de yer alan bu hüküm ile ilgili 11. HD'nin 01.04.1974, E. 1974/1213, K. 1974/1128 sayılı kararında, davalı, Orman Genel Müdürlüğü'nün tacir olmadığına karar verilmiştir; "Bu Genel Müdürlük Kamu Hukuku kuruluşudur. Kendi kuruluş kanunları gereğince Hususi Hukuk Hükümleri Dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, Vilayet, Belediye gibi Kamu Tüzel Kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler tacir sayılır ise de, Türk Ticaret Kanunu'nun 18 inci maddesi gereğince, Kamu Tüzel Kişileri bir ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya isterse Kamu Hukuku hükümlerine göre idare edilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler kendileri tacir sayılamazlar. Bu itibarla davalı Orman Genel Müdürlüğü'nün tacir sayılması olanağı yoktur. Uyuşmazlık, Orman İşletmesince satılan emvalin vergisine ilişkindir. Davalının sıfatına ve uyuşmazlığın niteliğine göre Yargıtay incelemesini yapmak Dairemizin görevi dışındadır." www.kazanci.com.tr (Erişim tarihi: 02.04.2014).

ğu ilişkisi sebebiyle tacir sıfatını kazanan hakim teşebbüslerin tacir olmanın neticelerine tabi olup olmayacakları sorusuna toptan bir cevap vermek doğru bir neticeye ulaşmamızı sağlamaz. Tacir olmanın her bir sonucu bakımından ayrı ayrı değerlendirme yaparak soruna cevap aranmalıdır. Bu kapsamda da, söz konusu neticelerin uygulanması için işin her iki tarafının ticari işletmesi ile ilgili olmasının aranıp aranmamasına göre ikili bir gruplandırma yaparak değerlendirmek doğru olacaktır.

1- Taraflardan Birinin Tacir Olmasına Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar:

A- İflas:

Tacir her türlü borcu için iflase tabidir (TTK m. 18). Ticari işletme ile ilgili olmayan, adi iş niteliğindeki işlerden kaynaklanan borçlarda da, borçlu tacirin iflası talep edilebilir. Bu durum tacir olmanın en ağır neticelerindedir. Hakim teşebbüsün tacir sayılması, iflase tabi olma açısından büyük önem taşımaktadır.

Kural olarak iflase tabi olan kişiler tacirlerdir. Ancak istisnai olarak tacir olmayanlar da iflase tabi tutulmuşlardır. Bu kişilerin ticari işletme işletmemelerine rağmen iflas ettirilebilmeleri, hakim teşebbüsün iflase tabi olmasının sakınca doğurmayacağı izlenimi uyandırır. Zira hakim teşebbüsün tacir sıfatı mevcuttur.⁸³ Nitekim, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin yasalaşmasından önce verilen bir takım kararlarda da, Yargıtay tarafından hakim ortağın tacir sıfatının varlığına ve iflas ettirilebileceğine karar verilmiştir⁸⁴.

⁸³ Pulaşlı, hakim teşebbüsün tacir sayılması dolayısıyla tacir olmanın hükümlerinden iflase da tabi olacağı görüşündedir. bkz. *Pulaşlı*, s. 267, 268; *Pulaşlı*, Şirketler Hukuku, s. 308.

⁸⁴ 19. HD'nin 25.02.2003, E. 2002/7852, K. 2003/1405 sayılı kararına konu davada, davacının başlattığı iflas yoluyla icra takibine davalı tacir olmadığı gerekçesi ile itiraz etmiştir. Davacı ise, davalının ticaret sicilinde kaydı olmasa da, eTTK m. 14 uyarınca tacir kabul edileceğini, davalının bir çok şirketin kurucusu ve ortağı olduğunu, tacir sıfatıyla hareket ettiğini, bu hususun kamu oyuna basın yoluyla duyurulduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece ticaret sicil memurluklarından gelen yazılardan davalının tacir olmadığını anlaşıldığı belirtilerek dava reddedilmiş, Yargıtay davalının birden fazla şirketin sahibi ve ortağı olması, basın yoluyla kamu oyunda tacir izlenimi yarattığı iddia edildiğinden öncelikle eTTK m. 11, 13, 14 uyarınca gerekli araştırma yapılarak, sicil kayıtları getirilip incelenerek

Tacir olmamalarına rağmen iflasa tabi kişilere en temel örnek, tacir gibi sorumlu olanlar, donatma iştiraki, ticareti terk edenler, kollektif ve komandit şirket ortakları, banka yöneticileri ve ortaklarıdır. Bu kişilerin iflasa tabi olması istisnai bir düzenlemedir. İstisna hükümleri genişletilemez. Tacir her türlü borcu için iflasa tabidir. Bu kişiler ise, iflasa tabi olmalarını gerektiren durumdan kaynaklanan borçlar için iflas ettirilebilir. Örneğin kollektif şirket ortakları, şirketten alacaklı olan kişiler tarafından iflas yoluyla takip edilebilmekte, şahsi borçları için iflasa tabi olmamaktadırlar. Yine tacirin ticareti terkettikten sonra bir

sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur. bkz. *Eriş*, s. 600, 601. Bozma kararı üzerine Yerel Mahkeme bozmaya uymuş ve uymadan sonra alınan asıl ve ek bilirkişi raporları benimsenerek, davacının birden çok şirkette ortak olduğu, bir şirkette de yönetim kurulu başkanı olduğundan TTK'nın 11, 14 ve 17. maddeleri kapsamında tacir olduğunun kabulü gerektiği belirtilerek, depo kararının yerine getirilmediği gerekçesi ile davanın kabulüne ve davalının iflasına karar verilmiştir. Kararın tekrar temyizi üzerine, 23. HD E. 2012/2719, K. 2012/4987 kararında, borç için kısmi ödeme yapılıp yapılmadığının araştırılması ve iflasın açıldığı tarihin açık bir şekilde yazılmaması sebepleriyle kararın bozulduğu belirtilmiş, bunun dışında kalan temyiz itirazlarının yerinde olmadığına karar verilmiştir. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi 11.06.2014). Benzer şekilde 19. HD'nin 02.11.2000, E. 2000/5828, 2000/7383 K., kararına konu olayda, davacı vekili davalının müvekkili ile ...Otomotiv AŞ arasındaki kredi sözleşmesinin müteselsil kefil olduğunu, kredi borcunun ödenmemesi üzerine davalı aleyhinde haciz yoluyla başlatılan takibin iflas yoluna çevrildiğini, itirazların haksız olduğunu belirterek, davalının iflasına karar verilmesini istemiş, davalı vekili müvekkilinin tacir olmadığını, ticaret şirketine ortak olmanın gerçek kişilere tacir sıfatı vermediğini belirterek davanın reddini istemiştir. Temyiz incelemesi neticesinde ise 19. HD, davalının ticaret sicilinde şahsi kaydı yoksa da, bir çok anonim şirketin ortağı ve yöneticisi olan, MÜSİAD adlı kuruluşa sanayici olarak bildirimde bulunan, İstanbul Ticaret Odasında yöneticilik yapan davalının tacir olduğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi 11.06.2014). Yargıtay Tic. D'nin 23.03.1961 T., E. 1961/344, K. 1961/371 kararında ise, Ordu Yardımlaşma Kurumu ile ilgili olarak yaptığı değerlendirmede, Kurumun devlet tarafından özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek üzere kurulmuş olması sebebiyle tacir sayılmasının yanısıra, bilirkişi incelemesi ile de tespit edilen Kurum'un limited şirket ve bir de anonim şirket ile hususi ortaklık mukavelesi imzalaması, şirketlere kar gayesi ile sermaye iştiraki bulunması, ordu satış kooperatiflerini bünyesine almak için teşebbüse geçmesi faaliyetleri, "... ticari işletmeye müncer olacak bir faaliyet içinde bulunmak..." olarak değerlendirilmiştir. Karar metni ve değerlendirmesi için bkz. *Bozer*, A.: Sosyal Sigortalar Kurumlarının Tacir Sıfatı, BATIDER, 1962, C. I, S. 4, s. 571 vd.

yıl daha iflas yoluyla takip edilebileceği borçlar, ticareti terk ettiğini ticaret siciline tescil ettirmeden önce doğan borçlardır.

Benzer durum hakim teşebbüs açısından da söylenebilir mi? Yani, hakim teşebbüs de sadece şirketler topluluğu ilişkisinden kaynaklanan borçlar için mi iflasa tabidir? TTK m. 195/5 hakim teşebbüsün tacir sayılacağını söylemekle yetinmiştir. Hükmün bu ifadesi TTK m. 14'de yer alan ticaret yapmaktan menedilenler, TTK m. 16/1'de düzenlenen tüzel kişi tacirler ve TTK m. 12'de yer alan fiilen işletilmeye başlanmamış olan işletmeler⁸⁵ ile ilgili ifadelerle paralellik arz etmektedir. Her üç hükümde de tacir sayılacağı belirtilen kişiler, sadece tacir sayılmalarını gerektiren ilişkiden kaynaklanan borçlardan değil, her türlü borçları sebebiyle iflas ettirebilmektedir. Bu durumda, tacir sıfatını taşımayan bir teşebbüsün şirketler topluluğu ilişkisi sebebiyle tacir sayılması durumunda da, her türlü borcu sebebiyle iflas ettirilebilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Örneğin bir dernek ya da kamu tüzel kişisi tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar, hakim teşebbüs sıfatı dışında sürdürdüğü faaliyetler sebebiyle doğan borçları için de iflas yoluyla takip edilebilecektir. Bu durum ilk bakışta yadırganabilirse de, söz konusu kişilerin ticari işletme işletmesi halinde karşılaşılabileceği netice de bu yöndedir⁸⁶. Teşebbüsün topluluğun hakimi konumunda olması halinde ortada bir ticari işletmenin bulunmadığı, bu sebeple aksi durumun kabulü gerektiği ileri sürülebilirse de, kanaatimce şirketler topluluğu ilişkisinin çoğu

⁸⁵ eTTK m. 14 – TTK m. 12 hükmünün iki farklı alternatifi düzenlediği, birincisinde fiilen işletilmeye başlanmamış olsa da kurulup açıldığı özel ilanla halka duyurulmuş ticari işletmelerin varolduğu, ikincisinde ise işletmenin ticaret siciline kaydedilerek keyfiyetin ilanının söz konusu olduğunu, bu ikinci durumda tacir sıfatının kazanılması için gerekli olan işletmenin ticari işletme niteliğinde olması şartının ikame edildiği görüşü ve detaylı açıklama için bkz. *Aker*, s. 249-264.

⁸⁶ Kendigelen, '3. Ticari İşletmenin Malvarlığı, 3.1.1. Ekonomik ve Hukuki Anlamda Bir Bütün Oluşturması' başlığı altında yaptığı açıklamalarda, ticari işletmenin malvarlığı kapsamında gündeme gelen sorunun arka planında gerçek kişi tacirin sorumluluğunun sadece işletmeye tahsis ettiği malvarlığı ile sınırlandırılmasının hukuken isabetli olup olmayacağı tartışmasının yattığını belirtmektedir. Sınırlamanın mümkün olması gerektiğinin savunulduğunu belirten yazar, bu imkânın tanınmamasının kişileri saman adamlarla sermaye şirketi kurmaya, kanuna karşı hile yoluna başvurmaya yönelttiğinin iddia edildiğini, ancak Türk hukuku bakımından sınırlı sorumlu ticari işletme kurmanın da mümkün olmadığını, tek kişi şirketlerinin aynı sonucu doğurabileceğini belirtmiştir. *Kendigelen (Ülgen/Teoman/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan)*, s. 181.

zaman normal bir ticari işletmenin boyutlarını önemli ölçüde aşması sebebiyle, bu görüş doğru olmayacaktır.

İcra İflas Kanunu (İİK) m. 44 hükmüne göre, ticareti terk eden tacir, on beş gün içinde durumu ticaret siciline bildirmek ve bir mal beyanında bulunmak zorundadır. Durumun ticaret sicil gazetesinde ve alacaklıların bulunduğu yerlerde mutad ve münasip vasıtalarla ilanından itibaren bir sene süreyle daha ticareti terk eden tacir hakkında iflas yoluyla takip yapılabilir. Söz konusu tescil ve ilan yükümlülüğü ve bir yıl boyunca iflasa tabi olma neticesi hakim teşebbüsler bakımından da uygulanabilir mi? Hakim teşebbüs bakımından ticaret siciline tescil ve ilan yükümlülüğü TTK m. 198'de düzenlenmiştir.

Bir teşebbüsün sermaye şirketinde sadece belirli bir oranda pay sahibi olması durumu için değil, pay oranının belirtilen oranların altına düşmesi halinde de tescil ve ilan yükümlülüğü düzenlenmektedir. Yaptırım bakımından da hem pay oranı artışında, hem de pay oranı düşüşünde bildirim, tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece ilgili paylara ait oy hakkı dahil diğer hakların donacağı kabul edilmiştir. İİK m. 44 hükmü ile karşılaştırıldığında, düzenlemenin mal beyanı vermek dışında bir farklılığının mevcut olmadığı görülmektedir. Mal beyanı verilmemesi ise iflas yaptırımına tabi olunan bir yıllık sürenin başlangıcına etkili değildir⁸⁷. Süre ilan tarihinden itibaren başlayacaktır. Bu sebeple, şirketler topluluğunun hakimi olan teşebbüsün TTK m. 198 hükmü uyarınca yapacağı tescil, iflasa tabi olma bakımından bir yıllık süreyi başlatacaktır.

TTK m. 195 pay oranlarına dayanarak hakimiyetin tesisinin yanısıra, yönetim organına üye seçim hakkının elde edilmesi, bir sözleşme gereğince hakimiyetin tesis edilmesi ya da başkaca bir yolla hakimiyet sağlanması hallerinde de şirketler topluluğunun varlığını kabul etmiştir. TTK m. 198 ise pay oranlarındaki değişiklik dışında sadece hakimiyet sözleşmesine ilişkin tescil yükümlülüğünü düzenlemiştir. Bu sözleşme ile ilgili olarak da sadece akdedilme aşamasında tescil ve ilanının geçerlilik şartı olduğu belirtilmiştir. Hakimiyet sözleşmesinin sona ermesi, ya da hakimiyet tesis eden diğer hallerin ortadan kalkması halinde, hakim teşebbüsün tacir sayılması dolayısıyla iflasa tabi olacağı sürenin ne za-

⁸⁷ Mal beyanında bulunmamanın müeyyidesi ile ilgili açıklama için bkz. *Kuru, B. : Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler*, AÜHFD, C. XXVII, 1970, S.1-2, s. 114,115.

man biteceği uygulamada sorunlara sebep olabilecektir. Kanaatimce, tacir sayılan hakim teşebbüs, iflas yaptırımını ile karşı karşıya kalmak istemiyorsa, pay oranı dışında hakimiyetin başka yollarla tesisi halinde de İİK m. 44 hükmüne uygun olarak tacir sıfatının hakimiyetin sona ermesi ile ortadan kalktığını ticaret siciline bildirmelidir. Aksi takdirde bir yıllık sürenin işlemeye başlamadığı iddiası ile karşılaşılabilecektir.

B- Ticaret Unvanı Kullanmak:

Tacir kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek (TTK m. 18) ve ticari işletmesine ilişkin işlemleri ticaret unvanıyla yapmak, işletmeyle ilgili tüm belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır (TTK m. 39). Ticaret unvanının şekli de gerçek kişiler, ticaret şirketleri, ticari işletmeye sahip tüzel kişiler, donatma iştiraki, şubeler bakımından ayrı ayrı olmak üzere, çekirdek kısımların ve alınabilecek eklerin neler olduğu belirtilmek suretiyle detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Ticaret unvanı taciri tanıtır. Unvanın nasıl oluşturulacağını düzenleyen TTK m. 41 vd. hükümlerinde hakim teşebbüsün tacir sayılması ihtimali dikkate alınmamıştır. TTK m. 44'ün başlığı "Tacir Sayılan Diğer Tüzel Kişiler"dir. Ancak hüküm "Ticari işletmeye sahip olan dernek, vakıf ve diğer tüzel kişilerin ticaret unvanları, adlarıdır." şeklindedir. Kanaatimce ticari işletme işletmeyen hakim teşebbüs de, tacir sıfatını taşıması sebebiyle, şirketler topluluğu ile ilgili işlemler yaparken ticaret unvanı kullanma yükümlülüğü altında olmalıdır. Her ne kadar ticari işletmesi bulunmasa da, hakim teşebbüs sıfatıyla yaptığı işlemlerde ticaret unvanını kullanmalıdır. Unvanın çekirdek kısmının nasıl oluşturulacağı ise TTK m. 41 ve 44/1 hükmü uyarınca belirlenmelidir. Yani hakim teşebbüs kendi adını ticaret unvanı olarak kullanmalı, ek alınması zorunlu ise TTK m. 46'ya uygun bir ek almalı⁸⁸.

C- Basiretli Bir İş Adamı Gibi Hareket Etmek:

Her tacir ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadımı gibi hareket etmekle yükümlüdür (TTK m. 18/2). Tacirin yaptığı

⁸⁸ Doktrinde kamuya yararlı derneklerin ve kamu kuruluşlarının oluşturduğu işletmelerin varlığı halinde, dernek ve kamu kuruluşlarının ticaret unvanı olarak kullanmaları gereken kendi adlarına ihtiyari ek alıp alamayacakları tartışmalıdır. Eriş ek alınmasına karşı çıkmaktadır. *Eriş*, s. 855.

her işlemde değil, sadece sürdürdüğü ticari faaliyetin kapsamına giren işlemlerde bu yönde davranması kendisinden beklenmektedir. Bu durum, tacirin söz konusu faaliyeti meslek olarak sürdürüyor olması sebebiyle, işinin inceliklerine vakıf olması gerektiği öngörüsünden kaynaklanmaktadır.

Hakim teşebbüs olması dolayısıyla tacir sıfatının kazanılması ihtimalinde, hakim teşebbüsün sorumluluğunu doğuran hallerde⁸⁹ özellikle basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü karşımıza çıkacaktır⁹⁰. Tam hakimiyet halinde verilen talimatlara uyma zorunluluğu (TTK m. 203) bulunduğundan, topluluğun ekonomik politikalarının belirlenmesi hususunda, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne uygun hareket edilmelidir. Şirketler topluluğu dışında kalan faaliyetleri bakımından ise bu şekilde bir yükümlülüğü yoktur.

Basiretli bir iş adamı gibi hareket zorunluluğundan kaynaklanan bir diğer yükümlülük, ücret ve cezai şartın aşırı olduğu iddiası ile indirilmesinin istenememesidir. Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 121/2, 182/3, 525 hükümlerinde yazılı hallerde ücret veya cezai şartın aşırı olduğu iddiasıyla indirim isteyemeyecektir (TTK m. 22). Hüküm tacirin borçlarının ticari faaliyeti ile ilgili olması şartını getirmemiştir. Ancak bu hüküm, tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket yükümlülüğünün bir yansıması olduğundan, gerçek kişi tacirin sadece ticaretine ait faaliyetleri nedeniyle üstlendiği cezai şart ve ücretler bakımından uygulanmalıdır⁹¹.

Gerçek kişiler açısından durum bu yönde olmakla birlikte, tüzel kişiler için aynı neticeye ulaşmak mümkün değildir. Zira gerçek kişinin aksine tüzel kişilerin adı işe ilişkin sahaları yoktur. Her türlü işleri ticaridir. Buradan hareketle, tüzel kişilerin her türlü işleri için ücret ve

⁸⁹ Okutan, hakim şirketin sorumluluğunu doğuran halleri üç başlık altında şu şekilde sıralamaktadır: -Bağlı şirketin yönetimine yapılan müdahalelerden sorumluluk, -bağlı şirketin GK'sında alınan kararlara ilişkin sorumluluk, -güvenden doğan sorumluluk. bkz. *Okutan*, s. 96 vd.

⁹⁰ Pulaşlı, tacir sayılma dolayısıyla tacir olmanın hükümlerinden basiretli bir iş adamı gibi hareket yükümlülüğüne de hakim teşebbüsün tabi olacağı görüşündedir. bkz. *Pulaşlı*, s. 267, 268; *Pulaşlı*, *Şirketler Hukuku*, s. 308.

⁹¹ *Arkan*, s. 148; *Poroy, R./Yasaman, H.*: *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2012, s. 139; *İmregün*, s. 41.

cezai şartın indirimi yasağına tabi olduğu doktrinde kabul edilmiştir⁹². Basiretli bir iş adamı gibi hareket yükümüne ilişkin TTK m. 18/2 ticari işletmeden bahsetmemiş, ‘ticaretine ait bütün faaliyetlerinde’ ifadesini kullanmıştır. Ücret ve cezai şartın indirilmesinin istenememesinin, tacirin m. 18/2’deki bu yükümlülüğünden kaynaklandığı gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla, ticaret şirketleri bakımından TTK m. 22 mutlak anlamda uygulanırken, ticari işletme işleten diğer tüzel kişiler ve özellikle de şirketler topluluğunun hakimi olması sebebiyle tacir sıfatını taşıyan hakim teşebbüsler bakımından indirim yasağı, sadece bu faaliyetleri sebebiyle üstlendikleri borçlar için uygulanmalıdır.

D- Ticari Örf ve Adetlere Tabi Olmak:

Hakkında ticari bir hüküm olmayan ticari işlere öncelikle ticari örf ve adet kuralları, ancak bunların da yokluğu halinde genel hükümler uygulanacaktır. Tacirlerin ticari örf ve adetleri bilmeleri yada bilmelerinin gerekmesi aranmaz. Ancak tacir olmayanlar hakkında uygulanabilmeleri için biliyor olmaları veya bilmelerinin gerekmesi şarttır. (TTK m. 1/2, 2/3) Şirketler topluluğu ilişkisi, TTK’da düzenleniyor olması sebebiyle ticari iştir (TTK m. 3). Hakim teşebbüsün tacir sıfatı da bulunduğundan, şirketler topluluğu ilişkisinde ticari örf ve adet kuralları, ticari hükmün bulunmadığı hususlarda, bilip bilmediğine bakılmaksızın hakim teşebbüs hakkında da uygulanacaktır.

E- Ticari İş Karinesine Tabi Olmak:

Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Tüzel kişiler bakımından bu kuralın istisnası yokken, gerçek kişiler bakımından ticari işletme ile ilgili olmadığından diğer tarafa bildirildiği ve durumun ticari iş sayılmaya elverişli olmadığı hallerde adi işin varlığı kabul edilir. Hakim teşebbüsün tacir sayılması sebebiyle de ticari iş karinesinin uygulanması gündeme gelecektir. Gerçek kişinin hakim teşebbüs konumunda olması durumunda, tacir sıfatı dolayısıyla uygulanacak ticari iş karinesi

⁹² Arkan, s. 148, dn 4; Poroy/Yasaman, s. 138. HGK’nın 15.10.1997 T., 1997/9-486 E., 1997/822 K. sayılı kararının eleştirisi için bkz. Poroy/Yasaman, s. 138, 139. İmregün ise, gayelerine ulaşmak için ticari işletme işleten kamuya yararlı olmayan derneklerin ticari işletmeleri ile ilgili olmayan iş ve işlemlerinde ücret ve cezai şartın indirilmesi yasağına tabi olmamaları gerektiği kanatindedir. bkz. İmregün, s. 41.

neticesinde, adi işin varlığı sadece yukarıda sayılan iki halden birinin varlığında kabul edilecektir. Ancak asıl tartışma doğuracak husus, hakim teşebbüsün bir tüzel kişi olması halidir. Örneğin bir derneğin varlığı halinde durum ne olacaktır?

Arslanlı, ticaret şirketlerinin adi sahaları bulunamayacağını, çünkü, Kanun'un ticaret şirketlerinin teessüsü ile ticari bir işlemenin de doğduğu faraziyesinden hareket ettiğini, hukuken ve iktisaden ticari bir işletme mevcut olmasa dahi işletmenin varsayıldığını belirttikten sonra, şu açıklamalarda bulunmaktadır; *“Ticaretle iştigal eden amme hükmi şahıslarında idari ve ticari olmak üzere iki saha bulunabilir. Kezalik gayesine erişmek için ticari şekilde icrai sanat eden cemiyetlerde de ticari ve gayri ticari olmak üzere iki sahadan bahsedilebilir”*⁹³. Poroy/Yasaman ise tüzel kişi tacirin bir dernek olsa dahi adi alanının olmadığını, bütün borçlarının ticari olduğunu, açıklamıştır⁹⁴.

Tüm bu hususlar çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, Kanunda aksi yönde bir düzenleme yapılmadıkça bir dernek, vakıf vb tüzel kişinin ticari işletme işletmese dahi şirketler topluluğunun hakimi olması sebebiyle tacir sıfatını taşıması, onun tüm işlemlerinin ticari iş olması sonucuna bizi ulaştıracaktır. Tüzel kişi hakim teşebbüsün adi sahası bulunmayacaktır.

F- Ticari İşletme Kapsamında Sürdürülen Faaliyetler İle İlgili Diğer Yükümlülükler:

Tacir ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmekle yükümlüdür (TTK m. 18/1). Bunun yanısıra işletmesi ile ilgili bir kısım işlemler için de ayrıca tescil yükümlülüğü düzenlenmiştir. Tescilin sonuçları ise TTK m. 36 vd. hükümlerinde sicilin olumlu ve olumsuz etkisi, görünüşe güven olarak hükme bağlanmıştır. Şirketler topluluğu ile ilgili tescil yükümlülüğü ise TTK m. 198'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre bir teşebbüs bir sermaye şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak belirli oranlarda paylarına sahip olduğu veya payları belirtilen oranların altına düştüğü takdirde, durumu söz konusu işlemin tamamlanmasını takip eden on gün içinde ilgili sermaye şirketine ve yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür. Bildirimin ticaret siciline tescil ve ilanı da zorunlu

⁹³ bkz. Arslanlı, s. 26.

⁹⁴ Poroy/Yasaman, s. 76.

olup, sermaye şirketinin internet sitesinde de ilan edilecektir. Aykırılık, ilgili paylara ait oy hakkı da dahil olmak üzere tüm hakların donmasına sebep olacak, dolayısıyla da bu hakların ve hakimiyetin kullanılması mümkün olmayacaktır.⁹⁵ Sözleşmesel hakimiyetin söz konusu olması durumunda, hakimiyet sözleşmesinin geçerliliği de ticaret siciline tescil ve ilan şartına tabidir⁹⁶. Bu hüküm, tacir olmanın sonuçlarından ticaret siciline tescil zorunluluğunun yerini almaktadır. İlave başkaca bir tescil yükümlülüğünden bahsedilmemelidir⁹⁷. Ancak, hakimiyetin başka yollarla tesisi için tescil yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Bu hallerde ortada bir ticari işletme de bulunmadığından, ticaret siciline tescil yükümlülüğünden de bahsedilemeyecektir.

Her tacir ticari defterleri tutmak ve defterlerde ticari işlemleriyle ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini, her hesap döneminde elde edilen neticeleri ortaya koymak zorundadır. Defterler işletmenin faaliyetleri ve finansal durumu hakkında uzmanlara makul bir inceleme ile fikir verebilecek açıklıkta tutulmalı, işletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişmesi defterlerden izlenebilmelidir. (TTK m. 64/1) 213 sayılı VUK m. 172’de ise defter tutacak kişiler

⁹⁵ “TTK m. 198’de öngörölmüş olan bildirim, tescil ve ilan yükümlülüklerinin tacir sayılmaya herhangi bir etkisi yoktur“ *Aker*, s. 288. Her ne kadar TTK m. 198’deki tescil ve ilan yükümlülüğü, TTK m. 18/1’deki yükümlülüğün yerini alsa da, TTK m. 18/1’deki yükümlülüğün de tacir sıfatının kazanılmasına bir etkisinin bulunmaması, TTK m. 195/1(a), 2 hükümlerinde hakların kullanılmasının değil, hakimiyet tesis eden haklara sahip olunmasının kriter olarak kabul edilmesi karşısında, şirketler topluluğu ilişkisinin ve hakim teşebbüsün tacir sıfatının bildirim, tescil ve ilan ile kazanıldığından bahsetmek olanaklı değildir.

⁹⁶ Hakimiyet sözleşmesinin geçerliliği için tescil şartının getiriliş sebebi ile ilgili açıklama için bkz. *Okutan*, G.: Şirketler Topluluğu, *Bankacılar Dergisi*, 2011, S. 79, s. 93.

⁹⁷ Şirketler topluluğu ilişkisinde bildirim, tescil ve ilan yükümlülüğünün öngörölmediği ihtimaller, TTK m. 195/1(B) de yer alan “...bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyeti altında tutabiliyorsa,” ifadesine dayanarak, hakimiyet sözleşmesi dışında kalan bir sözleşme veya başka bir yolla hakimiyetin tesis edilmiş olmasıdır. Bu durumda paylara, oy haklarına, yönetim organına üye seçimi hakkına sahip olmak ya da bir hakimiyet sözleşmesi çerçevesinde hakimiyetin tesisi söz konusu değildir. Bunlar dışında kalan bir yolla hakimiyet kurulmuştur. Bu durumda, somut olay dikkate alınarak, hakimiyetin ne surette tesis edildiğinin tespiti suretiyle, ayrıca bir tescil ve ilan yükümlülüğünden bahsedilmesi gerekkip gerekmediği tartışılmalıdır.

sayım yoluyla belirlenmiştir; ticaret ve sanat erbabı, ticaret şirketleri, iktisadi kamu müesseseleri, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler, serbest meslek erbabı, çiftçiler. Hakim teşebbüs şirketler topluluğu ilişkisi dışındaki faaliyetleri sebebiyle de defter tutma yükümlülüğü altında olabilir. Bu yükümlülüğün doğumuna sebep olacak başkaca bir faaliyeti olmayan, sadece hakim teşebbüs olması dolayısıyla tacir sayılan teşebbüsün ticari defter tutma zorunluluğu mevcut mudur?

TTK m. 64/1 hükmü tacirin 'ticari işlemlerinin' defterlere işleneceğini hükme bağlamıştır. Bağlı şirket yönetim kurulu, her faaliyet yılının ilk üç ayı içinde, şirketin hakim ve bağlı şirketlerle ilişkileri hakkında bir rapor düzenlemek zorunda olup, rapor doğru ve dürüst hesap verme ilkelerine uygun olarak düzenlenecektir. (TTK m. 199) Yine ticaret şirketlerinin denetlenmesine ilişkin hükümler arasında hakim ve bağlı şirketler arasındaki ilişkilerin denetimi ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. VUK m. 182 vd.'nda ise tutulacak defterler ve kaydedilecek hususlar düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemelerin hiç biri, topluluğun hakimi olmak dolayısıyla defterlere nelerin kaydedileceğini açıklamamaktadır. Bu hususta başlıca amacı başka işletmelere katılmak olan holdingler tarafından tutulan defterler dikkate alınarak soruna çözüm bulunabilir. Ayrıca hakim teşebbüsün bağlı şirketler üzerinde kontrol sahibi olmak dışında bir iktisadi faaliyetinin bulunmaması ihtimalinde kontrolün ne surette sağlandığı dikkate alınarak defterlere kaydedilecek hususlar belirlenebilir. Örneğin, iki veya daha fazla şirkette kontrolü temin edecek ölçüde paya sahip olan hakim teşebbüs, sahip olduğu menkul kıymetleri, bağlı şirketlere olan borçlarını ve alacaklarını tutacağı defterlere kaydedecektir.

Tacir olmanın ticari işletme ile ilgili diğer bazı sonuçları, kararlaştırılmamış olsa bile uygun bir ücret isteme, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için faiz talep etme ve fatura vermedir. Tacir ticari işletmesi ile ilgili bir iş görmüş ise uygun bir ücret isteyebilecek, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için faize hak kazanacak, ticari işletmesi kapsamında bir mal satmış, üretmiş, iş görmüş, menfaat sağlamışsa karşı tarafın talebi üzerine fatura düzenlemesi gerekecektir (TTK m. 20, 21). Hakim teşebbüsün ticari işletmesinin bulunmadığı durumlarda ise, söz konusu yükümlülüklerin varlığından bahsedilemeyecektir.

Faturaya ve teyit mektubuna süresinde itiraz etmemenin neticeleri TTK m. 21/2 ve 21/3'de düzenlenmiştir. Bu neticelerin doğması

için faturayı alan kişinin tacir olmasının gerekli olup olmadığına ilişkin bir açıklık hükmünde yer almamakta, doktrinde ise fikir ayrılıkları bulunmaktadır⁹⁸. Hüküm, faturayı ve teyit mektubunu alan kişinin itiraz etme yükümlülüğünden bahsetmiş, bu kişinin sıfatı ile ilgili bir açıklık getirmemiştir. Hükümün gerekçesinde ise sadece eski hükmün tekrarı olduğunun belirtilmesi ile yetinilmiştir. Tacir sıfatına sahip olmayanların dahi fatura ve teyit mektubuna itiraz yükümlülüğünden bahsedilmesi karşısında, tacir sıfatı bulunan hakim teşebbüsün de bu yükümlülüğe tabi olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.

2- Her İki Tarafın da Tacir Olması Durumunda Uygulanacak Hüküm ve Sonuçlar:

A- Kanunda Öngörülen İhtar ve İhbar Şekillerine Uyuma:

Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihtar veya ihbarların noter aracılığı ile, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekir (TTK m. 18/3). Hüküm her iki tarafın tacir olması şartını aramış, ticari işlet-

⁹⁸ İmregün, öğretide fatura ve teyit mektubuna süresi içinde itiraz etmemenin sonuçlarının tacirler arasında uygulanacağı yönündeki görüşleri eleştirerek, bu görüşün temenni edilebileceğini, ancak TTK'nın mevcut sisteminde kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Faturadaki düzenlemeden farklı olarak teyit mektubu için tacir ifadesinin değil, 'bir kimse' ifadesinin kullanıldığını belirten Yazar, bu sebeple teyit mektubuna ilişkin hükmün her iki tarafın tacir olmadığı hallerde de uygulanabileceğini belirtmiştir. Fatura bakımından ise düzenleyenin tacir olması ve ticari işletmesi icabı faturayı vermesi, diğer tarafın ise tacir olmaması durumunda da hükmün uygulanacağını kabul etmiştir. bkz. *İmregün, O.*: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2001, s. 40. Arkan ise, ilgili hükmün tacir olmanın neticelerini düzenleyen maddeler arasında yer alması ve tacir olmayanları 8 gün içinde itiraz etmek gibi ağır bir yükümlülüğe tabi tutmanın hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun düşmeyeceği gerekçesi ile hükmün sadece tacirler hakkında uygulanmasının daha isabetli olduğunu belirtmiştir. bkz. *Arkan*, s. 153. Ülgen'de Kanun'un sistematliğini dikkate alarak aynı neticeye ulaşmaktadır. bkz. *Ülgen, H.*: Türk Ticaret Hukukunda Hukuki görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul 2005, s. 178, dn 397. Moroğlu ise, TTK m. 21/3 hükmünü teyit mektubunu alan kişinin tacir olması gerektiği ifadesinin maddeye eklenmesi gerektiği yönünden eleştirmektedir. *Moroğlu, E.*: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2012, s. 40, 54.

meleri ile ilgili olması yönünde ya da m. 18/2 hükmüne paralel olarak “ticaretine ait bütün faaliyetlerinde“ ifadesine yer vermemiştir. Ancak doktrinde Arkan ve İmregün tarafından kabul edildiği üzere, ihtar ve ihbarları belirli şekil şartlarına tabi tutan hüküm, her iki taraf tacir olsa dahi, yapılan iş sadece taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili ise uygulanmamalı, söz konusu şekil şartlarına tabi olmadan ihtar ve ihbar yapılabilmelidir.⁹⁹

TTK m. 18/3, hakim teşebbüsün tacir sayılması sebebiyle onlar hakkında da uygulanacaktır. Nitekim hakimiyet sözleşmesi ya da şirketler topluluğu ilişkisi çerçevesinde hakim teşebbüsün bu tür bir ihtar veya ihbarda bulunması ya da hakim teşebbüse bu tür bir ihtar ya da ihbarın gönderilmesi söz konusu olabilir. Bu hallerde hakim teşebbüsün ihbar ve ihtara ilişkin şekilden muaf tutulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmamaktadır. Ancak bu yükümlülüğün hakim teşebbüs bakımından da ticaretine ait faaliyetleri ile sınırlı uygulanması gerekir.

B- Bileşik Faiz Uygulaması:

Ticari işlerde faize ilişkin TTK m. 8/2 hükmü, bileşik faizin yalnız cari hesaplar ile her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde geçerli olacağını, ayrıca sözleşenlerin tacir olmaları gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu hüküm, şirketler topluluğunun hakimi olan teşebbüsün sırf bu konumu sebebiyle tacir olması durumunda, tarafı olduğu cari hesap ilişkilerine bileşik faizin uygulanmasına imkan vermektedir. Ödünç sözleşmeleri bakımından ise tacir olmanın yanısıra her iki taraf bakımından da ticari iş sayılması aranacaktır.

C- Ticari Satış ve Mal Değişiminde Özel Hükümler, Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Özel Sonuçları, Hapis Hakkı Bakımından Özel Düzenlemeler:

TTK m. 23 her iki tarafı da tacir olan satış ve mal değişimlerine ilişkin özel düzenlemeler getirmiştir. Hüküm her ne kadar tarafların ticari işletmeleri ile ilgili bir satış ve mal değişimi olması gerektiğinden bahsetmese de, TBK’nda düzenlenen satış ve mal değişim sözleşmesinden farklılık taşıyan özel düzenlemelere tabi tutmak için, her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olmasını aramak gerekmektedir. Dolayısıyla,

⁹⁹ Arkan, s.158; İmregün, s. 42.

ticari işletmesi bulunmayan bir teşebbüsün şirketler topluluğunun hakimi olması dolayısıyla tacir sıfatını kazanması, bu teşebbüsün yapacağı satış ve mal değişimine ilişkin sözleşmeleri TTK m. 23 düzenlemesine tabi tutmayacaktır. TTK m. 23'de düzenlenen hususlar bakımından da TBK hükümlerine tabi olmaya devam edecektir.

6102 sayılı TTK ile getirilen önemli yeniliklerden birisi m. 1530'da düzenlenen mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarıdır. Hüküm ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan sözleşmelerde ödeme süreleri ve temerrüdün gerçekleştiği tarihleri düzenlemektedir. Bu düzenlemenin de doğrudan tacirleri değil, ticari işletmeler arası sözleşmeleri düzenlemesi sebebiyle, sadece hakim teşebbüs olmak sebebiyle tacir sayılmak, hakim teşebbüsü bu düzenlemeye tabi kılmayacaktır.

Ticari işlerde hapis hakkına ilişkin özel düzenleme ise TTK'da değil, TMK m. 950'de yer almıştır. Buna göre, alacaklının hapis hakkını kullanabilmesi için aranan şartlardan hapis hakkına konu eşya ile alacak arasında bir bağlantının bulunması şartı, zilyetlik ve alacağın ticari ilişkiden doğmuş olması ve tacirler arasında olması şartı ile var sayılacaktır. Ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekmeyecektir. Bu hükümde de doğrudan tacir sıfatı dolayısıyla değil, tacirler arasındaki ticari ilişkilere hükmün uygulanması öngörüldüğünden, hakim teşebbüsün sırf bu sebeple tacir sayılması, hükmün uygulanmasını temin etmeyecektir.

D- Ticari Yargı Konusu Olma:

Ticari davaların neler olduğu, mutlak ve nisbi ticari dava olarak iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Mutlak ticari davalar için tarafların sıfatlarına ve dava konusunun ticari işletme ile ilgili olup olmadığına bakılmazken, nisbi ticari davalarda dava konusunun ticari işletme ile ilgili olup olmadığı kriter olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme yöntemi sebebiyle, hakim teşebbüsün tacir olduğunun kabulü, taraf olduğu uyuşmazlıkların ticari yargı konusu olup olmayacağı hususunda tereddüde yol açmamaktadır. Şöyle ki; şirketler topluluğu ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, TTK içinde düzenleniyor olmaları sebebiyle mutlak ticari davadır ve ticari yargı konusudur. Bu ilişki ile ilgili olmayan uyuşmazlıklar bakımından ise, uyuşmazlık konusunun diğer mutlak ticari dava halleri arasında sayılıp sayılmadığına, mutlak ticari davalar ara-

sında sayılmıyorsa, ticari işletmenin mevcut olması durumunda ticari işletme ile ilgili bir uyuşmazlık olup olmadığına bakılacaktır. Dolayısıyla sadece uyuşmazlığın tarafının hakim teşebbüs olup olmaması, ticari davanın var olup olmadığı değerlendirilmesinde etkili olmayacaktır.

SONUÇ

Teşebbüs, ticari işletme kavramına oranla oldukça geniş kapsamıdır. Unsurlar bakımından yapılan karşılaştırmada şu neticelere ulaşılmıştır;

Şirketler topluluğu kurumu bakımından teşebbüs kavramı da, devamlılık unsuruna sahiptir. Özellikle kontrol sistemi kapsamında konu ele alındığında, devamlılık amacı bulunmadan şirketler topluluğu ilişkisi kurulamayacaktır. Şirketler topluluğunun hakimi olarak teşebbüsün de iktisadi faaliyetinin ve gelir elde etme amacının bulunması gerekir. Sermaye şirketindeki hakimiyeti dışında başka bir iktisadi amacı olan ve bu sebeple hakimiyetini şirketin aleyhine kullanabileceğinden endişe duyulan kişi teşebbüs olarak nitelendirilecektir. Bu kapsamda hakim gücün şirket dışında herhangi bir iktisadi faaliyetinin, kendisine ait bir iktisadi menfaatinin varlığı yeterli olup, bu menfaatin büyüklüğü, küçüklüğü, şirkete yabancı olup olmaması teşebbüs sayılmaya etkili değildir. Esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan işletmeler de teşebbüs olarak kabul edilecektir. Topluluğun hakimi konumunda olabilmek için ekonomik bağımsızlığın bulunması şart olup, hukuki bağımsızlığa sahip ancak ekonomik bağımsızlığı bulunmayanlar hakim teşebbüs olamayacaktır.

Şirketler topluluğunun varlığı için bir şirket üzerinde hakimiyetin tesisi yeterli olmayıp, topluluğun hakimine ilave olarak en az iki bağlı şirketin varlığı gereklidir. Hakim konumunda bir teşebbüsün olması durumunda şirketler topluluğu içinde en az iki ticaret şirketi, topluluğun hakiminin bir ticaret şirketi olması ihtimalinde ise topluluk içinde en az üç ticaret şirketi bulunacaktır. Bu çerçevede TTK'da öngörülme-
yen bir sınırlama yönetmelik ile getirilemeyecek, hakim teşebbüse bağlı en az üç ticaret şirketinin varlığı şartı aranamayacaktır.

Hakimiyeti tesis eden araçların bir işletmenin malvarlığına dahil bulunması durumunda, hakim teşebbüs işletme değil, onu işleten gerçek kişidir. İşletmenin birden çok kişi tarafından birlikte işletilmesi durumunda ise, hakim teşebbüs bu kişilerden oluşan birliktir. Teşebbüs

niteliğini kazandıracak bir iktisadi faaliyeti bulunmayan gerçek kişi, bir ticaret şirketinin kontrolünü elde ettiği andan itibaren iktisadi bir faaliyette de bulunmaya başlamış olacaktır. Bu durumda, ikinci bir ticaret şirketinin kontrolünün de elde edilmesi ile birlikte şirketler topluluğu ilişkisi kurulacaktır.

Dernek ve vakıflar asıl faaliyetleri sebebiyle teşebbüs olarak nitelendirilememelerine karşın, amaçlarına ulaşmak için iktisadi faaliyette bulunmaları ihtimalinde, diğer unsurların da varlığı şartıyla teşebbüs olabileceklerdir. En az iki bağlı şirketin varlığı halinde de şirketler topluluğu oluşacak, dernek ve vakıf şirketler topluluğunun hakimi konumunda bulunacaktır.

Kamu iktisadi teşebbüsleri ile devlet, il özel idaresi, belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da teşebbüs olabilirler. Bu kurum ve kuruluşlar bağlı ortaklıkları ya da iştiraklerinde bulunan payları dolayısıyla başka şirketlerin kontrolüne sahip olduklarında, bağlı şirket sayısının en az iki olması şartıyla, şirketler topluluğu ilişkisi kurulacaktır. Topluluğun hakimi ilgili kamu kurum ve kuruluşu olacaktır.

Tacir olmanın neticelerinin hakim teşebbüse uygulanması bakımından ulaşılan neticeler ise şu şekilde özetlenebilir;

- TTK m. 16/2 hükmü m. 195/5'e kıyasla özel hüküm olup, bu maddede sayılan kişiler hakim teşebbüs olsalar da tacir sayılmayacaklar ve tacir olmanın neticelerine tabi tutulamayacaklardır.
- Bir teşebbüsün şirketler topluluğu ilişkisi sebebiyle tacir sayılması durumunda, her türlü borcu sebebiyle iflas ettirilebilecektir.
- Tacir sayılan hakim teşebbüs, iflas yaptırımını ile karşı karşıya kalmak istemiyorsa, pay oranı dışında hakimiyetin başka yollarla tesisi halinde, bu sıfatı kaybetmesi üzerine İİK m. 44 hükmüne uygun olarak ticaret siciline bildirimde bulunmalıdır.
- Hakim teşebbüs, şirketler topluluğu ile ilgili işlemler yaparken ticaret unvanı kullanmakla yükümlü olup, bu kapsamda kendi adını ticaret unvanı olarak kullanacak, ek alınması zorunlu ise TTK m. 46'ya uygun bir ek alacaktır.

- Hakim teşebbüs, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altındadır.
- Tacir olmanın neticelerinden ücret ve cezai şartın aşırı olduğu iddiası ile indirilmesinin istenememesi, şirketler topluluğunun hakimi olması sebebiyle tacir sıfatını taşıyan hakim teşebbüsler bakımından, sadece bu faaliyetleri sebebiyle üstlendikleri borçlar için uygulanmalıdır.
- Şirketler topluluğu ilişkisinde ticari örf ve adet kuralları, ticari hükmün bulunmadığı hususlarda, bilip bilmediğine bakılmaksızın hakim teşebbüs hakkında uygulanacaktır.
- Aksi yönde bir yasal düzenleme yapılmadıkça, bir dernek, vakıf vb tüzel kişinin şirketler topluluğunun hakimi olması sebebiyle tacir sıfatını taşıması, onun tüm işlemlerinin ticari iş olması sonucunu ortaya çıkaracak, tüzel kişi hakim teşebbüsün adı sahası bulunmayacaktır.
- Hakim teşebbüsün tutmakla yükümlü olduğu defterlerin neler olduğu ve bu defterlere nelerin kaydedileceği sorunu, başlıca amacı başka işletmelere katılmak olan holdingler tarafından tutulan defterler dikkate alınarak çözümlenmelidir. Hakim teşebbüsün bağlı şirketler üzerinde kontrol sahibi olmak dışında bir iktisadi faaliyetinin bulunmadığı durumlarda, kontrolün ne surette sağlandığı dikkate alınarak defterlere kaydedilecek hususlar belirlenebilir.
- Fatura ve teyit mektubuna süresinde itiraz etmemenin neticeleri, hakim teşebbüs hakkında da uygulanacaktır.
- TTK m. 18/3, hakim teşebbüse de uygulanacaktır. Hakimiyet sözleşmesi ya da şirketler topluluğu ilişkisi çerçevesinde hakim teşebbüs bu tür bir ihtar veya ihbarda bulunacaksa ya da hakim teşebbüse bu tür bir ihtar ya da ihbar gönderilecekse, hakim teşebbüs ihbar ve ihtarla ilişkin şekilden muaf tutulamaz. Ancak bu yükümlülük hakim teşebbüs bakımından şirketler topluluğu ile ilgili faaliyetleriyle sınırlı uygulanmalıdır.
- Ticari işlerde faize ilişkin TTK m. 8/2 hükmü, hakim teşebbüsün tacir olması sebebiyle, tarafı olduğu cari hesap ilişkilerine

bileşik faizin uygulanmasına imkan vermektedir. Ödünç sözleşmeleri bakımından ise tacir olmanın yanısıra her iki taraf bakımından da ticari iş sayılması aranacaktır.

- Ticari işletmesi bulunmayan bir teşebbüsün şirketler topluluğunun hakimi olduğu için tacir sıfatını kazanması, yapacağı satış ve mal değişimine ilişkin sözleşmeleri TTK m. 23 düzenlemesine tabi tutmayacak, TTK m. 23'de düzenlenen hususlar bakımından da TBK hükümlerine tabi olmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

- AKER, Halit**, Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: “Hakim Teşebbüs”, *BATIDER* 2009, C. XXV, S. 2.
- AKER, Halit**, Hakim İşletme ve Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu, *BATIDER*, 2003, C. XXII, S. 2, s. 153-204 (Sadakat Borcu).
- AKER, Halit**, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012 (Kira).
- AKIN, İrfan**, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara 2014.
- AKINCI, Ateş**, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001.
- ALTAY, Sıtkı Anlam**, Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, İstanbul 2009.
- ARI, Zekeriya**, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Sonuçları, Ankara 2004.
- ARICI, Mehmet Fatih**, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri, İstanbul 2008.
- ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, 20. Bası, Ankara 2015.
- ARSLANLI, Halil**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.
- ASLAN, İ. Yılmaz**, Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, 4. Bası, 2007.
- ASLAN, İ.Yılmaz/ŞENYÜZ, Doğan**, İşletme Hukuku, 4. Bası, 2012.
- AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze**, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.
- BADUR, Emel**, Türk Rekabet Hukukunda Anlaşmalar (Uyumlu Eylemler ve Kararlar), Ankara 2001.
- BAŞÖZ, Lütfü/ÇAKMAKCI, Ramazan**, Gerekçeli Karşılaştırma Tablolulu Eski ve Yeni Kanun Maddeleri ile Birlikte Yeni Türk Ticaret Kanunu, 2011.
- BOYACIOĞLU, Cumhuri**, Konzern Kavramı, Ankara 2006.

- BOZER, Ali**, Sosyal Sigorta Kurumlarının Tacir Sıfatı, BATIDER, 1962, C. I, S. 4.
- DOMANIÇ, Hayri/Ulusoy, Erol**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, TTK Tasarısı ve Gerekçeleri ile Birlikte, 5. Bası, İstanbul 2007.
- EĞERCİ, Ahmet**, Rekabet Hukuku Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Ankara 2005.
- EREM, Turgut S.**, Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I Ticari İşletme, 10. Bası, İstanbul 1983.
- ERİŞ, Gönen**, Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, Mart 2013.
- EROL, Kemal**, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Ankara 2000.
- GİRAY, Eda (Karahan, Sami (Edit.))**, Şirketler Hukuku, 2. Bası, 2013.
- GÜNAY, Cevdet İlhan**, Rekabet Kanunu Şerhi, Açıklama-Rekabet Kurulu Kararları-Yargı Kararları-İlgili Mevzuat, Ankara 2010.
- GÜVEN, Pelin**, Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2008.
- İMREGÜN, Oğuz**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2001.
- KARAHAN, Sami**, Ticari İşletme Hukuku, 27. Bası, Eylül 2015.
- KARAHAN, Sami**, Ticari İşletme Kavramı, BATIDER, Aralık 1994, C. XVII, S. 4, s. 39-64 (İşletme).
- KARAMAN COŞGUN, Özlem**, Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın 81(1). Maddesine Göre Rekabeti Ölçülebilir Şekilde Kısıtlamayan Tali Önemi Haiz Anlaşmalara İlişkin Komisyon Tebliği, Doç.Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s. 187-192.
- KARAYALÇIN, Yaşar**, Ticaret Hukuku I. Giriş- Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968.
- KENDİGELEN, Abuzer**, Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 2011.
- KURU, Baki**, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, s. 52, 56.

- KURU, Baki**, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabii Bulunduğu Hükümler, AÜHFD, C. XXVII, 1970, S. 1-2 (Tacir).
- MOROĞLU, Erdoğan**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2012.
- NOMER ERTAN, N. Füsun/ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe**, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, 2002.
- OKUTAN NİLSSON, Gül**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 2009 (Okutan Nilsson)
- OKUTAN, Gül**, Şirketler Topluluğu, Bankacılar Dergisi, 2011, S. 79 (Okutan).
- ÖZSUNAY, Ergun**, Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları 5, Ankara, Şubat 2000, s. 41-69.
- PASLI, Ali**, Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu, İÜHFİM, 2008, C.LXVI, S.2, s. 345-358 <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023010512/1023009749> (Erişim tarihi 21.11.2014).
- PEKDİNÇER, Tamer**, Ticaret Sicili Açısından Merkez – Şube – Satış Mağazası Kavramları, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 471 -479.
- POROY, Reha/Yasaman, Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012.
- PULAŞLI, Hasan**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel İlkeleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu, Gazi Üniv. Hukuk Fakt. Dergisi, Yrd.Doç.Dr. İbrahim Ongün'e Armağan, 2009.
- PULAŞLI, Hasan**, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012 (Genel Esaslar).

- SANLI, Kerem Cem**, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000.
- SUSUZ, Kağan**, Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Teşebbüs Kavramı, '6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken' 10-11-12 Mayıs 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 18, S. 2, 2012, s. 269-279.
- TAN, Turgut**, Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fansa ve İtalya Örnekleri), Rekabet Dergisi, C.1, S. 4, 2000, s. 3-44. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fRekabet%2bDergisi%2fdergi4.pdf> (Erişim tarihi 21.11.2014).
- TEKİNALP, Ünal**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi, Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. II, İstanbul 2009.
- TEKİNALP, Ünal**, Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul 1999, s. 779-787.
- TEKİNALP, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme, 3. Bası, İstanbul 2013 (Ortaklıklar).
- TOMUR, Kerem**, Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kurulunun Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No : 55, Ankara 2004.
- ÜLGEN, Hüseyin**, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazarıyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul 2005.
- YALÇIN, Taner**, Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" 2 Şubat 2008, s. 277-315.
- YANLI, Veliye**, Anonim Ortaklıklarda Karın Tamamen Devrine İlişkin Bir Tasarruf Yapılabilir mi?, İHFM, 1997, C. LV, S. 4.

YANLI, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000 (Tüzel Kişilik Perdesi).

YONGALIK, Aynur, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın "Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı İle İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Sicillerine Tescili Hakkında Tebliğ" (İç Ticaret: 2009/2) Hakkında Hukuki Değerlendirme, BATIDER 2009, C. XXV, S. 3.

Roma Hukukunda Hısımlık

Yrd. Doç. Dr. Nurcan İPEK*

ÖZET

Roma hukukunda doğumla ya da bazı hukukî ilişkiler sonucunda bir Roma vatandaşının, belli kişilerle arasında hısımlık kurulduğu kabul edilirdi. Roma hukuk dönemlerine göre hısımlık farklı esaslar üzerine kurulmuştur. Roma'nın eski ve klasik hukuk döneminde geçerli olan hısımlık hâkimiyet esasına dayanan hısımlık (*agnatio*) idi. *Ius civile*'de, modern hukuklardan farklı olarak kan hısımlığı esas alınmamıştır. *Ius civile*, aynı aile reisinin hâkimiyeti altında olanlar arasında doğan bağı hısımlık olarak görmektedir. Bu çeşit hısımlığın tanınmasının pek çok sakıncalar doğurması sebebiyle *praetor*'ların faaliyetleri kapsamında kan hısımlığının hukuken tanınması sağlanmıştır. *Ius gentium*'da kabul edilen kan hısımlığı (*cognatio*), zamanla *ius civile* tarafından da benimsenmeye başlamıştır. *Iustinianus* döneminde ise *cognatio* tek hısımlık biçimi olarak kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Roma ailesi, *agnatio*, *cognatio*, *adfnitas*, hâkimiyet esasına dayanan hısımlık, kayın hısımlığı, kan hısımlığı.

ABSTRACT

In Roman law, it was accepted that a kinship was established between a Roman citizen and certain people by birth or as a result of some legal relationships. According to the Roman law periods, kinship was based on different principles. The kinship that was valid in Rome's early and classical law periods, was the kinship based on paternal power (*agnatio*). In *ius civile*, in contrast to modern laws, blood kinship was not taken as a basis. *Ius civile* construes the relationship between persons who are under the paternal power (*patria potestas*) of the same *pater familias* as kinship. As the recognition of this kind of kinship gave rise to various drawbacks, it was provided that the blood kinship is

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

legally recognized within the framework of the *praetors'* activities. The blood kinship (*cognatio*) that was accepted by *ius gentium*, eventually started getting adopted by *ius civile* as well. In the time of *Iustinianus*, *cognatio* was accepted as the only form of kinship.

Keywords: *Roman family, agnatio, cognatio, adfinitas, kinship based on paternal power, kinship by marriage, blood kinship*

I-) Genel Olarak Hısımlık

Roma hukukunda doğumla ya da bazı hukukî ilişkiler sonucunda bir Roma vatandaşının, belli kişilerle arasında hısımlık kurulduğu kabul edilirdi. Roma'da bir aileyi oluşturan kişiler birbirleri arasında hısımdırlar. Geleneklerine bağlı Roma ailesi¹, toplumun siyasi, kültürel ve ticari alandaki hızlı değişimine rağmen, eski örf ve adetleri kolay kolay terk etmemiş², hısımlık konusunda da uzunca bir süre erkek üstsoya bağlılığı ifade eden hukuki hısımlığı (*agnatio*)³ benimsemiştir. Bu hısımlık, ortak bir atadan gelen kişiler arasında kurulan bir bağıdır. Diğer bir anlatımla *agnatio* sağ veya vefat etmiş bir aile reisinden (*pater familias*) meydana gelmiş olan erkek taraflar arasında oluşurdu. Bunun yanı sıra evlenmenin ardından *manus* altına giren kadınlar veya evlat

¹ Şehir devletinin kuruluşundan cumhuriyet devri sonuna kadar ataerkil aile yapısına sahip olan Roma toplumu, ilk imparatorluk devri ile başlayan süreçte, bu yapıdan tavizler vermiş ve eski katılığını koruyamamıştır. Kökeninde poligamiye yabancı olan Roma ailesi, ilk imparatorluk devrinde nikahsız birliktelik olarak adlandırılan *concubinatus*'u bir statü olarak kabul etmiş, böylelikle bir nevi poligamiye yer açmıştır. Ancak Roma ailesinin, mutlak hâkimiyete sahip bir aile reisinin, bir erkeğin idaresine tâbi olma özelliği her zaman korunmuştur. **Fındıkoğlu Z.F.**, *Geşalt Sosyolojisi Bakımından Eski Roma'daki Ahlâkî ve Hukukî Fikirlerin Tahlili*, İÜHF, C.X, S.1-2, 1944, s.274; **İpek N.**, *Concubinatus*, YÜHFD, C.V, S.2, 2008, s.24.

² İlk İmparator *Augustus*'un evlilik ve zina hakkındaki kanunlaştırma hareketi, daha önce özel, ailevi sorumluluğa ait bir alanı, toplumsal bir meseleye çevirmişti. Sonraki imparatorlar tarafından da söz konusu kanunlaştırmanın yenilenmesi, geleneksel aile yapısının korunması yönündeki gayreti kanıtlar niteliktedir. **Evans-Grubbs J.**, *Law And Family In Late Antiquity, The Emperor Constantine's Marriage Legislation*, Oxford 1995, s.54 (Family).

³ *Cognatio civilis* veya *cognatio legitima* (hukuki hısımlık-aile hısımlığı) olarak da adlandırılan *agnatio*, ortak bir atanın hayatta olma ihtimalinde birarada yaşayacak kişileri birbirine bağlayan hısımlıktır.

edinme yoluyla aileye dahil olan kişilerle de *agnatio* kurulurdu. Aile reisinin (*pater familias*) hâkimiyeti altında bulunan kişiler arasındaki *agnatio*, babanın ölümünden sonra da sürerdi⁴. Aralarında *agnatio* kurulanların hepsi *gens*'i⁵ oluştururdu⁶.

Günümüzdeki hısımlık ilişkilerinin temelini teşkil eden kan hısımlığı, Romalılar tarafından eski dönemlerden itibaren bilinmekle beraber, *ius civile* tarafından akrabalığı belirleyen hısımlık olarak tanınmıyordu. *Ius civile*'ye göre geçerli sayılan hısımlık hâkimiyet esasına dayanan *agnatio* olmasına rağmen belli durumlarda, özellikle evlenme engelleri bakımından kan hısımlığı (*cognatio*) dikkate alınır. Roma İmparatorluğunun son dönemlerinde *agnatio* yanında üstün bir hal almaya başlayan *cognatio*, *Iustinianus* hukukunda tek hısımlık olarak kabul edildi. Kan hısımlığına tabii hısımlık (*naturalis cognatio*) da denmekte idi.

Evlenmeden doğan hısımlık veya kayın hısımlığı (*adfinitas*) da Roma hukukunda akrabalar arasında evlenme yasağı kapsamında ele alınmıştır.

Bu çalışmada özellikle çocuğun, ana ve babası ile arasında soybağlı ilişkisinin kurulması bakımından bir taraftan maddi vakıalara diğer taraftan karinelere dayanan Roma hısımlık kurumu incelenecektir. Bu kapsamda hâkimiyet esasına dayanan hısımlık (*agnatio*), kan hısımlığı (*cognatio*) ve evlenmeden doğan hısımlık (*adfinitas*), bunların kurulma şekilleri, şartları ve hükümleri üzerinde durulacaktır.

II-) Hâkimiyet Esasına Dayanan Hısımlık (*Agnatio*)

1-) Doğum İle Hâkimiyet Esasına Dayanan Hısımlığın Kurulması

Bir aile reisinin (*pater familias*) veya onun hâkimiyeti altındaki erkeklerin *ius civile*'ye göre uygun evliliklerinden olan çocuklar, doğumla aileye dahil olurlardı. Doğan çocuğun, babasının veya babasının tâbi olduğu kişinin hâkimiyeti altında olması, onun ana tarafından

⁴ Çelebican Karadeniz Ö., Roma Hukuku, Ankara 2014, s.159.

⁵ *Gens*: Ortak atadan gelen ya da geldiğine inanan birkaç ailenin oluşturduğu büyük grup (klan).

⁶ Tahiroğlu B./Erdoğan B., Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, s.159 (Dersler).

akrabaları ile arasında hısımlık kurulmasına engel teşkil ederdi. Bu nedenle kadın tarafından altsoy, ana tarafından akrabaların oluşturduğu ailenin dışında kalırdı.

Iustinianus Institutiones 1.9.3: Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est: item qui ex filio tuo et uxore eius nascitur, id est nepos tuus et neptis, aequè in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri. Qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris eius.

“Senden ve karından doğan kimse senin hâkimiyetin altındadır: keza oğlundan ve onun karısından doğan kimse de, yani kız veya erkek torunun da senin hâkimiyetin altındadır; torunun oğlu ve kızı ve birbiri arkasından bütün diğeri de böyledir. Bununla birlikte kızından doğan kimse, senin değil, kendi babasının hâkimiyeti altındadır”.

Ius civile'ye uygun olmayan bir birleşmeden doğan çocuklar ise evlilik dışı sayılarak babalarının hâkimiyeti altında olmuyorlar bu nedenle babalarıyla aralarında hısımlık kurulmuyordu. Evlilik dışı çocuklar, babalarının hukuken baba olmaması sebebiyle, onların ailesi dışında kalırlar; analarının hukuki durumuna sahip olurlardı. Diğer bir anlatımla bu durumdaki çocuklar, analarının tâbi olduğu hâkimiyet altına girerlerdi. Evlilik dışı beraberliklerden (*concupinatus*) doğan çocuklar ancak meşru kılma ya da evlât edinme yoluyla babanın hâkimiyeti altına girer ve çocuk ile baba arasında hâkimiyet esasına dayanan hısımlık kurulurdu.

a-) Çocuk İle Babası Arasında Hâkimiyet Esasına Dayanan Hısımlığın Kurulması

aa-) Ana İle Evlilik

Roma hukukunda, eski hukuk devrinden başlayarak *Iustinianus* devrine kadar çocuk ile baba arasındaki hısımlığın kurulması, sadece, biyolojik bir olgu olan doğumla gerçekleşmezdi. Baba ile çocuk arasında hısımlığın kurulması için öncelikle ana ile babanın *ius civile*'ye göre uygun bir evlilik yapması gerekirdi⁷. Diğer bir anlatımla çocuk hukuken geçerli bir evlilik içinde doğmalı idi. Bu durumda çocuk meşru (*iusti*) kabul edilir ve babanın hâkimiyeti altına girerdi.

⁷ Di Marzo S., Roma Hukuku, çev. Ziya Umur, İstanbul 1959, s.155.

Romalı baba, doğumun hemen sonrasında bebeği yerden kaldırma şeklinde gerçekleşen törensel eylemde hazır bulunurdu. Evlilik içi doğmuş olan çocuk, aile reisi tarafından ebenin bırakmış olduğu yerden kaldırılır ve bu şekilde aile reisi çocuğun sokağa bırakılmasına razı olmadığını göstererek onu aileye, dolayısıyla topluma kabul etmiş olurdu⁸. Bu eylem, aile reisinin, çocuğu yetiştirme sorumluluğunu üstlendiği anlamını da taşırdı⁹. Bu nedenle çocuk, neredeyse aile reisinin kararıyla aileye dahil olurdu. Diğer bir anlatımla doğan çocuğun meşruiyetini sadece baba tanıyabilirdi¹⁰

Babanın hâkimiyet altında bulunması durumunda ise baba kimin hâkimiyeti altındaysa çocuk da onun hâkimiyeti altında kabul edilirdi. Bu şekilde, aynı aile reisi hâkimiyeti altında bulunanlar arasında *agnatio* doğardı. Aralarında *agnatio* olanlar, baba tarafından kan hısımı gibi, erkek soydan gelen kan hısımlarıdır. Aynı babadan doğmuş erkek kardeş, bu kardeşin oğlu, torunu, amca, bu amcanın oğlu, torunu gibi¹¹. Bu şekilde birçok agnatik hısım derecesine ulaşıldı¹². Aynı babadan doğan kardeşlere aynı kandan (*consanguinei*) da denir. Bunların aynı anadan olmaları gerekmezdi. *Agnatio*, aile reisinin ölümünden sonra sona ermezdi.

Roma hukuku daha sonra çocuk ile baba arasında hısımlığın kurulmasına ilişkin olarak bir karineye yer verdi: “Evliliğin başlangıcından itibaren 180 gün sonra ve evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babası kocadır”. Bu şartlar altında doğan çocuk *ipso iure*, aile reisinin hâkimiyeti altına girerdi¹³. Ancak Roma hukukunda, hakkında babalık karinesi bulunan kişi, bunu çürütebilme imkânına sahipti. İmparator *Vespasianus* zamanında yayınlanan *senatus consultum Plancianum*'da babalık karinesinin çürütülme (soybağının

⁸ Ariès P./Duby G., Özel Hayatın Tarihi 1, Roma İmparatorluğu'ndan 1000 Yılına, çev. Turhan Ilgaz, İstanbul 2006, s.21.

⁹ Treggiari S., Roman Marriage, Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian, Oxford 1991, s. 428.

¹⁰ Couch J.A., (çev. İpek Sevdâ Söğüt), Roma'nın Eski Hukuk Döneminde Kadın, Prof.Dr.Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, C.II, s.1494.

¹¹ I.1,15,1:...*Sunt autem adgnati per virilis sexus cognationem coniuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patroi filius neposve ex eo...*I.3,2,1'de de aynı konu tekrar edilmiştir.

¹² Bkz.(I,3,2,1) *Iustinianus Institutiones*, çev. Ziya Umur, İstanbul 1968, s.203.

¹³ Ayiter K., Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963, s.45.

reddedilme) şartları düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki çocuk ile baba arasındaki hısımlığın kaldırılması için, diğer bir anlatımla *senatus consultum Plancianum*'un uygulama alanı bulması için çocuğun evlilik sırasında ana rahmine düşmesi, ancak boşanmadan sonra doğması gerekirdi. Gerçekte koca, çocuğun babası olsa da, kocaya ait olmadığı hükme bağlanırsa, bu tür bir karar artık kanun niteliği taşırdı. Hukukçu *Marcellus* tarafından uygun bulunan bu görüş *Iustinianus* döneminde de uygulanmıştır¹⁴.

İmparator *Hadrianus* zamanında ise evlilik sırasında doğan tüm çocukların kabul edilmesini şart kılan bir *senatus consultum*'dan bahsedilmektedir.

D.25.3.3.1: Quia Plancianum senatus consultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur, aliud senatus consultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur.

“*Senatus consultum Plancianum* boşanmadan sonra doğan çocuklara ilişkin olduğundan, tanrılaştırılmış *Hadrianus* döneminde evlilik sırasında doğan çocukların tanınmasını şart kılan bir *senatus consultum* daha vardır”.

Roma hukukunda çocuk ile baba arasında hısımlığın kurulması bakımından bazı hukuki düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden biri *D.25.3.1*'de belirtilmiştir. Boşanmış olan bir kadın hamile olduğunu düşünüyorsa, *sui iuris*¹⁵ ise kendisi, *alieni iuris*¹⁶ ise aile reisi, boşanmadan itibaren otuz gün içinde¹⁷ kocayı veya kocanın hâkimiyet altında olması durumunda, onun aile reisini bilgilendirmek zorundaydı. Kadının, kocasına sadece hamile olduğunu bildirmesi yeterliydi. Bu bildirim üzerine koca, ya gözlemci¹⁸ gönderir ya da kadına “çocuğun

¹⁴ *D.25.3.3 pr: Sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit: placet enim eius rei iudicem ius facere. Et ita Marcellus libro septimo digestorum probat, eoque iure utimur.*

¹⁵ *Sui iuris*: Bir aile reisinin hâkimiyeti altında bulunmayan kişi.

¹⁶ *Alieni iuris*: Aile reisinin hâkimiyeti altında bulunan kişi.

¹⁷ Boşanmadan sonraki otuz günün iş günü olarak değil, aralıksız günler olarak dikkate alınacağı belirtilmektedir (*D.25.3.9: Dies autem triginta continuos accipere debemus ex die divortii, non utiles*).

¹⁸ Gözlemci, hamile kadını inceleyerek onun gerçekten hamile olup olmadığına ya da hamile ise sağ bir çocuk doğurup doğurmadığına emin olmak için gönderilen

kendisinden olmadığını” bildirirdi. Koca bu bildiriye bizzat kendisi yapabileceği gibi bir başkası da onun adına yapabiliyordu. Diğer bir anlamıyla tanıma beyanının baba tarafından bizzat yapılması gerekmiyordu. Kadının yaptığı bildirim üzerine koca, çocuğun kendisinden olduğunu inkâr ederse, çocuk doğduğunda, onu tanımak zorunda değildi.

Kadının bildirimini üzerine çocuğun kendisinden olduğunu inkâr etmeyen koca, çocuğu tanımak zorundaydı. Kocanın gözlemci göndermesi de aynı sonuca neden olurdu. Ancak koca gözlemciler gönderirse, çocuk doğduktan sonra onu tanımayı reddetme hakkını muhafaza ederdi.

Koca, karısına bakması için kişiler göndermeyi teklif eder ancak kadın bunu istemezse veya kadın durumundan kocayı haberdar etmezse ya da kocasına bildirir, ama mahkemenin gönderdiği gözlemcileri kabul etmezse kocası veya kocanın babası (aile reisi) çocuğu tanımamakta serbestti. Eğer bir kadın kocasına hamile olduğunu bildirirse ve buna rağmen adam kadına bakması ve incelemesi için kimseyi göndermiyorsa ve şahitler huzurunda çocuğun kendisine ait olmadığını söylemiyorsa, çocuk doğduğunda, onu kabul etmek zorundaydı. Ancak, çocuğun babası bir başkası olsa bile, çocuğun, kendi çocuğu olduğunu açıklayan yani tanıma beyanında bulunan koca, çocuğu varisi yapmak zorunda değildir. Fakat uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde, daha önce yapılan tanıma beyanının, çocuk lehine karineye yol açtığı kabul edilmiştir. Kadının boşanmadan sonra bildirimde bulunmaması, babanın çocuğu kabul etmeme hakkını doğuruyordu.

D.22.3.29.1’de belirtilen diğer bir düzenleme boşandıktan sonra bir erkek çocuk doğuran hamile kadının, kocasının yokluğunda, çocuğunu kayıtlara gayrimeşru olarak geçirmesine ilişkindir. Dul bir kadın, eğer vefat eden kocasından hamile kalmışsa, bu durumu, eski kocasının ailesine haber vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün amacı meşru bir evlilik sonucu doğan çocuğun, vefat etmiş babasının kanuni varisi olmasını güvence altına almaktır¹⁹.

Marcus Aurelius ve *Lucius Verus* dönemine ait olduğu belirtilen başka bir düzenleme (D.25.4.1 *pr.*) de, hamile olduğunu gizleyen karı-

hür doğmuş kadındır. Kadının incelenmesi için en fazla beş doğmuş kadın gönderilebilir (D.25.4.10: ... *Mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque haeque simul omnes inspiciant,...*).

¹⁹ **Evans Grubbs J.**, *Women and the Law in the Roman Empire*, New York 2002, s.200-201 (Women).

sından boşanan *Rutilius Severus* adlı bir Roma vatandaşının talebine ilişkindir²⁰. Bu durumda *Senatus consultum Plancianum*'un uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bunun nedeni kadının hamile değilmiş gibi davranması hatta hamile olduğunu inkâr etmesidir. *D.25.4.1 pr.*'da *praetor urbabus* (şehir *praetor*'u) *Valerius Priscianus*'a yazılan *rescriptum*'a bağlı olarak, bir kadının, hamile olup olmadığının sorgulanması için *praetor* karşısına çağrılabilceği belirtilmiştir. Kadın, *praetor*'un huzuruna çıkarak cevap vermek zorundadır. *Praetor*'un karşısına çıkmayan kadın, mahkemeye gitmesi için zorlanabilir. Kadın çağrıya cevap vermek istemezse ya mallarına el konup malları satılır ya da maddi yaptırıma maruz kalır.

Kadın hamile olduğunu inkâr ederse, *praetor*, kadının incelenmesi için ebe temin edilerek, çok saygın bir kadının²¹ evini ayarlardı. Kadın veya kocanın ebe temin etme hakkı yoktu. Kadın, ebelerin kendisini incelemesine izin vermez ya da incelemenin yapılacağı eve gitmezse yine *praetor*'un otoritesine ihtiyaç duyulurdu. Roma hukukunda tüm ebelerin veya ebelerin çoğunluğunun kadının hamile olmadığını ilân etmesi durumunda, kadının *actio iniuriarum*²² açıp açamayacağı tartışılmıştır. Kocanın, kadına hakaret etmek amacıyla bu incelemeyi yaptırması halinde, kadının *actio iniuriarum*'u açabileceği kabul edilmiştir. Ancak koca, sadece çocuk istemiş veya evlilik sırasında karısı, hamile gibi davranıp, bu fikri ima ettiği için, onun hamile olduğunu düşünmüştü, bu yöndeki savunması ile mahkum olmaktan kurtulacaktır²³.

²⁰ Frier Bruce W./McGinn Thomas A.J., A Case Book on Roman Family Law, New York 2004, s.108.

²¹ *D.25.4.1 pr.*'de "... *eligi honestissimae feminae domum...*" ifadesinde yer alan "saygın kadın" kavramı, Roma toplumundaki sosyal davranış kurallarına uygun hareket eden kadın anlamındadır. Yoksa bir aile annesi olmak gibi dar bir saygınlık kastedilmez. Kadın, iyi bir vatandaş olmak için uyulması gereken kurallara uygun davranmalı ve iyi ahlaklı olmalıdır. Ayrıca bkz. *D.50.16.46.1*

22 *Actio iniuriarum*: XII Levha kanununda *iniuria* (dar anlamıyla kullanılan *iniuria*, önceleri kişinin beden bütünlüğüne ve sağlığına yönelmiş maddi tecavüzler olarak nitelendirilirken, daha sonraları manevi tecavüzler de bu kapsamda değerlendirilmiştir) davaları yerine konulan davadır. *Praetor* hukukunun getirdiği bir ceza davası olan *iniuria*, bir yıl içinde açılmak zorunda idi. **Tahiroğlu B.**, Roma Hukukunda *Iniuria*, İstanbul 1969, s.160-176.

²³ *D.25.4.1.8: Si omnes vel plures renuntiaverint praegnatem non esse, an mulier possit iniuriarum experiri ex hac causa? Et magis puto agere eam iniuriarum posse, sic tamen, si iniuriae faciendae causa id maritus desideravit: ceterum si non iniuriae faciendae animo, sed quia iuste credidit vel nimio voto liberorum suscipendorum ductus est vel ipsa*

Senatus consultum Plancianum'da öngörülen otuz günlük bildirim süresinin karısının hamile olduğunu iddia eden koca bakımından da uygulanmak zorunda olup olmadığı hukukçular tarafından tartışılmıştır. Bu durumda boşanmış kocanın geçerli bir sebebi varsa, boşanmadan itibaren otuz gün geçse bile *praetor*'un onu dinleyebileceği kabul edilmiştir. Diğer bir anlatımla bu *edictum*'da herhangi bir zaman kısıtlaması olmadığı söylenebilir²⁴.

D.25.4.1.10'da ise kocasının ölümünden sonra hamile olduğunu iddia eden bir kadının, bu durumu, ilgili taraflara veya onların temsilcilerine bir ay içerisinde bildirmesi gerektiği şeklindeki düzenlenmeden bahsedilmektedir. Bu bildirimden nedeni, ilgili tarafların hamile kadını inceleme ve doğumu gözlemlene istekleridir. Söz konusu metinde kadının incelenmesini isteyenlerin, sadece en fazla beş doğuştan hür kadın gönderebilecekleri ve onların da aynı anda kadını inceleyebilecekleri, ancak inceleme sırasında kadının izni olmadan hiç birinin kadının karnına dokunamayacağı belirtilmiştir. Kadın ilgili tarafları veya onların temsilcilerini doğumdan önce otuz gün içerisinde haberdar etmelidir. Çünkü doğumu gözlemlenmek isteyen taraflar (özellikle kocanın mirasçıları) bunun için birilerini gönderebilirlerdi²⁵.

Yukarıda belirtilen tüm durumlarda Romalı resmi makamlar ve hukukçular uygun çözümün fiziksel muayene ve yakından gözlem ol-

eum illexerat ut crederet, quod constante matrimonio hoc fingebat, aequissimum erit ignosci marito.

²⁴ D.25.4.9: *Meminisse autem oportet tempus non esse praestitutum rescripto, quamvis in senatus consultis de liberis agnoscendis triginta dies praestituantur mulieri. Quid ergo? Semper dicemus marito licere uxorem ad praetorem evocare, an vero et ipsi triginta dies praestituimus? Et putem praetorem causa cognita debere maritum et post triginta dies audire.*

²⁵ D.25.4.10: *De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic praetor ait: "Si mulier mortuo marito praegnatem se esse dicet, his ad quos ea res pertinebit procuratorive eorum bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient. Mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque haeque simul omnes inspiciant, dum ne quae earum dum inspicit invita muliere ventrem tangat. Mulier in domu honestissimae feminae pariat, quam ego constituam. Mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint quam unus: si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante ostium eius conclavis liberi tres et tres liberae cum binis comitibus custodiant.*

duğunu düşünüyorlardı. Yeni bir mirasçının varlığı yanında, kadının özelini koruma yolunda kişisel dokunulmazlık hakkı söz konusu olamazdı²⁶. Bu nedenle gözlemciler, kadının gerçekten hamile olduğuna ve sağ bir çocuğu doğurduğuna emin olmak için kadının yanında yer almalıydı. Diğer bir anlatımla hamile kadın incelenmeli ve doğum gözlemlenmeliydi.

Roma hukukunda çocuğun baba tarafından kabul edilmesi bakımından hamile kadının incelenmesi ve doğumun gözlemlenmesine ilişkin bir takım kurallar tespit edilmiştir. Öncelikle kadının doğum yaptığı odanın sadece bir girişi olmalı idi. Eğer daha fazla girişi varsa, onların her iki taraftan tahtayla kapatılması gerekirdi. Üç doğuştan hür erkek ve üç doğuştan hür kadın iki refakatçiyle bu odanın kapısında beklemeliydi. Kadın, odaya her girdiğinde veya banyo yapmak için çıktığında, gözetmenler, öncesinde onu inceleyebilir veya içeri giren kişileri arayabilirlerdi. Ayrıca odanın dışındaki gözetmenler isterlerse, kadının odasına veya eve giren kişileri de arayabilirlerdi. Kadın, doğuma girdiğinde, ilgili tarafları veya onların temsilcilerini haberdar etmeliydi. Çünkü ilgililer doğum sırasında kadının yanında birilerinin olmasını isteyebilirlerdi. En fazla beş doğuştan hür kadın ve iki ebe gönderilebilirdi. Odada, en fazla on doğuştan hür kişi olmalıydı. Bunun dışında en fazla altı kadın köle olabilirdi. Odaya giren herkes, hamile olabilir diye aranmalıydı. Çocukların değiştirilmesi için karanlığın elverişli bir ortam teşkil etmesi sebebiyle odada en az üç ışık olmalıydı. Çocuk doğduğunda ise onu görmek isteyen tüm ilgili taraflara ve onların temsilcilerine gösterilmeliydi²⁷. Hamile kadının incelenmesi ve doğumun

²⁶ Evans Grubbs J., Women, s.201.

²⁷ D.25.4.10:... In quo conclavi mulier partitura erit, ibi ne plures aditus sint quam unus: si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante ostium eius conclavis liberi tres et tres liberae cum binis comitibus custodiant. Quotiescumque ea mulier in id conclave aliudve quod sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant et eos qui introierint excutiant. Custodes, qui ante conclave positi erunt, si volunt, omnes qui conclave aut domum introierint excutiant. Mulier cum parturire incipiat, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibus pariat. Mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque, ita ut praeter obstetrices duas in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint quam decem, ancillae quam sex. Hae quae intus futurae erunt excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua praegnas sit. "Tria lumina ne minus ibi sint", scilicet quia tenebrae ad subiciendum aptiores sunt. "Quod natum erit, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur..."

gözlenmesine ilişkin bu şekildeki teferruatlı düzenlemeler, tanımanın önemli hukukî sonuçları ile açıklanabilir.

bb-) Babalık Davası (*Actio De Liberis Agnoscendis, Actio De Partu Agnoscendo*)

Roma hukukunda ana ile evlilik dışında, çocuk ile baba arasındaki hısımlığın kurulması ana veya çocuk tarafından açılan babalık davası (*actio de partu agnoscendo, actio de liberis agnoscendis*) sonucunda verilen babalık hükmü ile gerçekleşir.

Evlilikten itibaren 180 gün sonra ve evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuk ile o evlilikteki koca arasında soybağı kurulacak, çocuk *ipso iure*, aile reisinin hâkimiyeti altına girecektir. Ancak çocuk evlilikten itibaren 180 günden önce ve evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün geçtikten sonra doğmuşsa, kural olarak babalık karinesinden faydalanamazdı. Bu durumda çocuk ile babası arasında soybağının kurulması ana veya çocuk tarafından açılan babalık davası sonucunda verilecek babalık hükmü ile de gerçekleşebilirdi. Babalık davası açma hakkı ana ve çocuğa tanınmıştır. Ana ve çocuğun birbirinden ayrı ayrı dava açma hakkı vardır. Gerek ananın gerekse çocuğun açacağı dava *praetor*'lar tarafından tanınmıştır. Çocuk tarafından, baba olduğu iddia edilen erkeğe karşı açılan dava *actio de liberis agnoscendis* idi. Çocuğun sahip olduğu bu davadan bağımsız olarak, çocuğun anası da baba olduğu iddia edilen erkeğe karşı *actio de partu agnoscendo* açabilirdi. Söz konusu dava sonucunda hâkim, çocuğun, baba olduğu iddia edilen erkeğin evladı olduğu şeklinde kanaat edinirse hüküm ile çocuk ile baba arasında soybağı kurulurdu.

cc-) Terk Edilmiş Çocukların²⁸ Hukuki Durumu

Roma Hukukunda gerek eski hukuk devrinde gerekse klasik hukuk devrinde aile reisi yeni doğmuş çocuğu terk etme hakkına (*ius*

²⁸ Meşru çocukların terk edilme sebebi toplumsal sınıflara göre farklılık gösteriyordu. Yoksullar, bakamayacakları, besleyemeyecekleri için; orta sınıf (sıradan soylular) ailevi bir hırsıyla çabalarını ve kaynaklarını az sayıda çocuk üzerinde yoğunlaştırmayı yeğlediklerinden; zengin olanlar ise miras paylaşımı konusunda önceden yapılmış vasiyetnamedeki düzenlemelerin altüst olacağı endişesi ile çocuklarını terk edebiliyorlardı. Ariès P./Duby G., s.22.

exponendi) sahipti²⁹. Babanın yerden kaldırmadığı ve tehlikeye maruz bırakacak şekilde evin kapısının önüne bıraktığı çocuğu isteyen kişi oradan alabilirdi. Hatta baba kendisi yoksa karısından çocuğu sokağa terk etmesini isteyebilirdi³⁰. Klasik sonrası hukuk ve *Iustinianus* devrinde ise aile reislerinin bu hareketleri cezalandırılarak yasak edildi³¹.

Terk edilmiş çocuklar ile ebeveyn³² arasındaki ilişkiye dair Roma kaynakları oldukça azdır. Roma hukukunda terk edilmiş çocukların hukuki durumunu düzenleyen bir kanun bulunmamaktaydı. Bilindiği kadarıyla terk edilmiş çocuklar hakkında yazılar yazmış olan tek Roma tarihçisi *Gaius Suetonius Tranquillus*'tur. *Suetonius*'un diğer bazı eserlerinde olduğu gibi *De Viris Illustribus* (Seçkin Kişiler Üzerine) adlı biyografik eserinin bir parçası olan *De Illustribus Grammaticis et Claris Rhetoribus*'da (Seçkin Gramer Ustaları ve Ünlü Retorik Ustaları Üzerine) özgür olarak doğan ancak terk edilen kişiler ve bunların sonraki yaşantılarının olumlu yönlerini ele alan metinler vardır³³. Bu metinler

²⁹ Eski ve klasik hukuk devrinde yeni doğmuş çocuğunu terk etme (*ius exponendi*) ve çocuğunu yaşatma ve öldürme hakkına (*ius vitae necisque*) sahip olan aile reisinin yaşatma ve ölüm hakkı, klasik hukuk devrinde kaldırılmadığı halde kamu baskısı nedeniyle uygulanamaz hale gelmiştir. **Plescica J.**, Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini, (çev. Diler Tamer Güven.), Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.941.

³⁰ **Ariès P./Duby G.**, s.21.

³¹ *D.25.3.4: Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.* “Çocuğu öldürmekle suçlanan kişi sadece onu boğan değildir ama aynı zamanda onu terk eden, ona yemek vermeyen veya kendinde olmayan merhameti kazanmak için onu halka açık yerlerde sergileyen kişilerdir”.

³² Roma toplumunda anne ve baba ebeveyn olarak aynı yetkilere sahipti. *D.50.16.51: Appellatione “parentis non tantum pater, sed etiam avus et proavus et deinceps omnes superiores continentur: sed et mater et avia et proavia:* “Ebeveyn ifadesi sadece baba değil, hatta büyükbaba ve büyük büyükbaba ve nihayet tüm büyükleri içerir: fakat anne ve büyükanne ve büyük büyükanneyi de”.

³³ *Suetonius De Grammaticis Et Rhetoribus, 7:* “Gallia'da özgür olarak doğan ama terk edilen Marcus Antonius Gniphos, yetiştiricisi tarafından özgürlüğüne kavuşturulur ve eğitilir; ... büyük yetenek sahibi olduğu, eşsiz belleğe sahip olduğu... söylenir”. *Suetonius De Grammaticis Et Rhetoribus, 21:* “Spoletum'da doğmuş olan Gaius Melissos özgür doğmuydu, ama ana-babasının anlaşmazlığı yüzünden terk edilince, eğitimcisinin gösterdiği özen ve gayret sayesinde daha yüksek bir eğitim aldı ve gramerci olarak hizmet etmesi için Maecenas'a verildi. ... anasının sahip

dışında *Iustinianus*'un kodifikasyonunda iki metinde terk edilmiş çocuklar ile ebeveyn arasındaki ilişki ele alınmıştır. Bu metinlerden biri *D.40.4.29* diğeri ise *Diocletianus*'un bir emirnamesi olan *C.5.4.16*'dır.

D.40.4.29 babasının azat edilmiş kölelerini dava eden terk edilmiş bir çocuk hakkındadır. *C.5.4.16* ise kızını bebekken terk edip, sonra da kızının, ona bakan onu eğiten kişinin oğluya evlenmesine engel olmak isteyen bir babaya ilişkindir.

D.40.4.29'da *Cervidius Scaevola*'ya ait bir eserden alınan parçada üzerinde durulan olay şu şekildedir: Bir adam, hamile karısını boşayarak, başka bir kadınla evlenmiştir. İlk karısının doğurduktan sonra terk ettiği bir erkek çocuk, geçmişi hakkında fikir sahibi olan birisi tarafından bulunup eğitilmiş ve ona her daim babasının adıyla hitap edilmiştir. Babasının hayatı boyunca, ebeveynin her ikisi de çocuklarının sağ olup olmadığı konusunda bilgi sahibi değildir. Çocuğun babası öldükten ve vasiyeti okunduktan sonra (vasiyette çocuk ne mirasçı olarak atanmış ne de mirastan men edilmiştir); çocuk hem anası ve hem de babaannesi tarafından tanınmıştır. Vasiyet yoluyla mirasçı atanmış olduğu kabul edilen çocuk, babasının mirasçısı olmuştur³⁴.

Bu metinlerde yeni doğmuş çocuğun babası tarafından terk edilmesinin, baba hâkimiyetini sona erdirmeyeceği varsayılmıştır. Diğer bir anlatımla terk edilme ile hâkimiyet esasına dayanan hısımlık (*agnatio*) sona ermezdi. Terk edilme, olsa olsa baba hâkimiyetini askıda bırakırdı. Tanıma, baba hâkimiyetini canlandırır³⁵. Nitekim WATSON, baba hâkimiyetinin yeni doğan çocuğun ebenin bıraktığı yerden kaldırılması ile değil, doğumla kurulduğunu belirtir³⁶.

çıkmasına rağmen, yine de kölelik durumunda kalmakta ısrar etti ve o anki durumunu gerçek kökenine yeğledi..." **Demiriş B.**, Gaius Suetonius Tranquillus, Gramerciler ve Retorik Ustaları Üzerine (De Grammaticis Et Rhetoribus), Şairler Üzerine (De Poetis), İstanbul 2006, s.29-31, s.51.

³⁴ **Tellegen-Couperus O.**, Father and Foundling in Classical Roman Law, The Journal of Legal History, 2013, 131-132, <http://dx.doi.org/10.1080/01440365.2013.810372> (erişim tarihi: 13.09.2015).

³⁵ **Tellegen-Couperus O.**, s.131.

³⁶ **Watson A.**, The Law of Persons in the Later Roman Republic, Oxford 1967, 81-82.

b-) Çocuk İle Anası Arasında Hâkimiyet Esasına Dayanan Hısımlığın Kurulması

Roma hukukunda çocuk ile anası arasında kan hısımlığının kurulması bakımından doğum yeterliydi. Ancak çocuk ile anası arasında hâkimiyet esasına dayanan hısımlığın kurulabilmesi için, ananın, kocasının veya kocasının tâbi olduğu aile reisinin hâkimiyeti altında olması gerekirdi. Eğer çocuğun anası, kocasının veya kocasının tâbi olduğu aile reisinin hâkimiyeti altında değilse, çocuk ile ana arasında *agnatio* hısımlığı kurulmazdı. Ayrıca çocuğun, ana tarafından kan hısımları arasında hâkimiyet esasına dayanan hısımlığın kurulması da mümkün değildi. Çünkü kadın tarafından gelen hısımlar agnatik hısımlık değil, tabii hukuk gereğince, kan hısımlarıdır³⁷.

Agnatio hısımlığında, çocukların, anasının değil, babasının ailesini takip ettikleri kabul edilirdi³⁸. Örneğin bir erkek çocuğun halasının oğluluğu arasındaki hısımlık *agnatio* değil, *cognatio*'dur. Aynı şekilde teyzesinin oğluluğu da arasında *agnatio* hısımlığı doğmazdı. Evlilik içi doğan çocuklar, babanın *familia*'sına ait oldukları ve babanın ya da babanın tâbi olduğu aile reisinin hâkimiyeti altına girdikleri için ananın *familia*'sının dışında kalırlardı. Çocuk, hukuka uygun evlilik (*iustae nuptae*) ile birleşmiş kadın ve erkekten doğduğunda, evlilik içi çocuk (*filii iusti*) olarak kabul ediliyor ve babanın veya babanın tâbi olduğu hâkimiyet altına giriyordu.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, hâkimiyet esasına dayanan hısımlıkta çocuk kimin hâkimiyeti altında ise onunla arasında hısımlık doğuyordu. Eski hukuk devrinde ana ile çocuk arasında kan hısımlılığı doğsa bile, asıl hısımlık hâkimiyete dayalı hısımlık olduğundan, çocuk ile ana ve ananın kan hısımları arasında hısımlıktan söz edilemezdi. Ancak çocuk hukuken geçerli olmayan bir birleşmeden doğarsa, çocukla anası ve anasının kan hısımları arasında hem kan hısımlığı doğuyor hem de çocuk anasının tâbi olduğu hâkimiyet altına giriyordu. Ayrıca aynı kadının farklı kocalardan iki çocuğu varsa, bunlar farklı aile reisinin hâkimiyeti altında bulduklarından çocuklar arasında *agnatio* kurulmuyordu³⁹.

³⁷ I.1,15,1:....*At qui per feminini sexus personas cognatione iunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati.*

³⁸ I.1,15,1:....*quia qui nascuntur patris, non matris familiam sequuntur.*

³⁹ Umur Z., Roma Hukuku, İstanbul 1982, s.389.

2-) Evlat Edinme (*Adoptio*) İle Hâkimiyet Esasına Dayanan Hısımlığın Kurulması

Aileye yabancı olanların aile içine alınması şeklinde tarif edilen evlat edinme (*adoptio*) kurumu, Roma toplumunda, özellikle doğal üreme oranındaki düşüklüğü telafi etmek ve ailenin yok olma tehlikesini ortadan kaldırmak amacıyla kullanılıyordu. *Ius civile* kurumu olan *adoptio*, M.S.2.yy.dan itibaren imparatorlar tarafından da kendilerine uygun bir ardıl tayin etmek için tercih edilmiştir⁴⁰.

Evlat edinme iki farklı şekilde gerçekleşirdi: a) *Arrogatio* (*adrogatio*)⁴¹ b) *Adoptio*⁴²

⁴⁰ İlk evlatlık imparatorun Nerva tarafından evlat edinilen Traianus olduğu belirtilmektedir. Dünya Tarihi, NTV Yayınları, 5. Baskı, çev.Aysun Yavuz, İstanbul 2013, s.78-79.

⁴¹ *Arrogatio* ve *adrogatio* aynı anlama geldiklerinden iki terim de kullanılmaktadır. *Arrogatio*, bir aile reisinin başka bir aile reisini evlat edinmesidir. Bu evlat edinme şeklinde evlat edinilen aile reisi hâkimiyeti altında bulunan tüm aile evlatları ile beraber evlat edinen aile reisinin hâkimiyeti altına geçer. Diğer evlat edinme şekli olan *adoptio*'dan eski olduğu tahmin edilmektedir.

⁴² *Adoptio*: Bu terim iki anlamda kullanılmaktadır: Geniş anlamda ve dar anlamda. Geniş anlamda, *adrogatio*'yu da içine alacak şekilde kullanılır. Dar anlamda ise bir aile reisinin, yalnız bir kimseyi tek başına evlat edinmesini ifade eder. Burada kastedilen dar anlamdaki *adoptio*'dur. Dar anlamda *adoptio*'da bir reisinin hâkimiyeti altında olan bir kişi tek başına, başka bir aile reisi tarafından evlat edinilerek onun hâkimiyeti altına geçmekte, bu şekilde eski aile reisinden ve eski ailesinden hukuken ayrılmaktadır. *Iustinianus* devrinde ise, bir kimsenin kendi soyundan bir kimse tarafından evlat edinilmesi ile, tamamen aileye yabancı bir kimse tarafından evlat edinilmesi birbirinden farklı hukuki sonuçlara bağlandı. Bir kimsenin kendi soyundan olan bir başka kimse tarafından evlat edinilmesi durumunda evlatlık eski ailesinin üyesi olmaktan çıkardı. Aileye yabancı bir kimse tarafından evlat edinilmesi durumunda ise eski ailesinden tamamen kopmayacağı, eski aile reisinin hakimiyeti altında kalacağı kabul edildi. Bu durumda evlatlığın eski ailesi ile ilişkisi devam eder, bu ilişkiden doğan hak ve yükümlülükler de ortadan kalkmazdı. Dolayısıyla gerçek anlamda bir evlat edinmeden çok iki ailenin evlat edinen çocuğun şahsında birleşmesi söz konusuydu. Böylelikle evlatlık, evlat edinen kimseden miras almak hakkını fazladan kazanmış olurdu. Bkz. **Günveren G.B.**, Roma Hukukunda Evlat Edinme (*Adoptio*), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2013, s.15-32; **Çelebican-Karadeniz Ö.**, s.164; **Ayiter K.**, s.50.

Her iki evlat edinme şeklinde evlatlığın⁴³ hukukî durumu diğer aile evlatlarından farklı değildi. Evlatlık, onu evlat edinen⁴⁴ aile reisinin hakimiyeti altına girerdi. Nitekim hukukçu *Modestinus* “sadece tabiatın değil, evlat edinmenin de aile evladı olmayı sağladığını” belirtirken⁴⁵, *Gaius* “sadece öz çocukların değil, evlat edinilenlerin de hâkimiyet altında olduğunu” söyler⁴⁶. Hatta kaynaklarda, aile evlatlarından (erkekse *filius familias*, kız iseler *filia familia*) söz edildiğinde; bunların hangi yolla aile reisinin hâkimiyeti altına girdiklerini tespit etme olanağı yoktur. Nitekim Roma hukukunda doğumla ya da evlat edinme ile aileye girenleri birbirinden ayırmak için farklı tâbirler kullanılmamıştır.

⁴³ Evlat edinme, erkek soyunun sona ermesini önleyen bir yöntem olarak kabul edildiğinden; kız çocukları aile adını sürdüremeyecek olmalarından dolayı pek evlat edinilmezlerdi. **Tahiroğlu B. – Erdoğan B.**, Dersler, s.160.

⁴⁴ Klasik hukuk devrinde kadınlar kendi çocukları üzerinde bile hâkimiyete sahip olmadıklarından evlat edinemiyorlardı (*Gai.1.1.104: Faminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent*: “Öz çocukları üzerinde dahi potestas’a sahip olmayan kadınlar, kesinlikle hiç bir yöntemle evlat edinemezler.”; *1.1.11.10: Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate sua habent*: “Kadınlar evlat edinemezler, zira öz çocukları bile hakimiyetleri altında değildir”). Ancak *Diocletianus*, çocuklarını kaybeden kadınların evlat edinme yoluyla kayıplarının acısını dindirebileceklerini kabul etmişti (*1.1.11.10: ... sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt*: “Ancak imparatorun lütfü ile, kaybetmiş oldukları çocuklarının tesellisi olarak evlat edinebilmektedirler”). Ayrıca *Cujacius*, *Paulus*’a ait bir metne dayanarak (*D.2.4.5: Quia - mater - semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*: Kim tarafından gebe bırakıldığı açık olmasa da ana hep bellidir, baba adı yalnız evlilik belgesinde adı belirtilen kişidir) “*mater*” (ana) kelimesinin *ius civile* değil, “*natura*” (doğa) terimi olduğunu; *adoptio*’nun ise *ius civile* terimi olduğunu belirtir (bkz. *Jacobi Cujacii, J.C. Praestantissimi Tomus Quintus vel Secundus Operum Postumorum, Neapoli 1722, s.159,161* https://books.google.com.tr/books/about/Opera_omnia.html?id=qZH7wyCkbJsC&redir_esc=y erişim tarihi 13.09.2015). *Bachofen J.J.*, *Söylence, Din ve Anaerki*, çev. *Nilgün Şarman*, İstanbul 1997, s.163 ; *Gardner J. F. – Wiedemann T.*, *The Roman Household A Sourcebook*, London-New York 1996, s.3.

⁴⁵ *D.1.7.1 pr.: Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt...*: Sadece tabiat değil, şüphesiz evlat edinme de aile evladı yapar.

⁴⁶ *Gai. 1.1.97: Non solum tamen naturales liberi secundum ea, quae diximus, in potestate nostra sunt, verum et hi, quos adoptamus*: Söylemiş olduğumuz gibi, yalnız öz çocuklarımız değil, evlat edindiğimiz kimseler de hâkimiyetimiz altındadır.

Evlatlık, evlat edinenin öz çocukları gibi aynı haklara ve sorumluluklara sahipti⁴⁷. Evlatlık, hakimiyetten çıkarılana kadar haklarını muhafaza ederdi.

Roma hukukunda evlilikten doğan çocuklar yanında evlat edinilmiş olanlar da aynı aile reisinin hâkimiyeti altında bulduklarından bunlar arasında *agnatio* doğardı. Nitekim aralarında *agnatio* bulunanlardan biri (erkek kardeş veya amca veya daha uzak dereceden bir agnatik hısım), herhangi bir kişiyi evlat edindiğinde; diğeri ile de evlatlık arasında *agnatio* hısımlığı kurulurdu⁴⁸.

Erkek üst soya dayanan hısımlıkta (*agnatio*), aynı zamanda birbirine kan bağı ile hısım olanlar arasında *cognatio* (kan hısımlığı) vardı. Örneğin aile reisi ile hâkimiyeti altındaki öz oğlu veya kızı arasında hem *agnatio* hem de *cognatio* hısımlığı vardı. Bu nedenle evlat edinen aile reisinin soyuna dayanan kan hısımları ile evlatlık arasında, *cognatio* hısımlığı da doğardı. Dolayısıyla evlatlık, evlat edinenin kızının ağabeyi olurdu. Çünkü evlat edinenin kızı ile arasında hem *agnatio* hem de *cognatio* hısımlığı kurulurdu. Bundan dolayı evlatlık ile evlat edinenin kızı arasında evlenme yasağı vardır⁴⁹. Ancak evlat edinenin eşi ya da anası, evlatlığın kan hısımları kabul edilmezlerdi. Diğer bir anlatımla evlat edinenin, erkek üst soya dayanmayan kan hısımları ile (eşi veya anası) evlatlık arasında *cognatio* kurulmazdı. Örneğin bir çocuğu evlat edinenin karısı, evlatlığın anası pozisyonunda olmazdı. Aynı şekilde, evlat edinenin anası evlatlığın babaannesi olmazdı. Ayrıca kadın *manus*⁵⁰ altında değilse, kocasının, birini evlat edinmesi durumunda, evlatlık ile evlat edinenin karısı arasında *agnatio* hısımlığı bile doğmazdı.

⁴⁷ Berger A., *Encyclopedic Dictionary Of Roman Law*, New York 1953, s.350.

⁴⁸ I.3,2,2: *Per adoptionem quoque adgnationis ius consistit, veluti inter filios naturales et eos, quos pater eorum adoptavit (nec dubium est, quin proprie consanguinei appellantur): item si quis ex ceteris adgnatis tuis, veluti frater aut patruus aut denique is, qui longiore gradu est, aliquem adoptaverit, adgnatos inter suos esse non dubiatur.*

⁴⁹ D.1.7.23: *Qui in adoptionem datur, his quibus adgnascitur et cognatus fit, quibus vero non adgnascitur nec cognatus fit: adoptio enim non ius sanguinis, sed ius adgnationis adfert. Et ideo si filium adoptavero, uxor mea illi matris loco non est, neque enim adgnascitur ei, propter quod nec cognata eius fit: item nec mater mea aviae loco illi est, quoniam his, qui extra familiam meam sunt, non adgnascitur: sed filiae meae is quem adoptavi frater fit, quoniam in familia mea est filia: nuptiis tamen etiam eorum prohibitis.*

⁵⁰ Manus için bkz. II/3.

3-) Evli Kadın Üzerinde *Manus* İle Hâkimiyet Esasına Dayanan Hısımlığın Kurulması

Kelime olarak “el” anlamına gelen *manus*, Romalı kocanın karısı üzerindeki hâkimiyetini ifade etmektedir. Evlilik tarihinin başlangıcı tam olarak bilinmeyen Roma toplumunda, evlilik, özel bir seremoniye ihtiyaç duyulmayan, sadece tarafların *consensus*'u ile gerçekleşen bir muamele idi. Ancak Roma'da, ilk evlenmelerin kadının kocasının ailesine girmesi şeklinde olduğu bilinmektedir. Kadın, kocasının ailesine girince, kocasının veya kocasının tâbi olduğu aile reisinin hâkimiyeti altına girmiş olurdu.

Manus altına girmek için ya evlilikle beraber ya da evlilikten sonra gerçekleşen bazı muamelelerin yapılması gerekirdi. Bugün kabul edilen görüşe göre evlilik ile *manus* birbirinden farklı muamelelerdi, aralarında hiçbir ilişki yoktu. Diğer bir anlatımla kadın evlenmekle, kocasının veya kocasının tâbi olduğu aile reisinin hâkimiyeti altına girmiş olmuyordu. Evli kadının, kocasının hâkimiyeti altına girmesi için ayrı bir hukuki muamelenin yapılması gerekiyordu. *Manus*'u tesis eden işlemler⁵¹ sonucunda, evli kadının, kendi ailesi ile arasındaki *agnatio* hısımlığı sona ererdi. Böylece kadının eski ailesi ile ne bir hukukî bağı ne de bir akrabalık ilişkisi kalırdı. Ayrıca mirasçılık hakkını da kaybederdi. Buna karşılık evli kadın *manus* altına girdiğinde kocasının hâkimiyeti

⁵¹ *Conventio in manum* olarak ifade edilen bu işlemler *confarreatio*, *coemptio* ve *usus* idi. Hakkında en fazla bilgiye sahip olduğumuz ancak klasik hukuk devrinde ortadan kalkmış olan *confarreatio* dini merasimle gerçekleşiyordu. On tanığın önünde, Jupiter'e adanan bulgur çöreğinin belirli sözler söyleyerek eşler tarafından bölüşülmesiyle gerçekleşen bir muameleydi. Gelin satın alma geleneğinin bir kalıntısı olan *coemptio* ise özel sözlerle yapılan bir *mancipatio* idi. *Pater familias*, kızını sembolik bir bedel karşılığında hayali bir satış sözleşmesi ile müstakbel kocaya veya onun aile reisine satardı. *Usus* ise eşya hukukundaki mülkiyet hakkının zamanasını ile iktisabına benzeyen bir usuldü. Bu usul, *manus*'un en eski iktisap yolu idi. Bir yıl süreyle kocasının evinde kalan kadın, bir yıllık ortak hayattan sonra *manus* altına girmiş olurdu. Eğer kadın, kocasının hâkimiyeti altına girmek istemiyorsa *usus* süresi olan bir yıl içinde, kesintisiz üç geceyi kocasının evi dışında geçirmeliydi. Böylece zamanasını kesilmiş ve kadının, kocasının hâkimiyeti altına girmesi engellenmiş oluyordu. **Rado-Basman T.**, Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri, İÜHF, 1942, C.VIII, , s.539-541; **Puegliese G.**, Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış, (çev.Umur Z.), İÜHF, 1957, C.XII, S.1-4, s.344-345; **Göncü F.İ.**, Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010, s.65-69.

altında ise, onun kızı⁵² veya kocası hâkimiyet altında ise onun babasının torunu durumunda olurdu.

Evli kadının *manus* altına girmemesi⁵³ ise koca bakımından bazı sakıncalara yol açıyordu. Bu durumda, kadın ile kocası arasında agnatik hısımlık doğmazdı. Eşler âdeta birbirlerine yabancı olurlar, mal ve menfaatler bakımından da bağımsız hareket ederlerdi. Kocanın karısı üzerinde, karısının babası kadar hâkimiyeti yoktu. Ancak koca, aile reisinin hâkimiyet hakkını sınırlayan bazı imkânlarla sahipti⁵⁴. Örneğin kızını, kocasından geri alma konusunda *interdictum*'a sahip olan aile reisine karşı, koca, bir def'i hakkını haizdi⁵⁵. Bu nedenle *manus*, *agnatio* hısımlığı tayininde önemli bir rol oynardı⁵⁶.

4-) Hâkimiyet Esasına Dayanan Hısımlığın Hükümleri

a-) Mirasçılık

Roma toplumunda ailenin ardılını seçme ayrıcalığı aile reisine aitti. Aile reisi bunu vasiyetname ile gerçekleştirdi. Vasiyetname özellikle mirasçı atamak amacıyla yapılmakta idi⁵⁷. Miras bırakanın vasiyetname düzenlemediği veya düzenlenen vasiyetnamenin bâtil oldu-

⁵² *Gai.I.1.115 b: ...: nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci*: "Zira her ne sebeple olursa olsun kocanın *manus*'u altında bulunan kadın, onun kızı olarak, kız evladın –sahip olduğu- hakları elde eder".

⁵³ *Manus*'un kadın açısından doğurduğu ağır sonuçlar nedeniyle onlara, *manus* altına girmeden de evliliklerini devam ettirme imkânı tanınmıştır. *Manus*'un ağır sonuçlar hakkında bkz. **Rado Basman T.**, s.533-535; **Pugliese G.**,s.345.

⁵⁴ **Ceylan (Güneş) S.**, Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara 2010, s.90 (Evlenme)

⁵⁵ *D.43.30.1.5*'de çocuklarla desteklenen bir evlilikte, aile reisi kızını geri almak isterse, kocaya, bu evliliği bozmak isteyen babanın *interdictum*'una karşı, bir def'i hakkı tanınıp tanınmayacağı sorulmuştur. Aile reisinin, *patria potestas*'a dayanarak bu evliliği bozması ve yetkisini bu yönde kullanmaması konusunda ikna edilmesi gerektiği hususu, belirtilmiştir. *D.43.30.1.5*'in Latince'den çevirisi için bkz.**Ceylan (Güneş) S.**, Evlenme, s.90.

⁵⁶ **Rado Basman T.**, s.536-537.

⁵⁷ Nitekim vasiyetin ilk örnekleri çocuğu olmayanların, ölümü ile *sui iuris* durumuna gelecek kimsesi bulunmayanların vasiyetname yoluyla kendilerine ardıl tayin etmesi amacını taşımıştır. **Tamer D.**, Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı, İÜHFİM, C.LVII, 1999, S.1-2, s.225. (Miras)

ğu veya atanan mirasçılardan mirasçı olamadığı ya da olmadığı hallerde agnatik hısımlar derecelenerek miras bırakanın mirasına sahip olurlardı⁵⁸. Nitekim XII Levha Kanunu'nda düzenlenen *ab intestato*⁵⁹ mirasın⁶⁰, *agnatio* sistemine dayandığı açıkça görülmektedir:

XII Levha Kanunu V.4: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. 5. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*: “Eğer (kişi) vasiyet bırakmadan ölürse, onun mirasçısı yoksa, baba tarafından en yakın agnatik hısmı ev halkının sahipliğini alsın.5. Eğer agnatik hısmı yoksa, ev halkının sahipliğini (ölen kişinin) *gens* üyeleri (*gentiles*) alsın”.

XII Levha Kanunu'na göre agnatik hısımlar üç sınıf halinde derecelenerek miras bırakanın mirasına sahip olurlardı. Birinci sınıf, *sui heredes*⁶¹ denilen mirasçılardı. Bunlar arasında aile evlatları, evlatlıklar, babaları tarafından hâkimiyet altından çıkarılmış torunlar, *manus* altındaki kadınlar yer almaktadır⁶².

Kadınların *sui heredes*'i bulunmadığından onlara intikal etmiş olan miras da, ölümleri halinde en yakın agnatik hısımlarına kalacaktır. Bunlar kadının aynı babadan olan erkek ve kız kardeşleridir. TAMER, *manus* altındaki kadının ölümü halinde, kocasının kız çocuğu durumunda bulunması sebebiyle onun en yakın agnatik hısımlarının, muhtemelen çocukları olduğu görüşünü ileri sürmektedir⁶³.

⁵⁸ **Umur Z.**, Roma Miras Hukukunun Ana Hatları, İÜHF, 1966, CXXXI, S.1-4, s.182 (Miras).

⁵⁹ Vasiyetname yapmadan ölen ve bu sebeple mirası kanuni mirasçılara intikal eden kimse. **Umur Z.**, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983, *Intestatus* (Lügat).

⁶⁰ *Ab intestato* mirasa, Ortaçağ hukukçuları kanunî miras diyorlardı. Bunun nedeni, onların, *ius civile-ius honorarium* (vatandaşlar hukuku-*praetor* hukuku) ayırımını dikkate almamalarıdır. Aslında *ab intestato* miras, *ius civile* mirası anlamına gelmektedir. **Umur Z.**, Miras, s.181. Ayrıca *ius honorarium* için bkz.dn.92.

⁶¹ *Sui heredes*:Miras bırakanın hâkimiyeti altında iken onun ölümü ile *sui iuris* hale gelen mirasçılara verilen isim. İlk dönemlerde aile reisinin ölümü ile *sui iuris* durumuna gelenler doğrudan doğruya (*ipso iure*) miras bırakana ardıl olurlardı. Hattâ mirasçılık vasfına yalnız bunlar sahip olurdu. **Umur Z.**, Lügat, *Heres Suus*.

⁶² Tereke bu mirasçılar arasında eşit olarak paylaşıldı.

⁶³ **Tamer D.**, Miras, s.227.

b-) Vasiliğe veya Kayyımlığa Öncelikle Atanma

Roma hukukunda aile reisinin hâkimiyeti altında bulunmayan (*sui iuris*) hür Roma vatandaşları hak ehliyetini haizdi. Ancak hak ehliyetine sahip olmakla beraber kişi yaşı, akıl hastalığı veya cinsiyeti gereği, öncelikle kendi çıkarlarını ve dolaylı olarak da başkasının çıkarlarını koruyamayacak durumda olabilirdi. Bu nedenle fiil ehliyeti olmayan ya da sınırlanan kişilere ya vasi (*tutor*) ya da kayyım (*curator*) atanırdı. Vesayet (*tutela*) ile kayyımlık (*cura*) birbirinden farklı kurumlardı. *Sui iuris* olan fakat ergin olmayan kişilere ve *sui iuris* kadınlara⁶⁴ vasi atanırken⁶⁵; ergin, ancak akıl hastası olan kişilere, mallarını israf edenlere ve belli bir yaşı doldurup (14 yaş) ergin olmalarına rağmen tecrübesizliklerinden, bilgisizliklerinden dolayı korunmaları gerektiği kabul edilen (14-25 yaş arası) kişilere kayyım atanırdı⁶⁶.

XII Levha Kanununa göre vasiyetname yoluyla kendisine vasi tayin edilmeyen kişiler için, agnatik hısımlar vesayet işini görmekle görevlendirilirdi⁶⁷. Bu husus gerek *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde gerekse *Gaius*'un *Institutiones*'inde belirtilmiştir.

I.1.15 pr. Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi. I. Sunt autem adgnati per virilis sexus cognationem coniuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patruus filius neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione iunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati. Itaque amitae tuae

⁶⁴ *Manus* altında olmayan evli kadın veya evlenmediği halde aile reisinin hâkimiyeti altında olmayan veya hâkimiyetten çıkan her kadına vasi atanırdı. Ancak zamanla kadın üzerindeki vesayet eski halini kaybetmiş, çocuklarının vasisi dahi olamayan kadın ilerleyen dönemlerde belli şartların varlığı halinde vesayetten kurtulmuştur.

⁶⁵ *D.26.1.1.pr. Tutela est, ut servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa: "Vesayet, yaşı sebebiyle kendi çıkarlarını koruyamayacak kişi için, ius civile tarafından hür kişiye verilen koruma gücü ve yetkisidir".*

⁶⁶ *I.1.23.pr: "Ergin erkek ve kadınlara, yirmi beş yaşını doldurana kadar kayyım atanır, bu kişiler her ne kadar ergin iseler de, henüz işlerini gereği gibi yapamayacak bir yaşadılar".*

⁶⁷ XII Levha 5.6: *Quibus testamento... tutor datus non sit, iis ex lege XII (tabularum) agnati sunt tutores.*

filius non est tibi adgnatus, sed cognatus (...), quia qui nascuntur patris, non matris familiam sequuntur.

“Vasiyetname ile kendilerine vasi tayin edilmemiş olan kimsele-
rin, XII Levha Kanunu gereğince, kanunî vasi (*tutor legitimus*) ismi al-
tında, agnatik hısımları vasileridir. 1. Agnatik hısımlar (*adgnati*), baba
tarafından kan hısımları gibi, erkek soydan gelen kan hısımlarıdır; esas
olarak aynı babadan doğmuş erkek kardeş, bu kardeşin oğlu, torunu;
keza amca, bu amcanın oğlu, torunu gibi. Kadın tarafından gelen hi-
sımlar ise, agnatik hısımlar değil, tabii hukuk gereğince, kan hısımları-
dır (*cognati*). Bu nedenle halanın oğlu senin agnatik değil, kognatik
hısımlardır (...), çünkü çocuklar ananın değil babanın ailesini takip
ederler”⁶⁸.

*Gaius I.1.155: Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex
lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

“Vasiyetname ile kendilerine vasi atanmayanlara, XII Levha Ka-
nunu gereğince *agnatio* hısımları vasi tayin edilir, buna *legitimi* denir”⁶⁹.

Vasi olarak tayin edinen kişinin agnatik hısımlar olması, kişinin
kişisel korunması yanında malvarlığının korunmasının da önem taşı-
dığını göstermektedir. Çünkü vasi olarak tayin edilen kişi kural olarak
vesayet altındaki kişinin mirasçısıdır. Malvarlığının idaresi konusunda
gösterilecek özen, ailenin menfaatleri bakımından da önemlidir. Bu
bakımdan Roma hukukunda vasinin en yakın agnatik hısımlar olması
tesadüf değildi. Ancak zamanla vasinin menfaatlerinden çok vesayet
altındaki kişinin menfaatleri önem kazanmaya başlamıştır. *Magistra* ta-
rafından atanan vasinin kamusal bir görev ifa ettiği kabul edilmiştir⁷⁰.

Ergin olan kişilerin malvarlıklarının korunmasını hedefleyen
kayımlık kurumu ise, ilk olarak akıl hastaları ve ardından müsrifler
için kabul edilmiştir⁷¹. Kayyım olarak atanacak kişiler vasi atamasında
da olduğu gibi en yakın agnatik hısımlardır.

⁶⁸ *Iustinianus Institutiones*, çev. Umur Z., İstanbul 1968, s.51.

⁶⁹ *The Institutes of Gaius*, Translated with an Introduction by W.M. Gordon and
O.F. Robinson with the Latin text of Seckel and Kuebler, Ithaca, New York,
1988, s.101.

⁷⁰ *Ceylan Güneş S.*, Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, An-
kara 2004, s.61 (Vesayet)

⁷¹ *Ayiter K.*, s.85.

XII Levha Kanunu V.7.a. *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in ed pecuniaque eius potestas esto. b. ...ast ei custos nec escit, c. Ulpianus, ad Sabinum (D.27.10.1): lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio. Ulpianus (fr.12.2): Lex XII tabularum furiosum itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.* : “Eğer (kişi) akıl hastası ise, onun ve mallarının hâkimiyeti agnatik hısmına ve *gens* üyelerine ait olsun. b. Ama (eğer ona) bakıp gözecek kimse yoksa, c. XII Levha Kanunu’nda (onun) mallarının yönetiminin müsrif birisine verilmesi yasaklanmıştır. XII Levha Kanunu mallarının tamamının (yönetiminin) yasaklandığı akıl hastasının ve aynı şekilde müsrif kişinin kayımlığının *agnatio* hısımlarına verilmesini emreder”.

c-) Nafaka Yükümlülüğü

Hısımlığın nafaka yükümlülüğüne etkisi, Romalı hukukçular arasında tartışma konusu olmuştur. Yaygın olan anlayışa göre nafaka ilişkisinin doğması için *agnatio* hısımlığı dikkate alınmaz. Diğer bir anlatımla nafaka yükümlülüğü bakımından *cognatio* önem taşımaktadır⁷².

D.25.3.5.2’da yer alan *Ulpianus*’a ait metinde nafaka yükümlülüğünün adaletten, hakkaniyetten (*aequitate*) ve kan bağı olan akrabalara yakınlıktan kaynaklandığı belirtilir. Bu nedenle esas itibarıyla nafaka yükümlüsü olanlar sadece altsoy ve üstsoy kan hısımları olup, bu yükümlülük civar kan hısımları (kardeşler, amca, dayı, hala, teyze ve onların altsoyu) için kabul edilmemiştir. Bu durum bize nafaka yükümlülüğünde *cognatio* hısımlığının dikkate alındığını gösterir. Aile evlatları sadece babalarını ve baba tarafından olan dede ve büyükbabalarını ve diğer akrabalarını değil, ana ve ana tarafından olan akrabalarını da desteklemelidirler. Aynı durum ebeveyn tarafından çocukların bakımı için de geçerlidir⁷³.

⁷² İpek N., Roma Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğü, MÜHF-HAD, Y.2013, C.19, S.3, s.282 (Nafaka).

⁷³ D.25.3.5.1... *Et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere...*: “Bence daha iyi olan görüş, çocukların hâkimiyet altında olmasalar bile ebeveyn tarafından desteklenmeleri, diğer taraftan kendilerinin de ebeveyni desteklemeleridir”.

D.25.3.8'de yer alan *Marcellus*'a ait bir metinde ise, âdeta Roma ailesinin erkek üst soya dayalı yapısı ve dolayısıyla *agnatio* hısımlığı dikkate alınmış ve farklı bir görüş benimsenmiştir. *Marcellus*'a göre kız çocuğundan olan toruna veya torun çocuğuna karşı nafaka yükümlülüğü, ana tarafından olan dedede değil, torunun babasındadır. Ancak baba öldüğü ya da ihtiyaç halinde olduğu takdirde bu yükümlülük ana tarafından dedeye ait olacaktır⁷⁴.

III-) Kan Bağı Esasına Dayanan Hısımlık (*Cognatio*)

1-) Kan Bağı Esasına Dayanan Hısımlığın Kurulması

Günümüzdeki hısımlık ilişkilerinin temelini teşkil eden kan hısımlığı Roma hukukunda *cognatio* olarak ifade edilmektedir. Roma hukukunda önceleri akrabalığı belirleyen tek hısımlık *agnatio* iken, *praetor*'lar tarafından dikkate alınmaya başlayan *cognatio*, birbirinden üreyen veya ortak bir asıldan üreyenlerin aralarındaki bağı ifade etmekteydi. Esas itibarıyla miras hukuku bakımından önem taşıyan *cognatio*, *agnatio*'ya bakıldığında mirasçı olamayacaklara miras hakkı vermek amacıyla benimsendi.

Ius civile tarafından sadece *agnatio*'nun tanınması, özellikle aynı aile reisinin hâkimiyeti altında olmayan ana ve çocuğun arasında hısımlığın doğmasını engellediğinden çocuk ile ana tarafından akrabalar arasında da hısımlık doğmuyordu. Gerçi *agnatio*'nun geçerli olduğu dönemlerde de *cognatio*'ya bazı hukukî sonuçlar bağlanmıştı. Kan yakınlığını ifade ettiği için sosyal hayatta olduğu kadar evlenme yasakları bakımından da dikkate alınan *cognatio*, *praetor*'ların miras hukuku kurallarında yaptıkları değişikliklerle *agnatio*'ya dayanan mirasçılığa geniş bir gedik açmıştır. *Praetor*'ların faaliyetleri kapsamında kan bağına bağlanan hukukî sonuçlar, klasik sonrası hukuk döneminde de *cognatio*'nun gittikçe önem kazanmasına sebep olmuştur. Nitekim *Iustinianus* döneminde hâkim olan hısımlık halini almıştır. Diğer bir anlamıyla *Iustinianus* döneminde akrabalık *cognatio*'ya dayanmıştır⁷⁵.

⁷⁴ D.25.3.8: *Non quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrorum pertinent, ita et in feminis est: nam manifestum est id quod filia parit non avo, sed patri suo esse oneri, nisi pater aut non sit superstes aut egens est.*

⁷⁵ Tahiroğlu B./Erdoğan B., s.159.

a-) Çocuk İle Babası Arasında Kan Bağı Esasına Dayanan Hısımlığın Kurulması

aa-) Evlilik İçi Çocuğun Hukukî Durumu

Roma hukukunda çocuk ile babası arasında kan bağı esasına dayanan hısımlığın kurulması eski hukuk döneminde doğan çocuğun baba tarafından kabulü ile olurdu. Roma'da bir bebeğin doğumu, sadece biyolojik bir olay değil, babanın kabulüne bağlı hukuki bir fiil olarak kabul edilirdi. Çocuğun aileye, diğer taraftan Roma toplumuna kabul edilmesi için, babanın tek taraflı olarak iradesini beyan etmesi gerekirdi. Çünkü yeni doğanlar aile reisinin vereceği karar gereğince dünyaya gelirler ve topluma kabul edilirdiler⁷⁶.

Pater familias dilerse çocuğu ebenin bıraktığı yerden kollarına alarak kaldırır ve sokağa bırakmaya razı olmadığını gösterir, yani bebeği kabul ederdi. Yeni doğan çocuğun kabul edilmesi şeklindeki bu zor kararda *pater familias*, akrabalarından ve komşularından oluşan bir *consilium*'un görüşünü alabilirdi⁷⁷. Aileye yeni bir aile evladının katıldığı, ev kapısının dışına asılan gösterişli bir çelenkle duyurulurdu⁷⁸.

Çocuk ile babası arasında *agnatio*'nun kurulması bahsinde üzerinde durduğumuz gibi⁷⁹, Roma hukuku, daha sonraki dönemlerde çocuk ile baba arasındaki kan hısımlığının kurulmasına ilişkin olarak bir karineye yer vermiştir: Evliliğin başlangıcından itibaren 180 gün sonra ve evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu şartlar içinde doğan çocuk *ipso iure* aile reisinin hâkimiyeti altına girerdi⁸⁰.

bb-) Evlilik Dışı Çocuğun Hukukî Durumu

Evlilik dışı doğan çocuklar, doğdukları zaman baba hâkimiyeti altına girmediklerinden baba ile aralarında *cognatio* kurulmazdı. Ancak

⁷⁶ Ariès P.- Duby G., s.21.

⁷⁷ Blanck H., Eski Yunan ve Roma'da Yaşam, çev. İslam Tanrıkut, İstanbul 1999, s.185.

⁷⁸ Blanck H., s.189.

⁷⁹ Çocuk ile baba arasında gerek *agnatio* gerekse *cognatio*'nun kurulması bakımından aynı esaslar geçerlidir.

⁸⁰ Ayiter K., s.45.

klasik sonrası hukuk döneminde bu çocukların sonradan çeşitli yollarla babalarının hâkimiyeti altına girecekleri kabul edilmiştir. Bu durum çocuk ile baba arasında *cognatio*'nun kurulması sonucunu doğurmuştur.

Meşrulaştırma olarak nitelendirilen bu hukukî yollar: Sonradan evlenme (*per subsequens matrimonium*), imparatora müracaat (*per rescriptum principis*) ve gayrimeşru çocuğun *curia*'ya ya da belediye meclisine üye olması (*per oblationem curiae*) olarak sıralanır⁸¹.

Per subsequens matrimonium: Evlilik anlaşmasını düzenleyen bir belge ile *concupinatus*'un evliliğe dönüştüğüne dair bir kanıt gerekirdi. Ayrıca eşlerin bu birleşim sırasında evlenme özgürlüğüne sahip olduklarını göstermesi ve çocukların onayı aranırdı.

Per rescriptum principis: *Concupina*'nın (metresin) vefat etmesi ya da evliliğe uygun olmaması durumunda, erkek, başka meşru çocuğu olmadığı durumlarda imparatora müracaat ederek çocuğunun meşrulaştırılması için bir emir talebinde bulunurdu. Burada da yine çocuğun rızası gerekirdi.

Per oblationem curiae: Erkek çocuklar *decurio*⁸² olarak, kız çocuklar da *decurio* ile evlenerek meşru hale gelebiliyorlardı. *Iustinianus* döneminde de evlilik dışı çocukları olan baba *decurio* olarak çocuklarını meşru hale getirebilirdi. Bu yöntem çocuk babasının hâkimiyeti altına girse ve baba ile arasında *cognatio* kurulsa bile, babanın akrabaları ile *cognatio* kurulmazdı⁸³.

b-) Çocuk İle Anası Arasında Kan Bağı Esasına Dayanan Hısımlığın Kurulması

Roma hukukunda çocuk ile anası arasında kan bağı esasına dayanan hısımlığın kurulması doğumla gerçekleşirdi. Çocuğun anası, onu doğuran kadındır. Ana olmak doğa gereği, baba olmak ise *ius civile* ge-

⁸¹ İpek N., *Concupinatus*, s.33-34.

⁸² Klasik sonrası hukuk döneminde Roma'ya tâbi şehirlerin *senatus*'larına dahil üye. Bu asilzade sınıfı ağır yükümlülükler altında idi. Örneğin vergi toplama işi bu sınıfa aitti. Bu nedenle hiç kimse *decurio* olmak istemezdi.

⁸³ Lorio K.V., *Roman Sources and Constitutional Mandates: The Alpha and Omega of Louisiana Laws on Concubinage and Natural Children*, Louisiana 1995, s.318.

reğidir. Nitekim *Digesta*'da *Paulus*'a ait bir metinde, kadının kim tarafından gebe bırakıldığı açık olmasa da, çocuğun anasının her zaman belli olduğu, babanın yalnız evlilik belgesinde adı geçen kişi olduğu belirtilir⁸⁴. Kadının hukuka uygun evlilik yapıp yapmaması, çocuk ile anası arasında hısımlığın kurulması açısından önem taşımazdı.

Roma'da çocuğun doğumu ile tarım arasında benzerlik kurulmuş; toprağın ana olduğu, babanın ise sabandan ya da sürülmüş tarladan geçerken tohum saçıp giden ekimciden farkı olmadığı belirtilmiştir. Hatta bu bağlantı hukuki terimlerle izah edilmiştir:

D.22.1.25: Omnis fructus non iure seminis, sed iuresoli percipitur; ... in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, aspicitur.

“Bütün ürün tohum hakkına göre değil, toprak hakkına göre devşirilir;...meyveler toplanırken, alındıkları ağacın hakkına, büyüdükleri tohumun haktan daha fazla dikkat edilir”.

2-) Kan Bağı Esasına Dayanan Hısımlığın Hukuki Sonuçları

a-) Evlenme Yasağı

Roma hukukunda evlenme yasağı bakımından dikkate alınan hısımlık *cognatio*'dur. *Agnatio*'nun tek hısımlık olarak kabul edildiği dönemlerde dahi derecesi ne olursa olsun üstsoy ve altsoy arasında evlenme akdedebilme ehliyeti (*conubium*) yoktur. *Gai.I.1.59*'da evlenmenin ebeveyn çocuk ilişkisi içinde bulunan kişiler arasında akdedilemeyeceği, örneğin baba ve kızı, anne ve oğlu veya büyükbaba ve kız torunu, büyükanne ve erkek torunu arasında Roma hukukuna göre geçerli bir evlilik doğmayacağı, bu kişiler arasında yapılan birleşmelerin kabul edilemez olduğu belirtilmektedir.

I.1.10.1'de de her kadınla evlenmenin mümkün olmadığı, bazıları ile evlenmekten kaçınılması gerektiği, aralarında altsoy üstsoy ilişkisi olan kişilerin birbirleriyle evlenemeyecekleri, aynı şekilde evlat edinme nedeniyle aralarında altsoy üstsoy ilişkisi olanların da birbir-

⁸⁴ *D.2.4.5: quia semper certa est, etiam i volgo conceperit: pater vero is est, quam nuptiae demonstrant.*

leriyle evlenemeyecekleri, evlat edinme ilişkisi sona erse bile, hukuki engelin devam edeceği belirtilir.

Gai.I.1.61'de ise öz veya üvey olmalarına bakılmaksızın kardeşler arasında ve evlatlık ilişkisi devam ederken evlatlık ile diğer aile evlatları arasında evlenmenin yasak olduğu ifade edilir. Ancak evlatlık bağının sona ermesi bu yasağı ortadan kaldıracaktır. *I.1.10.8*'de kadın ile kocanın farklı evliliklerinden çocukları varsa bunların birbirleriyle evlenmelerinin mümkün olduğu ifade edilir.

Cumhuriyet döneminin sonlarında, civar hısımları içinde kardeş çocuğu ile evlenmeye izin verilmiştir. M.S.49 yılında, bir *senatus* kararı ile imparator *Claudius*'un, kardeşi *Germanicus*'un kızı *Agrippina* ile evlenmiştir⁸⁵.

Son İmparatorluk döneminde doğu eyaletlerinin hukukları yakın akraba evliliği konusunda çok daha esnek olsalar da, Roma hukuk düzeni, buna karşı direnme göstermiş ve verilmiş izinleri kaldırmaya çalışmıştır. M.S.4.yy.'ın ilk yarısında erkek kardeşin kızı ile evlenmek yasaklanmıştır. Nitekim *I.1.10.3*'de erkek veya kız kardeşin kızı ile evlenmenin geçerli olmadığı, kız veya erkek kardeşin torunu ile de dördüncü dereceden hısım olunmasına rağmen evlenilemeyeceği belirtilir. Hukukçu *Paulus* da kız kardeşin torununun torunu ile evlenilemeyeceğini, eğer kişi gelenek hukukuna göre evlenmemesi gereken bir kadınla evleniyorsa, onun ensest suçu (*incestus*) işlediğini belirtir⁸⁶. M.S.5.yy'ın başında ise, kardeş çocukları arasındaki evlenme yasağı kaldırılmıştır⁸⁷. Bu şekilde *I.1.10.4*'de iki kız kardeşin veya iki erkek kardeşin ya da bir kız ve bir erkek kardeşin çocuklarının birbirleriyle evlenebilecekleri ifade edilmiştir.

Bunun dışında yine *Gai.I.1.59*'da ebeveyn ile çocuk arasındaki hısımlık evlat edinmeye dayanıyorsa, bunların evlenemeyeceği, evlatlık ilişkisi sonra erdikten sonra bile bu durumun evlenmeye engel teşkil

⁸⁵ Di Marzo S., s.185.

⁸⁶ *D.23.2.39: pr. Sororis proneptem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum.1. Si quis ex his, quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit, incestum dicitur committere*: “Ben kız kardeşimin torununun torunu ile evlenemem, çünkü onun ebeveyni konumundayım. 1. Eğer kişi gelenek hukukuna göre evlenmemesi gereken bir kadınla evleniyorsa, onun *incestus* işlediği söylenir”.

⁸⁷ Di Marzo S., s.185.

ettiği belirtilmiştir. Evlatlıkla evlat edinenin öz çocukları arasında da evlenme yasağı vardır. *Gai.I.1.61*'de ise evlatlık ilişkisinin sona ermesinden sonra evlat edinenin öz çocukları ile evlatlığın evlenebileceği belirtilmiştir. Civar hısımları arasında evlatlık ilişkisinden doğan evlenme yasağının evlatlık ilişkisi sona erince ortadan kalkacağı kabul edilmiştir⁸⁸. Diğer taraftan evlatlığın veya evlat edinenin, birbirlerinin karısı olmuş kadınlarla evlenmeleri de mümkün değildi. Her ne kadar evlatlık ile evlat edinen arasında bir *cognatio* kurulmasa da ahlaki kurallar sebebiyle, yapılan evlilikler geçerli olmazdı. Evlatlık ilişkisi sona erse bile bu kişilerin evlenmesi uygun görülüyordu⁸⁹.

b-) Mirasçılık

XII Levha Kanunundan başlayarak Cumhuriyet devri sonlarına kadar mirasçılık konusunda hâkimiyet esasına dayalı hısımlık (*agnatio*) önem taşımakta idi. Ancak *praetor*'lar, *ius civile*'nin sertliğini gidermek veya eksikliğini tamamlamak amacıyla, diğer alanlarda olduğu gibi miras kuralları kapsamında da bazı koruma imkânları getirdiler. Tamamen insanî düşüncelerle *edictum*'larına yeni bir mirasçılık sırası eklediler⁹⁰. Böylelikle *agnatio* sistemi sebebiyle, *ius civile*'nin kanunî miras dışında bıraktığı bazı kişilere, belli sınıf ve derecelenmeye uyarak mirasçılık hakkı tanındı⁹¹. Adalet ve hakkaniyet gereği *praetor* hukuku'nun (*ius*

⁸⁸ *I.1.10.5: Item amitam, licet adoptivam, uxorem ducere non licet, item materteram, quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, mangam quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere: "Hısımlığı evlat edinme doğurmuş olsa bile, hala ve teyzeyle evlenmek uygun değildir, çünkü bunlar üstsoyduandır. Aynı sebep, büyük hala ve büyük teyze ile evlenmeyi de imkânsız kılar".*

⁸⁹ *D.23.2.14: Adoptivus filius si emancipetur, eam quae patris adoptivi uxor fuit ducere non potest, quia novercae locum habet. "Evlat edinilmiş erkek, eğer hâkimiyetten çıkarılırsa, kendini evlat edinmiş olan babasının eşiyle onun üvey annesi sayılmasından dolayı evlenemez".*

⁹⁰ *I.3.2.3a:omni alia successione incognita, donec praetores, paulatim asperitatem iuris civilis corrigentes sive quod dest adimplentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt et, cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adiuvabant et pollicebantur his bonorum possessionem, quae unde cognati appellatur....*

⁹¹ **Umur Z.**,Miras, s.182-183.

honorarium)⁹² getirdiği bu yenilik *bonorum possessio*⁹³ olarak adlandırılmaktadır⁹⁴.

Kan hısımlarını yakınlık derecelerine göre mirasa dahil eden bu sistem, bir taraftan özellikle vefat edenin anasını ve altıncı dereceye kadar ana tarafından hısımlarını (*unde cognati*) diğer taraftan *manus*'lu ya da *manus*'suz olmasını dikkate almadan sağ kalan eşi (*unde vir et uxor*) himaye ediyordu⁹⁵. Ayrıca aile reisinin hâkimiyetinden çıkarıldıkları için (evlat edinme veya *emancipatio* yolu ile) *ius civile*'nin kabul ettiği hısımlığa (*agnatio*) göre kanunî mirasçı olamayan aile evlatları ve bunların altsoyları mirasçılık sıfatı kazanabiliyorlardı. Diğer bir anlatımla hâkimiyetten çıkarılan veya başka bir aile reisi tarafından evlat edinilen aile evladının, kendi ailesi ile arasında kan bağı devam ettiği için bu hısımlıktan (*cognatio*) doğan mirasçılık hakları da devam ediyordu. Ancak evlatlığın, evlat edinen tarafından sonradan hâkimiyetten çıkarılması durumunda kendisini evlât edinen aile reisi bakımından ne *ius civile* ne de *ius honorarium* mirasçılığı söz konusu olurdu⁹⁶. Bu durumda evlât edinenin mirasından yararlanmayan evlatlık, kendi öz aile reisinin alt soyu olarak *praetor* mirasçılığında *unde liberi* sınıfına dahil olabiliyordu.

⁹² *Ius honorarium*, resmi bir makamın (*magistra*) yarattığı hukuk katmanını ifade eder. Özellikle *praetor*'ların (yargılama alanında faaliyet gösteren *magistra*) hukukî uyumsuzlukların çözümünde yeni hukuk kurallarının yerleşmesine neden olmaları sebebiyle *praetor* hukuku (*ius praetorium*) ile eş anlamda kullanılmaktadır. Çelebican Karadeniz Ö., s.96.

⁹³ *Bonorum possessio* (malların zilyetliği): *Ius civile*'ye göre mirasçılık hakkına sahip olmayan kişilere, mirastan yararlanabilmeleri için, *praetor* tarafından bazı ayrıcalıklar sağlanmıştır. Bu kişiler vasiyetname bulunmadığı durumlarda tereke malları üzerinde zilyet olma imkânına sahiplerdi. Günal A.N., Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yoluyla Miras, AÜHF, C.44, 1995, S.1-4, s.430 vd. *Bonorum possessio*'nun kökeni hakkında bkz. Koschaker P./Ayiter K., Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukun Ana Hatları, İzmir 1993, s.355.

⁹⁴ *Bonorum possessio* dört sınıf halinde görülür: 1) *Unde liberi* (baba hâkimiyetinden çıkarılmış aile evlatları ve bunların altsoyu) 2) *Unde legitimi* (vefat edenin çocuğu yoksa *ius civile*'nin kanunî mirasçı olarak tanıdığı kişiler - agnatik hısımlar -) 3) *Unde cognati* (daha önceki sınıflarda mirasçı yoksa *ius civile*'ye göre mirasçı olmayan kan hısımları) 4) *Unde vir et uxor* (sağ kalan eş). Ayrıntılı bilgi için bkz. Koschaker P./Ayiter K., s.375-376; Umur Z., Miras, s.183.

⁹⁵ Umur Z., Miras, s.183; Tamer D., Miras, s.228.

⁹⁶ Günveren G.B., s.102.

Yukarıda izah ettiğimiz gibi *Iustinianus* döneminde *cognatio*, *agnatio*'nun yerini aldı. Daha İmparator *Hadrianus* ve *Marcus Aurelius* dönemlerinde çıkartılan *senatus consultum*'larla *praetor* mirasçılığı genişletilmeye çalışılmıştır⁹⁷. *Iustinianus* döneminde ise *senatus consultum*'larla ulaşılan noktanın daha da ilerisine gidilerek kanunî mirasçılık artık tamamen *cognatio*'ya bağlanmıştır⁹⁸.

c-) Nafaka Yükümlülüğü

Roma hukukunda nafaka yükümlülüğünün *cognatio* hısımlığı dikkate alınarak düzenlendiği yukarıda belirtildi. Gerçekten de nafaka yükümlülüğü adaletten, hakkaniyetten (*aequitate*) ve kan yakınlığından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle *agnatio*, nafaka yükümlülüğü konusunda önem taşımamakta idi. Nafaka yükümlüsü olanlar sadece altsoy ve üstsoy kan hısımlarıdır. Aynı şekilde nafaka talep etme hakkına sahip olanlar da sadece altsoy ve üstsoy kan hısımlarıdır.

Roma hukukunda aile evlatlarının hem babalarını ve baba tarafından olan dede ve büyükbabalarını hem de ana ve ana tarafından olan akrabalarını da desteklemeleri gerektiği kabul edilmiştir. Aynı durum ebeveyn tarafından çocukların bakımı için de geçerlidir. Nitekim aynı hâkimiyet altında bulunan civar hısımları (kardeşler, amcalar ve onların altsoyu) için nafaka yükümlülüğü kabul edilmemiştir⁹⁹. Hatta hâkimiyetten çıkarılmış veya çıkmış aile evlatlarının ebeveyn tarafın-

⁹⁷ *Senatus consultum Tertullianum* (M.S.133) ve *senatus consultum Orfitianum* (M.S.178), *praetor* mirasçılığını daha adaletli bir şekilde düzenledi. *Senatus consultum Tertullianum*'a göre anadan doğma hür kadın üç ve azatlı kadın dört çocuk sahibi ise çocuk sahibi olmanın verdiği hakka (*ius liberorum*) dayanarak, agnatik mirasçı olmamasına rağmen, çocuklarının malvarlığı üzerinde *bonorum possessio* verilmiştir. *Senatus consultum Orfitianum* ile *manus* altında olmayan bir kadından doğan çocukların, analarına mirasçı olabilecekleri kabul edilmiştir. Bunlar agnatik hısımlardan önce gelirlerdi. Bkz. I.3.3 ve I.3.4

⁹⁸ Örneğin artık çocuk sayısı kaydı kaldırılarak, kadının, daima çocuğuna mirasçı olabileceği kabul edilmiştir. "...Gerçekten, bir kadının çok değil de az çocuğu olmasında günahı nedir? Bu sebeple analara, ister anadan doğma hür olsun, ister azatlı, ister üç dört çocuklu olsunlar, ister sadece ölümün kendilerinden aldığı bir tek evlatları olsun, tam ve kanuni miras hakkı tanıdık ve çocuklarının kanuni mirasçılıklarına çağırılmalarını sağladık" (I.3.3.4). *Iustinianus Institutiones*, (çev.Umur Z.).

⁹⁹ Yukarıda bkz.Hâkimiyet Esasına Dayanan Hısımlığın Hükümleri 4/c.

dan, ebeveynin de hâkimiyetten çıkmış ya da çıkarılmış aile evlatları tarafından desteklenmesi gerektiği kabul edilmiştir¹⁰⁰.

d-) Hakimin Reddi (*Recusatio*)

Roma hukukunda özel yargılama usulünde *magistra*'nın atayacağı hâkimin belirlenmesi, uyumsuzluğun taraflarına bırakılmıştır. Bu usulde, uyumsuzluğu çözüme bağlayacak hâkim, taraflarca uzlaşma sonucunda seçildiğinden¹⁰¹, hâkimin reddi söz konusu değildir. Muhtemelen taraflardan her biri seçilecek hâkimin bir diğerinin alt soy (oğlu) ve üstsoyu (babası) ya da yansoy (kardeşi) olması durumunda hâkim üzerinde anlaşma olmayacaktır.

Roma hukukunda hâkimin seçimi sonrasında taraflara, davanın başka bir hâkim tarafından görülmesini talep etme hakkı tanınmamakta idi. Hâkimin tarafsızlığı konusunda şüpheye düşen tarafların onun sorumluluğuna gidebilmesi mümkün değildi. Ancak eski hukuk döneminde ve XII Levha kanununda taraflardan birisinden rüşvet alan hâkim hakkında ölüm cezası verilebilirdi¹⁰². Formula usulünün uygulandığı dönemde ise sadece rüşvet alan hâkim değil, taraflardan birine zarar verecek bir şekilde karar veren hâkim sorumlu tutulabiliyordu. Bu kapsamda taraflar, hâkim aleyhine ceza davası (*actio in iudicem qua litem suam fecit*) açma imkânına sahipti¹⁰³.

Iustinianus döneminde ise hâkimin reddi kurumu yargılama sistemine girmiştir. Yargıcın reddini düzenleyen metinlerden biri olan C.3.1.12.1'de hâkimi reddetmek isteyen tarafın "haklı bir nedene" da-

¹⁰⁰ İpek N., Nafaka, s.281.

¹⁰¹ Taraflar davayı karar bağlayacak hâkimi hakim listesinden (*album iudicium*) kura yoluyla seçebilecekleri gibi listede ismi olmayan bir kişi üzerinde de uzlaşabilirler. Listedeki isim yapılmaz listedeki bir isim üzerinde de uzlaşma sağlanamazsa tarafların listede yazan son isim üzerinde anlaşmaları kabul edilirdi. Karakocalı A., Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu, Ankara 2011, s.70.

¹⁰² XII Levha Kanunu IX.3: *...duram esse legem putas, quae iudicem arbitrum ve iure datum, qui o brem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite punitur*: "Yargıda bulunulacak şey için para kabul etmiş olduğu belirlenen, yasal olarak atanmış hâkim ya da hakemin ölümle cezalandırılmasını isteyen (yasanın) sert bir yasa olduğunu düşünmez misin?"

<http://archive.org/stream/romanantiquitie00fussgoog#page/n311/mode/2up/search/XII+tabulae> (erişim tarihi 13.09.2015).

¹⁰³ Umur Z., Roma Hukuku, s.533.

yanması gerektiği belirtilmektedir. Ancak metinde “haklı neden” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir açıklık yoktur. Diğer bir anlatımla haklı nedenler sınırlı olarak sayılmamıştır. Haklı neden olarak hâkimin düşmanlık duyması, diğer tarafın veya onun avukatının yakını/akrabası olması, karşı taraf lehine verdiği karardan bir menfaat temin etmesi gibi durumlar sayılabilir¹⁰⁴. Bu nedenle uyumsuzluğun taraflarından biri ile hâkim arasındaki akrabalığın *cognatio*'ya dayanması hâkimin reddine neden olabilecektir.

IV-) Kayın Hısımlığı (*Adfinitas*) ve Hukukî Sonuçları

Roma hukukunda kayın (sıhri) hısımlığı kadın ve erkeğin evlenmesi sonucunda ortaya çıkan hısımlık olarak kabul edilmiştir. Eşlerden birinin *agnatio* veya *cognatio* hısımları, diğerinin kayın hısımlarıdır. Kayın hısımlığının temeli evlenmeye dayanmaktadır. Birbirlerinden ayrı olan iki akraba topluluğu evlilik yoluyla birleşirler ve hısımlıkla birbirlerine yaklaşırlar¹⁰⁵. Kayın hısımlığı evlenme ile kendiliğinden doğardı ve evlenme herhangi bir sebeple sona erse bile kayın hısımlığı ortadan kalkmazdı. Nitekim *I.1.10.6* ve *I.1.10.7*'de akrabalık sona erdikten sonra da kayın hısımlığının etkilerinin devam ettiği belirtilmektedir. Söz konusu metinlerde kayın hısımlığı, evlenme yasakları kapsamında ele alınmıştır. Nitekim kayın hısımlığının en önemli sonucu kayın hısımlığı sona ermiş olsa bile, eşlerin birbirlerinin altsoy-üstsoy *agnatio* veya *cognatio* hısımları ile evlenememeleridir.

I.1.10.6: Adfinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere necesse est. ut ecce privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utraque filiae loco sunt. quod scilicet ita accipi debet, si fuit nurus aut privigna: nam si adhuc nurus est, id est si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris, quia eadem duobus nupta esse non potest: item si adhuc privigna tua est, id est si mater eius tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

“Kayın hısımlığına saygı sebebiyle kaçınılması zorunlu olan evlenmeler vardır. Üvey kızla veya gelinle evlenmek uygun değildir, çünkü her ikisi de kız evlat gibidir. Bundan anlaşılması gereken, zamanında senin gelinin veya üvey kızın olmuş olmalarıdır: Çünkü eğer şu anda

¹⁰⁴ Erişgin Söğütü Ö., Roma Hukuku'nda Yargıcın Reddi, AÜHF, C.51, S.3, Y.2002, s.107.

¹⁰⁵ D.38.10.4.3: ... *Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniugendae adfinitatis causa fit ex nuptiis.*

gelinin ise, yani oğlun ile evli bulunuyorsa, başka bir sebeple onunla evlenemezsin; zira o kadın iki kişi ile birden evli olamaz. Yine şu anda üvey kızın durumunda ise, yani annesi seninle evli bulunuyorsa, onunla evlenemezsin: aynı zamanda iki karın olamaz”.

I.1.10.7: Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt. quod et ipsum dissoluta demum adfinitate procedit: alioquin si adhuc noverca est, id est si adhuc patri tuo nupta est, communi iure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest: item si adhuc socrus est id est si adhuc filia eius tibi nupta est, ideo impediuntur nuptiae, quia duas uxores habere non potes.

“Kayınvalide ve üveyanne ile evlenmek yasaktır. Zira her ikisi de anne gibidirler. Bu yasak hısımlık sona erdikten sonra da devam eder: Eğer şu anda senin üvey annen ise, yani babanla evli bulunuyorsa, hukuk seninle evlenmesi mümkün değildir: İki kişi ile birden evli bulunamaz; şu anda senin kayınvaliden ise, yani kızı seninle evli bulunuyorsa, aynı zamanda iki karın olamayacağı için, onunla evlenemezsin”.

Hukukçu *Pomponius* da, *Aristo*’nun¹⁰⁶ bir adamın nasıl üvey kızıyla evlenemiyorsa, üvey kızının kızıyla da evlenemeyeceğini söylediğini belirtmektedir¹⁰⁷.

Kayın hısımlığının diğer bir sonucu kayın hısımlığını kuran evlilik sona ermiş olsa bile tarafların birbirleri aleyhine tanıklıktan kaçınabilmesidir. Diğer bir anlatımla kayın hısımları birbirleri aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamazdı¹⁰⁸. Ancak kadınlar, hukuk nazarında herhangi bir şey iddia edebilmek bakımından ehliyetsiz olarak değerlendirildiklerinden onların tanıklıkları dinlenmezdi¹⁰⁹. Bundan dolayı söz konusu kural özellikle kocaların, kayın hısımları (üvey çocuklar, kayınvalide, kayınpeder) aleyhine; kayın hısımlarının ise damatları, gelinleri, üvey babaları, üvey anneleri aleyhine tanıklığa zorlanamamaları şeklinde uygulanırdı.

¹⁰⁶ “Genellikle bilimsel sistem olarak Roma hukukunun oluşumu, Cicero dönemi (M.Ö.1.yy.) olarak kabul edilmiştir. Bu dönemde *Aristo* etkisi güçlüdür”. Bkz. **Tahiroğlu B.**, *Aristo Düşüncesinin Roma Hukuku Üzerindeki Etkileri*, İstanbul Kültür Üniversitesi’nin düzenlediği “*Aristo Düşünce Sistemi ve Günümüze Etkileri* Konulu Assos Sempozyumu’nda (Eylül 2001) verilen tebliğ, s.84. <http://www.iku.edu.tr/userfiles/20120425011855187.pdf> (erişim tarihi 13.09.2015).

¹⁰⁷ *D.23.2.40: Aristo respondit privignae filiam non magis uxorem duci posse quam ipsam privignam.*

¹⁰⁸ **Umur Z.**, *Lügat, Adfinitas*.

¹⁰⁹ **Couch J.A.**, (çev. İpek Sevda Söğüt), s.1496.

KAYNAKLAR

- ARİESP./DUBY G.**, Özel Hayatın Tarihi 1, Roma İmparatorluğu'ndan 1000 Yılına, çev. Turhan Ilgaz, İstanbul 2006.
- AYİTER K.**, Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963.
- BACHOFEN J.J.**, Söylence, Din ve Anaerki, çev. Nilgün Şarman, İstanbul 1997.
- BERGER A.**, Encyclopedic Dictionary Of Roman Law, New York 1953.
- BLANCK H.**, Eski Yunan ve Roma'da Yaşam, çev. İslam Tanrıktut, İstanbul 1999.
- CEYLAN GÜNEŞ S.**, Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004 (Vesayet).
- CEYLAN GÜNEŞ S.**, Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara 2010 (Evlenme).
- COUCH J.A.**, (çev. İpek Sevda Söğüt), Roma'nın Eski Hukuk Döneminde Kadın, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, C.II.
- ÇELEBİCAN KARADENİZ Ö.**, Roma Hukuku, Ankara 2014.
- DEMİRİŞ B.**, Gaius Suetonius Tranquillus, Gramerciler ve Retorik Ustaları Üzerine (De Grammaticis Et Rhetoribus), Şairler Üzerine (De Poetis), İstanbul 2006.
- DI MARZO S.**, Roma Hukuku, çev. Ziya Umur, İstanbul 1959.
- EVANS-GRUBBS J.**, Law And Family In Late Antiquity, The Emperor Constantine's Marriage Legislation, Oxford 1995.
- EVANS-GRUBBS J.**, Women and the Law in the Roman Empire, New York 2002.
- FINDIKOĞLU Z.F.**, Geşalt Sosyolojisi Bakımından Eski Roma'daki Ahlâkî ve Hukukî Fikirlerin Tahlili, İÜHFİM, C.X, S.1-2, 1944.
- FRIER BRUCE W./MCGINN THOMAS A.J.**, A Case Book on Roman Family Law, New York 2004.
- GARDNER J. F. – WIEDEMANN T.**, The Roman Household A Sourcebook, London-New York 1996.

- GÖNENÇ F.İ.**, Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010.
- GÜNAL A.N.**, Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yoluyla Miras, AÜHF, C.44, 1995, S.1-4.
- GÜNVEREN G.B.**, Roma Hukukunda Evlat Edinme (*Adoptio*), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2013.
- İPEK N.**, Concubinatus, YÜHFD, C.V, S.2, 2008.
- İPEK N.**, Roma Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğü, MÜHF-HAD, Y.2013, C.19, S.3 (Nafaka).
- JACOBI Cujacij, J.C.** Praestantissimi Tomus Quintus vel Secundus Operum Postumorum, Neapoli 1722
(https://books.google.com.tr/books/about/Opera_omnia.html?id=qZH7wyCkbJsC&redir_esc=y erişim tarihi: 13.09.2015).
- KARAKOCALI A.**, Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu, Ankara 2011.
- KOSCHAKER P./AYİTER K.**, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukun Ana Hatları, İzmir 1993.
- LORİO K.V.**, Roman Sources and Constitutional Mandates: The Alpha and Omega of Louisiana Laws on Concubinage and Natural Children, Louisiana 1995.
- PLESCİA J.**, Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini, (çev. Diler Tamer Güven), Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- PUEGLİESE G.**, Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış, (çev.Umur Z.), İÜHF, 1957, C.XII, S.1-4.
- RADO-BASMAN T.**, Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri, İÜHF, 1942, C.VIII.
- TAHİROĞLU B.**, Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969.
- TAHİROĞLU B./Erdoğan B.**, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2014 (Dersler).
- TAHİROĞLU B.**, Aristo Düşüncesinin Roma Hukuku Üzerindeki Etkileri, İstanbul Kültür Üniversitesi'nin düzenlediği "Aristo Düşünce Sistemi ve Günümüze Etkileri Konulu Assos Sempozyumu'nda

(Eylül 2001) verilen tebliğ, s.84. (<http://www.iku.edu.tr/userfiles/20120425011855187.pdf> erişim tarihi: 13.09.2015).

TAMER D., Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı, İÜHFM, C.LVII, 1999, S.1-2 (Miras).

TELLEGEN-COUPERUS O., Father and Foundling in Classical Roman Law, The Journal of Legal History, 2013 (<http://dx.doi.org/10.1080/01440365.2013.810372> erişim tarihi: 13.09.2015).

TREGGIARI S., Roman Marriage, Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian, Oxford 1991.

UMUR Z., Roma Miras Hukukunun Ana Hatları, İÜHFM, 1966, CXXXI, S.1-4 (Miras).

UMUR Z., Roma Hukuku, İstanbul 1982.

UMUR Z., Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983(Lügat).

WATSON A., The Law of Persons in the Later Roman Republic, Oxford 1967.

DİĞER KAYNAKLAR

The Institutiones of Gaius, Translated with an Introduction by W.M. Gordon and O.F. Robinson with the Latin text of Seckel and Kuebler, Ithaca, New York, 1988.

The Digest of Iustinian, Mommsen T./Krueger P./Watson A., Philadelphia-Pennsylvania 1985.

Iustinianus Institutiones, çev. Umur Z., İstanbul 1968.

XII Tabulae

<http://archive.org/stream/romanantiquitie00fussgoog#page/n311/mode/2up/search/XII+tabulae> (erişim tarihi 13.09.2015).

Dünya Tarihi, NTV Yayınları, 5. Baskı, çev.Aysun Yavuz, İstanbul 2013.

Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller



Dr. H. Akif KARACA*

ÖZET

Alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan milletlerarası tahkim yargılaması sürecinde hakemler taraflardan bağımsız ve yargılama sırasında tarafsız olmalıdırlar. Tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüklerinin ihlali hakemin reddi sebebidir. Taraflar tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında haklı şüpheye sahip oldukları hakemi reddedebilirler. Hakemin reddi uluslararası tahkime ilişkin bütün düzenlemelerde bazı küçük farklılıklarla yer almaktadır. Bununla birlikte somut olarak hangi hallerde hakemin reddedilebileceği bu düzenlemelerde yer almamıştır. Red talebine konu olan her bir olayın özellikleri dikkate alınarak hakemin reddi hakkında karar verilmesi gerekmektedir. Bu çalışma hangi hallerde hakemin tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle reddedilebileceği ve bunun usulünü ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: *milletlerarası tahkim, hakemin reddi, tarafsızlık, bağımsızlık, haklı şüphe*

ABSTRACT

Arbitrators should be independent from the parties and impartial during arbitration trial which is an alternative dispute settlement method. The breach of obligations to be impartial and independent is a reason for challenge of an arbitrator. The parties can challenge an arbitrator whom they have justifiable doubts about his impartiality and independence. The challenge of arbitrators exists in all regulations relating to international arbitration with small differences. However,

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

in which situations can the parties challenge an arbitrator does not exist in these regulations. The decision on challenge of an arbitrator should be given through considering particularities of each situation that is the subject of challenge. This work discusses in which situations an arbitrator can be challenged due to the breach of obligations to be impartial and independent and the procedure of this challenge.

Keywords: *international arbitration, challenge of arbitrators, impartiality, independence, justifiable doubt*

I. GİRİŞ

Birbirinden farklı kültürel, ticari ve hukuki anlayışlara sahip iki tarafın aralarındaki uyumsuzluğun kendi seçtikleri hakemler tarafından, iradelerine dayanan özel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim yargılaması yoluyla çözülmesi sürecinde taraflar kendileri ile benzer anlayışlara sahip bir hakemi seçmek isteyebilirler¹. Bununla birlikte tahkimin taraf iradelerine dayanan hakemlerin taraflarca seçilmesi yönü ile tahkimin bir yargı faaliyeti olması arasında bir denge kurulması gerekir². Tarafların özel bir yargılama sistemine müracaatları onları temel bir insan hakkı olan adil yargılanma hakkından yoksun bırakmaz. Tahkim yargılaması sonucu verilecek karar hakemlerin tarafsız davrandığı ve her iki tarafın iddialarının da tam olarak dinlendiği bir yargılama sonucu verilmelidir. Tahkim yargılamasının adil bir şekilde yürütülmesi yeterli değildir. Tarafların da bunun böyle olduğunu benimsemeleri gerekir³.

Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı tarafların adil bir şekilde yargılanarak adaletli bir kararın verilmesinin önkoşuludur⁴. Hakem

¹ BISHOP, Doak/REED, Lucy, "Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration", *Arbitration International*, V. 14, N. 4, 1998, s. 428.

² AKTÜRK, Aylin, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Mahkemesinin Kuruluşu-Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 8, S. 86, 2010, s. 511.

³ KOCH, Christopher, "Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators", *Journal of International Arbitration*, V. 20, N. 1, 2003, s. 325.

⁴ WESTPHALEN, Friedrich Graf von, "Hakemlere İtirazlar: Tarafsızlık ve Bağımsızlık Koşulları", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, 14 Şubat 2009, Tahkim, Ed. Doç. Dr. Erol Ulusoy, Av. Aslı Yıldırım, TMSF, MÜHF, s. 379.

kararı neticesi itibariyle bir mahkeme kararının etkisine sahiptir. Bu nedenle adaletin sağlanması için mahkeme yargılamasının tabi olduğu temel usul ilkelerine hakem yargılamasının da tabi olması gerekir. Bu usul ilkelerinden başlıcası da yargılama sırasında tarafların eşit muameleyle tabi tutulmaları ve tarafsız bir şekilde yargılanmalarındır⁵.

Makalemiz, kapsamı itibariyle tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkabilecek ve hakemin reddi sebebi olan hakemin tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğünün ihlali ile sınırlandırılmıştır. Tenfiz aşamasında ortaya çıkabilecek hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili sorunlar kapsam dışı bırakılmıştır. Bu çerçevede öncelikle tasafsızlık ve bağımsızlık kavramları açıklanmış, daha sonra uluslararası tahkime ilişkin düzenlemelerde hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı yükümlülüğünün ve bunun ihlali nedeniyle hakemin reddinin nasıl düzenlendiği açıklanmıştır. Makalemizin bundan sonraki kısmında ise hakemin bağımsızlığını ve tarafsızlığını ortadan kaldıracak haller doktrin, tahkim kurumları ve hakem heyeti kararlarının ışığında çeşitli alt başlıklar altında incelenmiştir.

II. TARAFSIZLIK VE BAĞIMSIZLIK KAVRAMLARI

Bağımsızlık hakemlerle taraflar arasında ekonomik, profesyonel ya da diğer nitelikte bir ilişkinin olmaması, hakemle uyumsuzluk konusu arasında bir çıkar ilişkisinin olmaması ve hakemin bunun neticesi olarak taraflara objektif davranabilmesi olarak tanımlanabilir⁶. Uyuşmazlığın taraflarından birinin geçmişte çalışanı olmuş veya halen çalışanı olan veya uyumsuzluğun neticesinden esaslı bir ekonomik çıkarı olan bir hakem veya taraflardan biri ile ailevi bağları olan bir hakem bağımsız olarak kabul edilemez⁷. Tarafsızlık ise hakemin zihinsel olarak ya da uyumsuzluğun konusuna ilişkin bir eğiliminin bulunmaması ve bu eğilimler neticesi taraflardan birinin lehine hareket etmemesi olarak ta-

⁵ NOMER, Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, MHB, Y. 4, S. 1, 1984, s. 29-30.

⁶ KAPLAN, Yavuz, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, MHB, Y. 21, S. 1-2, 2001, s. 49; AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 3. bs., İstanbul, 2013, s. 154.

⁷ ŞANLI, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s. 560; KOCH, s. 327.

nımlanabilir⁸. Uluslararası Barolar Birliği'nin 1986 tarihli Uluslararası Hakemler için Etik Kuralları'nda tarafsızlık ve bağımsızlık kavramlarının farkı şu şekilde açıklanmıştır: "Tarafılık hakemin taraflardan birini tutması ya da uyuşmazlığın konusuna ilişkin önyargılı olması durumunda ortaya çıkar. Bağımlılık ise hakem ile taraflardan biri ya da tarafla yakın ilişkili biri arasındaki ilişkilerden ortaya çıkar⁹."

Bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri arasındaki önemli bir fark ise bağımsızlık ilkesinin ihlali, hakemle taraflar arasındaki ekonomik nitelikte ya da diğer ilişkilerden kaynaklanması nedeniyle, olgulara dayanan objektif bir teste tabi tutulabilir. Tarafsızlık ilkesinin ihlali ise hakemin zihnindeki bir durumun yansıması olduğu için objektif bir teste tabi tutulamaz. Bu yönüyle subjektif niteliklidir¹⁰. Bağımsızlık ilkesinin hakem ile taraflar ya da onların hukuki temsilcileri arasındaki somut, objektif ilişkilere dayanması ve hakemin taraflarla olan ilişkilerini tahkim yargılamasının başlangıcında bildirmekle yükümlü olması yargılamanın başında hakemin bağımsız olup olmadığının kolaylıkla tespit edilmesini sağlar. Subjektif nitelikteki tarafsızlık ilkesinin ihlal edilip edilmediği için ise aynı şey söylenemez¹¹. Hakemin tarafsızlık yükümlülüğünü ihlal edip etmediği yargılama sırasındaki tutum ve davranışlarından, haksız olarak bir taraf lehine hareket etmesinden anlaşılabilir¹². Bu tutum ve davranışlar tarafın iddia ve savunma haklarından yeterince yararlandırılmaması, sunduğu delillerin karar aşamasında dikkate alınmaması gibi şekillerde kendisini gösterir¹³.

Tahkim yargılamasının taraf iradelerine dayanması gerekçe gösterilerek hakemlerin bağımsızlığı ilkesinden vazgeçilemez. Tahkimin hukuki karakteri bu konuda taraf iradelerinin etkisini ortadan kaldırır.

⁸ BLACKABY, Nigel/PARTASIDES Constantine with REDFERN, Alan/HUNTER, Martin, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th ed., Oxford University Press, New York, 2009, s. 267-268.

⁹ 1986 IBA Rules of Ethics for International Arbitrators Article 3(1) in KOCH, s. 328.

¹⁰ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 267-268; KOCH, s. 328.

¹¹ HASCHER, Dominique, "Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues", American University International Law Review, V. 27, 2011-2012, s. 792.

¹² KAPLAN, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 96.

¹³ KAPLAN, Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi, s. 50.

Hakemin bağımsızlığı da hakimlerin bağımsızlığı gibi kamu düzenini ilgilendirir¹⁴. Hakemlerin taraflarca seçilmeleri, hakemlerin de hakimler gibi yargı görevini yerine getirmeleri nedeniyle, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesinin önünde bir engel değildir¹⁵. Bununla birlikte tahkim yargılaması kapsamındaki hakemlerin bağımsızlığı ile devlet yargılaması kapsamındaki hakimlerin bağımsızlığı birbiriyle karıştırılmamalıdır. Hakimlerin bağımsızlığı kuvvetler ayrılığı prensibinden kaynaklanmakta ve onlara hiçbir makam, kişi veya kurum tarafından emir verilemeyeceğini ifade etmektedir. Hakemlerin bağımsızlığı ise hakemler taraflar arasındaki ilişkileri esas alır¹⁶. Hakemlerin bağımsızlığı hakimlerin bağımsızlığından farklı olmakla birlikte hakemlerin bağımsızlığı uygulamadaki bazı nedenlerle hakimlerin bağımsızlığına göre daha fazla önem taşımaktadır. Bu nedenlerden başlıcası hakemlerin hakemlik mesleği dışında avukat, bilirkişi vb. olarak başka tür hukuki görevler de yapmalarıdır. Bundan dolayı çıkar çatışması riski hakimlere göre daha fazladır. Diğer bir neden ise hakem kararlarının hakim kararlarından farklı olarak esastan incelemeye tabi tutulmamaları, hakem kararlarına karşı başvurulacak kanun yollarının bu açıdan sınırlı olmasıdır¹⁷.

III. ULUSLARARASI TAHKİME İLİŞKİN DÜZENLEMELERDE HAKEMİN TARAFSIZLIK VE BAĞIMSIZLIK YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN İHLALİ NEDENİYLE REDDİ

1. Bildirim Yükümlülüğü

Hakemler tahkim yargılaması sürecinde reddedilmemek için taraflarla olan bağlarını, tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında şüphe oluşturabilecek haller varsa bunları yargılamanın başında taraflara bil-

¹⁴ NOMER, s. 30.

¹⁵ ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal, İstanbul, 2008, s. 180.

¹⁶ KAPLAN, Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi, s. 44.

¹⁷ REINER, Andreas, "Hakemin Bağımsız Ve/Veya Tarafsız Olmadığının Veya İfşa Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Sonradan Tespit Edilmesinin Verilen Hakem Kararlarına Etkisi", Çev. Müslüm Yılmaz, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, 15 Kasım 2007, Ed. Nuray Ekşi, Turgut Kalpsüz, Müslüm Yılmaz, Beta, İstanbul, 2007, s. 60.

dirmelidir. Uygulamada hakem kendisini atamak isteyen tarafa olası durumları açıklamaktadır. Atanması durumunda ise taraflara resmen bildirimde bulunmaktadır. Bu bildirimde yer alan konularda itiraz olmaması durumunda taraflarca daha sonra bunlara dayanılarak hakem reddedilememektedir. Hakemlerin bildirim yükümlülüğü yargılama süresi boyunca devam eder¹⁸. Bu bildirim yükümlülüğünün kapsamına taraflarla ya da onların avukatlarıyla daha önce ya da mevcut olan ekonomik ve profesyonel ilişkilerin yanı sıra ailevi veya sosyal ilişkiler de dahildir¹⁹.

Hakemlerin tarafların gözünde tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumları bildirme yükümlülüklerinin hukuki dayanağı uygulanacak usul kanunu, tahkim kurumlarının düzenlemeleri veya tahkim sözleşmesinde yer alan bir düzenlemedir²⁰. Tarafsızlık bildiriminde bulunan ve ilişkilerini açıklayan hakem bu ilişkilerin hakemlik görevini yapmaya engel olmadığı görüşündedir. Bu bildirim amacını tarafların da hakemle aynı görüşte olup olmadıklarını belirlemektir²¹. Hakemler ile taraflar arasındaki ilişkilerin sınırlı olduğu dikkate alındığında, tarafların bakış açısı konusunda, bildirimde bulunacak olan hakem aynı şartlardaki bir kişinin nelerin bildirilmesini isteyeceğini dikkate almalıdır. Hakemler neleri açıklayacaklarını tespit ederken bütün şartları değerlendirmelidirler. Tarafların daha önceki meşguliyetlerini, milliyetlerini ve geldikleri kültürü dikkate alarak tarafların gözünde hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda şüphe oluşturabilecek, tarafları bu konuda endişeye sevk edebilecek bütün durumları açıklamalıdır²².

Hakemlerin bağımsızlıklarından şüphe oluşturabilecek olası çıkar çatışmalarını araştırma yükümlülüğü vardır. Hakemin gerekli araş-

¹⁸ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 268-269.

¹⁹ CALVO, Michel A., "The Challenge of the ICC Arbitrators-Theory and Practice", *Journal of International Arbitration*, V. 15, N. 4, 1998, s. 67.

²⁰ REINER, s. 60.

²¹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration, IBA, London, 2014, s. 10-11.

²² SHORE, Laurence/CABROL, Emmanuelle, "A Comment on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest: The Fragile Balance Between Principles and Illustrations, and the Mystery of the Subjective Test", *American Review of International Arbitration*, V. 15, 2004, s. 603.

tırmayı yapmaması ve tahkim yargılamasının ileriki aşamasında ilgili ilişki konusunda bilgi sahibi olmadığını iddia etmesi onun bağımsız olduğu sonucunu doğurmaz²³. Hakemin bilgisi dahilinde olan bir çıkar çatışmasına bildiriminde yer vermemesi onun bağımsız olmadığını ve yargılama sırasında tarafsız davranmayacağını bir işareti olarak değerlendirilebilir²⁴. Hakemin tarafla olan bir ilişkisini açıklamaması tek başına ret sebebi değildir. Önemli olan bu ilişkinin niteliğidir²⁵. Bununla birlikte bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme hakemin reddi talebi değerlendirilirken hakem aleyhine önemli bir delil teşkil eder²⁶. Hakemin bildiriminde tarafla olan bağımlı açıklaması koşuluyla karşı taraf o hakemin seçilmesine itiraz etmemekte serbesttir. Bağımsızlık tarafların çıkarına hizmet eden bir ilkedir. Bu nedenle taraf bu hakından vazgeçebilir²⁷.

Hakemin reddi kapsamında hakemlerin tarafsızlığını ve bağımsızlığını ortadan kaldıracabilecek olası halleri açıklama yükümlülüğü uluslararası tahkime ilişkin gerek kurumsal düzenlemelerde gerekse milli kanunlarda birbirine benzer şekilde düzenlenmiştir. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları²⁸ m. 11’de hakemlerin atanmadan ya da adaylıkları onaylanmadan önce tarafların gözünde bağımsızlıkları hakkında şüphe oluşturabilecek nitelikteki olgu ve durumlar ile tarafsızlıkları konusunda haklı şüphe oluşturabilecek her türlü durumu Sekreteryaya yazılı olarak bildirmeleri yükümlülüğü getirilmiştir. Bildirimi takiben Sekreteryaya bunu taraflara bildirir ve görüşlerini, belirleyeceği süre içinde, yazılı bir şekilde iletmelerini ister²⁹. Tahkim süreci boyunca ortaya çıkabilecek aynı nitelikteki durumlar da hakem tara-

²³ HASCHER, s. 794.

²⁴ HASCHER, s. 800.

²⁵ IBA Guidelines, s. 18.

²⁶ BOTTINI, Gabriel, “Should Arbitrators Live on Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration”, *Suffolk Transnational Law Review*, 2008-2009, s. 345.

²⁷ HASCHER, s. 793.

²⁸ ICC 2012 Arbitration Rules, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> 5.4.2015

²⁹ ICC Tahkim Kuralları, m. 11(2).

findan Sekreteryaya ve taraflara bildirilmelidir³⁰. Hakemin reddine ilişkin Divan'ın vereceği karar nihaidir ve nedenleri taraflara açıklanmaz³¹.

Londra Uluslararası Tahkim Divanı (LCIA) Tahkim Kuralları'nın³² 5. maddesinde hakemlerin tahkim süreci boyunca tarafsız ve bağımsız kalmakla yükümlü oldukları, taraflardan birinin avukatı ya da temsilcisi gibi davranmamaları ve taraflara uyumsuzluk hakkında ya da tahkimin sonucu hakkında tavsiyede bulunmamaları belirtilmiştir³³. Divan tarafından atanmadan önce her bir hakem adayının tarafların zihninde bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları hakkında haklı şüphe oluşturabilecek şartların olup olmadığını ve eğer varsa bu şartların tamamını, yazılı ve imzalı bir şekilde, Divan'a bildirmeleri düzenlenmiştir³⁴. Kişi eğer hakem olarak atanırsa bildirimden sonra ortaya çıkan şartları da Divan'a, heyetin diğer üyelerine ve taraflara yazılı şekilde bildirmekle yükümlüdür³⁵.

ICSID Tahkim Kuralları'nın³⁶ 6. maddesinin 2. fıkrasına göre her bir hakem hakemlerin ilk toplantısından önce ya da en geç toplantı sırasında bağımsız karar verme konusundaki güvenilirliği hakkında tarafları endişeye sevk edebilecek taraflarla arasındaki geçmişteki ya da şimdiki profesyonel veya diğer ilişkilerini içeren bir bildirimde bulunmakla yükümlüdür. *Ad hoc* tahkimde ve özellikle yatırım tahkiminde sıkça kullanılan UNCITRAL Tahkim Kuralları³⁷ m. 11'de, bir kişinin kendisiyle hakem olarak seçilmesi için iletişime geçildiğinde tarafsızlığı veya bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumları açıklamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Hakem, atanmasından itibaren bütün tahkim süreci boyunca da ortaya çıkan benzer durumları gecikmeksizin taraflara ve diğer hakemlere bildirmekle yükümlüdür.

³⁰ ICC Tahkim Kuralları, m. 11(3).

³¹ ICC Tahkim Kuralları, m. 11(4).

³² LCIA Arbitration Rules as effective 1 October 2014, http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-rules-2014.aspx 5.4.2015.

³³ LCIA Tahkim Kuralları, m. 5(3).

³⁴ LCIA Tahkim Kuralları, m. 5(4).

³⁵ LCIA Tahkim Kuralları, m. 5(5).

³⁶ ICSID Convention, Regulation and Rules, Arbitration Rule 6, https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf 5.4.2015.

³⁷ UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> 5.4.2015.

Uluslararası Ticari Tahkime ilişkin UNCITRAL Model Kanunu³⁸ m. 12’de hakemin hakem olarak atanması ile ilgili olarak kendisiyle irtibat kurulduğu anda tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumları taraflara bildirmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyebilecek yeni bir durum ortaya çıkmışsa ya da mevcut durum önceden bildirilmemişse tahkim yargılaması boyunca da hakem bu halleri derhal taraflara bildirmek zorundadır. UNCITRAL Model Kanunu’nu örnek alan Milletlerarası Tahkim Kanunu³⁹ da m.7.C’de bildirim yükümlülüğünü aynı içerikle düzenlemiştir⁴⁰.

2. Haklı Şüphe Kavramı

Tahkim yargılamasının tarafları tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında şüpheye düştükleri hakemi reddedebilmektedirler. Bu şüphe subjektif olsa da nihai olarak belirleyici olan bu şüphelerin objektif olarak haklı olmasıdır⁴¹. Tarafsızlığın hakemin zihnindeki bir durum olması nedeniyle tarafsızlık yükümlülüğünün ihlal edildiğinin ispatı zordur. Bu nedenle yargılama sırasında hakemin tarafsızlığı ihlal ettiğine yönelik somut olgu ve davranışların ortaya çıkması şarttır. Taraflardan birinin hakemin taraflı davrandığına yönelik subjektif nitelikli değerlendirmeleri ile hakem reddedilemez⁴². Hakemin sadece taraflardan birinin taleplerini yerine getirmesi ya da hukuki olmayan gerekçelerle taraflardan birinin yararını gözetmesi haklı şüphe oluşturabilecek somut olgular olarak değerlendirilebilir⁴³. Hakemin reddine dair hakemi atayan otorite tarafından verilen 11 Ocak 1995 tarihli bir tahkim kararında da

³⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf 5.4.2015.

³⁹ Milletlerarası Tahkim Kanunu, RG. S. 24453, T. 05.07. 2001.

⁴⁰ MTK m. 7/C: “Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartları açıklamak zorundadır. Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir.”

⁴¹ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 274.

⁴² NOMER, Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, MHB, Yıl 19-20, 1999-2000, s. 569.

⁴³ ÖZEL, s. 180.

şüphenin sadece tarafsızlığı ileri süren tarafın zihninde oluşmasının yetmeyeceği, şüphenin objektif manada haklı olması gerektiği ifade edilmiştir. Objektif manada haklılık ise şüphe etmek için yeterli ve somut gerekçelerin olması ve bu gerekçelerin makul kriterlere dayanmasıdır. Konu hakkında bilgilendirilmiş üçüncü şahsın gözünde bu şüphe haklı bir şüphe olmalıdır⁴⁴.

Uluslararası Barolar Birliği'nin "Uluslararası Ticari Tahkimde Çıkar Çatışmalarına İlişkin Kurallar"ında konu hakkında bilgi sahibi ve mantıklı üçüncü kişinin hakemin davanın içeriğinden başka faktörlerden etkilenebileceği ihtimalinin bulunduğu sonucuna ulaşacak olması halinde haklı şüphenin ortaya çıkacağı ifade edilmiştir⁴⁵. Haklı şüphe için doktrinde de aynı kıstas ileri sürülmektedir. Mantıklı üçüncü bir kişinin gözünde tarafsızlığı ve bağımsızlığı ortadan kaldıracabilecek objektif unsurlarla desteklenebilen bir şüpheyse haklı şüphe olarak değerlendirilmektedir. Subjektif varsayımlar ya da inanç ve şüpheler yeterli görülmemektedir⁴⁶. Hakemin davanın taraflarının zihnindeki durumu bilmesi subjektif bir test olması nedeniyle zordur. Bu nedenle mantıklı üçüncü kişinin gözünde bildirimde bulunulan hususun bağımsızlığı etkileyip etkilemeyeceğinin test edilmesi daha objektif bir kriterdir⁴⁷.

Konuyla ilgili olarak hakemin reddine ilişkin verilen kararlar da aynı doğrultudadır. *Vivendi v. Arjantin* kararında üçüncü hakeme itiraz karara bağlanırken reddeden tarafın somut olgulara dayanması gerektiği, spekülasyonlara ve tahminlere dayalı olarak hakemin reddedilemeyeceği belirtilmiştir⁴⁸. Konuyla ilgili önemli bir diğer karar ise ICSID bünyesinde görülen *SGS v. Pakistan* davasında verilmiştir. Hakemin reddi, reddedilen hakemin Meksika'nın taraf olduğu bir başka davada Meksika'nın avukatlığını yaptığı, mevcut davada Pakistan'ın avukatlığını yapan şahsın o davada hakem heyeti başkanı olduğu ve davanın Meksika lehine sonuçlandığı, bundan dolayı reddedilen hake-

⁴⁴ Challenge Decision of 11 January 1995, Yearbook of Commercial Arbitration, V. 22, 1997, s. 234, par. 23.

⁴⁵ IBA Guidelines, s. 8.

⁴⁶ WESTPHALEN, s. 383.

⁴⁷ HASCHER, s. 798.

⁴⁸ *Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee, s. 180. <http://www.italaw.com/cases/309>, 02.05.2015.

min Pakistan'ın avukatına karşı kendisini borçlu hissedeceği ve tarafsız davranamayacağı gerekçesine dayandırılmıştır. Reddi değerlendiren diğer iki hakem, reddeden tarafın, mantıklı olarak, hakemin mevcut davada açıkça tarafsız davranamayacağı sonucunun çıkacağı somut olguların varlığını ispat etmesi gerektiği gerekçesiyle ret talebini kabul etmemiştir⁴⁹.

3. Hakemin Reddi Usulü

Kurumsal tahkimde hangi hallerde tarafsızlık ve bağımsızlığa dayanılarak hakemlerin reddedilebileceği ve bunun usulü kurumların tahkim kurallarında düzenlenmiştir. *Ad hoc* tahkimde ise taraflar usule uygulanacak hukuku belirlerken hakemin reddine ilişkin kurallara yer vermiş olabilirler. Eğer taraflar *ad hoc* tahkimde hakemin reddi prosedürünü düzenleyen kurallar belirlemişlerse ret prosedürü bu kurallara göre işlemektedir. Bununla birlikte taraflar ret prosedürüne ilişkin kurallar belirlememişlerse bu boşluk tahkim yeri mahkemesi tarafından doldurulacaktır. Tahkim yeri mahkemesi ise *lex arbitri*'ye yani tahkim yeri hukukunun tahkim kanununa göre kararını vermektedir⁵⁰. Ulusal tahkim kanunlarının tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin hükümleri o ülkenin tahkim yeri olarak seçildiği *ad hoc* tahkimlerde uygulanmaktadır⁵¹.

3.1. Kurumsal Tahkim Düzenlemeleri

Tarafsız ve bağımsız olmadıkları gerekçesiyle hakemlerin reddine ilişkin usul, uluslararası tahkim kurumlarının düzenlemelerinde ele alınmıştır. Hakemlerin tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin düzenlemeler kurum seçiminde tarafların gözönünde bulundurması gereken konulardan birisidir. ICC Tahkim Kuralları'nın hakemin reddini düzenleyen 14. maddesine göre hakemin tarafsız ve bağımsız olmadığını iddia eden tarafın bu iddiasının dayanağı olan hal ve sebepleri içeren yazılı bir beyanla Sekreteryaya başvurması gerekmektedir⁵². Bu talebin ileri sürülebilmesi için 30 günlük süre sınırlaması getirilmiştir. Bu süre

⁴⁹ SGS v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Claimants Proposal to Disqualify Arbitrator, par. 400 in BOTTINI, s. 350-351.

⁵⁰ KOCH, s. 335.

⁵¹ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 276.

⁵² ICC Tahkim Kuralları, m. 14(1).

hakem seçimine ilişkin kararın ilgili tarafa ulaşmasından itibaren ya da redde neden olan hal ve sebeplerin sonradan öğrenilmesi halinde bunların öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır⁵³. Sekreteryaya ret talebi konusunda reddedilen hakemin ve diğer taraf ya da tarafların ve hakem heyetinin yazılı görüşlerini aldıktan sonra ICC Divanı bu talebin kabul edilebilirliğini inceler. Kabul edilebilir görmesi durumunda ise esastan inceleyerek kararını taraflara ve hakemlere iletir⁵⁴.

Londra Uluslararası Tahkim Divanı (LCIA) Tahkim Kuralları'nın 10. maddesine göre hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda haklı şüphe oluşturan şartların bulunması halinde reddeden tarafın yazılı başvurusu üzerine LCIA Divanı hakemin görevine son verebilir⁵⁵. Hakemi reddetmek isteyen taraf heyetin oluşmasından itibaren 14 gün içinde veya redde neden olan durumun sonradan öğrenilmesi halinde bu durumu öğrenmesinden itibaren 14 gün içinde ret gerekçelerini de içeren dilekçeyi LCIA Divanı'na, diğer tarafa ve hakem heyetine iletmelidir. Ayrıca LCIA düzenlemesine göre bir taraf kendi seçtiği ya da seçilmesine katkıda bulunduğu hakemi ancak hakemin atanmasından sonra öğrendiği bir sebebe dayanarak reddedebilir⁵⁶. LCIA Divanı diğer tarafa ve reddedilen hakeme ret dilekçesi hakkında görüşlerini iletme imkanı verir. Divan hakemin reddi talebini değerlendirirken reddeden taraftan, reddedilen hakemden ve heyetin diğer üyelerinden her zaman ek bilgi ve belge isteyebilir⁵⁷. Dilekçenin verilmesinden itibaren 14 gün içinde taraflar ret konusunda anlaşırorsa Divan gerekçe göstermeden hakemin görevine son verir⁵⁸. Bununla birlikte taraflar bu süre içinde anlaşamazlar ya da hakem bu süre içinde istifa etmezse LCIA Divanı ret hakkında karar verir. Ret talebini kabul etmesi durumunda karar yazılı ve gerekçeli olmalıdır. Kararın bir kopyası taraflara, reddedilen hakeme ve heyetin diğer üyelerine iletir⁵⁹.

⁵³ ICC Tahkim Kuralları, m. 14(2).

⁵⁴ ICC Tahkim Kuralları, m. 14(3).

⁵⁵ LCIA Tahkim Kuralları, m. 10(1).

⁵⁶ LCIA Tahkim Kuralları, m. 10(3).

⁵⁷ LCIA Tahkim Kuralları, m. 10(4).

⁵⁸ LCIA Tahkim Kuralları, m. 10(5).

⁵⁹ LCIA Tahkim Kuralları, m. 10(6).

ICSID Konvansiyonu m. 57'de bir tarafın hakem heyetine, ilgili hakemin Konvansiyon'un 14. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hakemlerde aranan şartlardan en az birine aşık bir şekilde sahip olmadığını işaret eden bir olgunun varlığı gerekçesiyle, hakemin reddi başvurusunda bulunabileceği düzenlenmiştir. ICSID Konvansiyonu m. 14(1)'de hakemlerin bağımsız karar vereceğine güvenilen yüksek ahlaki karaktere ve hukuk, ticaret, endüstri veya finans alanlarında yeterliliğe sahip kişilerden olmaları gerektiği düzenlenmiştir. Hukuk alanındaki yeterlilik hakem seçiminde özel önem arzedecektir. ICSID Konvansiyonu m. 58'de ret talebi hakkında kararın hakem heyetinin diğer üyeleri tarafından verileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte diğer iki üye anlaşamazsa ya da tek hakem veya heyetin çoğunluğu reddedilirse karar ICSID İdari Konseyi'nin başkanı tarafından verilecektir.

ICSID Tahkim Kuralları m. 9'da hakemi reddetmek isteyen tarafın gecikmeksizin ve her halde tahkim süreci bitmeden ret nedenlerini içeren bir dilekçeyle ICSID Genel Sekreteri'ne başvurması gerektiği belirtilmiştir⁶⁰. Genel Sekreter ret dilekçesini ret talebi hakkında karar verecek olan hakem heyetinin diğer üyelerine, eğer tek hakem ya da heyetin çoğunluğu reddedilmişse ICSID İdari Konseyi'nin başkanına iletir. Tahkim yargılamasının diğer tarafını da ret talebinden haberdar eder⁶¹. Reddedilen hakem heyete ya da reddedilen hakemin tek hakem olması durumunda İdari Konsey'in başkanına gecikmeksizin kendisine yönelik ret talebi hakkında açıklamalarda bulunur⁶². Heyetin diğer üyeleri ret talebi hakkında reddedilen hakem olmadan gecikmeksizin karar verirler. Ret talebini kabul edip etmemekte uzlaşamazlarsa talep hakkında karar İdari Konsey başkanı tarafından verilir⁶³. Hakem heyetinin diğer üyeleri veya İdari Konsey başkanı tarafından ret talebi hakkında karar verilene kadar tahkim yargılamasına ara verilir⁶⁴.

⁶⁰ ICSID Tahkim Kuralları, m. 9(1).

⁶¹ ICSID Tahkim Kuralları, m. 9(2).

⁶² ICSID Tahkim Kuralları, m. 9(3).

⁶³ ICSID Tahkim Kuralları, m. 9(4).

⁶⁴ ICSID Tahkim Kuralları, m. 9(6).

3.2. UNCITRAL Tahkim Kuralları ve UNCITRAL Model Kanunu Düzenlemeleri

Ad hoc tahkimde ve özellikle yatırım tahkiminde yoğun olarak usule uygulanmak üzere taraflarca seçilen UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 12'de bir hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturabilecek şartların varlığı halinde reddedilebileceği düzenlenmiştir⁶⁵. Kendisi tarafından seçilen hakemi ilgili taraf ancak seçtikten sonra haberdar olduğu nedenlere dayanarak reddedebilir⁶⁶. UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 13. maddesine göre ise hakemi reddetmek isteyen taraf hakemin seçilmesinin kendisine bildirilmesinden itibaren 15 gün içinde veya ret sebebini sonradan öğrenmesi halinde öğrendiği tarihten itibaren 15 gün içinde hakemi reddedebilir⁶⁷. Ret talebine ilişkin bildirim taraflara, reddedilen hakeme ve diğer hakemlere iletilmelidir. Bildirimde reddin nedenleri de yer almalıdır⁶⁸. Taraflar 15 gün içerisinde ret konusunda anlaşamazlar ya da reddedilen hakem istifa etmezse reddeden taraf Tahkim Kuralları'nın 6. maddesinde düzenlenen otoriteden ret talebinden itibaren 30 gün içinde karar verilmesini ister⁶⁹. Bu otorite Tahkim Kuralları'nın 6. maddesine göre tarafların üzerinde anlaşamaması durumunda Milletlerarası Adalet Divanı'nın Genel Sekreteri tarafından belirlenecektir.

UNCITRAL Model Kanunu m. 12(2)'de bir hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumların varlığı halinde reddedilebileceği düzenlenmiştir. Taraf kendisinin seçtiği hakemi ancak ret sebebini seçimden sonra öğrenmişse reddedebilir. Model Kanun ret usulünü m. 13'de düzenlemiştir. Model Kanun taraflara hakemlerin reddi usulünü serbestçe kararlaştırabilme hakkı tanımıştır⁷⁰. Taraflar usulü kararlaştırmamışsa ret talebinde bulunan taraf hakem heyetinin teşekkülünü öğrendiği tarihten itibaren ya da tarafsızlık ve bağımsızlık hakkında şüphe oluşturacak nedenleri sonradan öğrenmesi halinde bu tarihten itibaren 15 gün içinde ret talebini ret sebeplerini içeren bir dilekçeyle hakem heyetine iletir. Reddedilen ha-

⁶⁵ UNCITRAL Tahkim Kuralları, m. 12(1).

⁶⁶ UNCITRAL Tahkim Kuralları, m. 12(2).

⁶⁷ UNCITRAL Tahkim Kuralları, m. 13(1).

⁶⁸ UNCITRAL Tahkim Kuralları, m. 13(2).

⁶⁹ UNCITRAL Tahkim Kuralları, m. 13(4).

⁷⁰ UNCITRAL Model Kanunu, m. 13(1).

kemin istifa etmemesi ya da diğer tarafın hakemin çekilmesine rıza göstermemesi durumunda hakem heyeti ret talebi hakkında karar verir⁷¹. Hakemin reddi talebi hakem heyetince kabul edilmezse, reddeden taraf Model Kanunu benimseyen ülke tarafından belirlenecek mahkemeye 30 gün içinde itiraz edebilir. İtiraz hakkında bu mahkeme tarafından 30 gün içinde verilecek olan karar kesindir. İtiraz süresince hakem heyeti yargılamaya devam edebilir⁷². Model Kanunu örnek alan Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 7.D’de Model Kanun’dan farklı olarak ret süresi 15 gün yerine 30 gün olarak düzenlenmiş ve ret talebini hakem heyetinin yanı sıra karşı tarafa da iletme yükümlülüğü getirilmiştir. Heyetin ret talebini kabul etmemesi halinde ilgili taraf kararı öğrendiği tarihten itibaren 30 gün içinde Asliye Hukuk Mahkemesi’ne başvurabilir. Mahkemenin vereceği karar kesindir.

3.3. Değerlendirme

Hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkelerinin ihlali durumunda hakemin reddi usulünü düzenleyen gerek tahkim kurumlarının kuralları gerekse diğer uluslararası düzenlemeler değerlendirildiğinde benzer yönler bulunmakla birlikte bu düzenlemeler arasında önemli farklar da bulunmaktadır. Bu farklılardan başlıcası ret talebi hakkında kimin karar vereceğidir. ICC ve LCIA tahkim kurallarında ret talebi hakkında karar bu kurumların birer idari organı olan tahkim divanları tarafından verilmektedir. Kurumsal tahkimde ret talebi hakkında kurumun yetkili organları tarafından karar verilmesinin önemli bir faydası hakemin reddi talebi değerlendirilirken yargılamanın kesintiye uğramamasıdır. ICC Divanı’nın ret talebine ilişkin kararında gerekçe yer almamakta sadece talebin sonucu yer almaktadır. ICC uygulaması şeffaflığı sağlamaması ve kararın dayandığı nedenlerin bilinmemesi nedeniyle eleştiriye açıktır. LCIA’in hakemin reddine ilişkin kararları ise gerekçeli olmakta ve bu kararlar reddedilen hakeme, diğer hakemlere ve taraflara iletilmektedir.

ICSID Tahkim Kuralları’na göre ise ret talebi hakkında karar hakem heyetinin reddedilmeyen üyeleri tarafından verilmektedir. Ret talebi hakkında heyetin diğer iki üyesinin karar vermesi doktrinde bizim de katıldığımız haklı eleştirilere uğramıştır. Bu durum gerek hakemleri beraber görev yaptıkları meslektaşları hakkında karar vermeye zorla-

⁷¹ UNCITRAL Model Kanunu, m. 13(2).

⁷² UNCITRAL Model Kanunu, m. 13(3).

makta gerekse yatırım tahkiminin kulüp özelliğinden kaynaklanan, heyetin diğer üyelerinin reddedilen hakem hakkında objektif karar veremeyecekleri yönünde, şüphelere neden olmaktadır⁷³. Bu bakımdan UNCITRAL Tahkim Kuralları olumlu bir çözüm getirmiştir. Bu kurallara göre hakemin reddi hakkında karar tarafların üzerinde anlaştığı bir otorite tarafından verilmektedir. Taraflar bu otoritenin belirlenmesi konusunda anlaşamazlarsa bu otorite Milletlerarası Adalet Divanı'nın Genel Sekreteri tarafından seçilmektedir. Hakemin reddi konusunda karar verecek merci bakımından en eleştiriye açık düzenleme UNCITRAL Model Kanunu'nda yer almaktadır. Model Kanun ret talebi hakkında kararın reddedilen hakemin de dahil olduğu hakem heyeti tarafından karara bağlanmasını düzenlemektedir. Bu durum hiç kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağı ilkesiyle çelişmektedir. Bu problem özellikle tek hakemin reddedildiği durumlarda daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır.

ICSID tahkiminin önemli bir diğer farkı ise uluslararası tahkime ilişkin diğer düzenlemelerde hakemin reddi için hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumların varlığı yeterliyken, ICSID tahkiminde bu durumların hakemin bağımsız karar vermesini aşikar bir biçimde ortadan kaldırması gerekmektedir. *Suez* kararında belirtildiği üzere hakemin bağımsızlığını ortadan kaldıracığına işaret eden olguların varlığını ispat etmek yetmemekte, bağımsızlığın ortadan kalkmasının aşikar ve kuvvetli ihtimal olması gerekmekte, sadece bir olasılık olması yetmemektedir⁷⁴. Bu nedenle ICSID kuralları kapsamında ret taleplerinin değerlendirilmesi diğer kurallara göre daha ağır şartlara tabi tutulmuştur. Bağımsızlığı ortadan kaldıracak olguların varlığı yetmemekte bu olguların aşikar ve açık bir ortadan kalkmaya neden olması gerekmektedir⁷⁵.

Hakemin reddine ilişkin düzenlemeler arasındaki diğer önemli bir fark ise ICC, LCIA ve UNCITRAL Tahkim Kuralları ile UNCITRAL Model Kanunu düzenlemelerinde ret talebinin ileri sürülmesi hakkında

⁷³ MARKERT, Lars, "Challenging Arbitrators in Investment Arbitration: The Challenging Search for Relevant Standards and Ethical Guidelines", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, V. 3, 2010, s. 250.

⁷⁴ *Suez et all v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, par. 41, MARKERT'den naklen, s. 244.

⁷⁵ MARKERT, s. 244.

14 ile 30 gün arasında değişen süre sınırlamaları konulmuşken ICSID Tahkim Kuralları'nda böyle bir somut süre sınırlamasına yer verilmemiştir. ICSID düzenlemesinde ret talebinin derhal yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği hakemin reddine ilişkin verilen her bir kararda ayrı ayrı değerlendirilebilecektir.

Ret prosedüründe belirtilen süre sınırlamalarının en önemli özelliği bunların koruyucu mekanizmalar olmasıdır. Süre sınırlamaları olmasa taraflardan biri itiraz sebebini bilmesine rağmen bunu saklayarak kararın aleyhine olması durumunda tahkim yargılamasının sonunda kararın geçerliliğine itiraz edebilir. Süre sınırlamaları taraflara hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığını etkileyebilecek durumu öğrenir öğrenmez belirtilen sürelerde itiraz etme yükümlülüğü getirmektedir. Böylece itirazın daha sonra ileri sürülmesi engellenmektedir⁷⁶. Bu sürelere riayet edilmemesi durumunda iptal veya tenfiz aşamalarında itiraz ileri sürülemez⁷⁷.

IV. DOKTRİN, TAHKİM KURUMLARI VE HAKEM HEYETİ KARARLARI İŞİĞİNDE TARAFSIZLIĞI VE BAĞIMSIZLIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER

1. Genel Olarak

Tarafsızlık ve bağımsızlık kavramlarını açıklarken bağımlılığın hakemle taraflar arasındaki ekonomik, profesyonel ya da diğer ilişkilerden kaynaklanabileceğini ve bu sebeple objektif bir teste tabi tutulabileceğini; tarafsızlığın ise hakemin zihnindeki bir durumun yansıması olarak subjektif nitelikte olduğunu ve tarafsızlık ilkesinin ihlalinin ise çoğunlukla hakemin yargılama sırasındaki tutum ve davranışları sonucu ortaya çıkabileceğini belirtmiştik. Dikkat edilmesi gereken husus ise bağımsızlığı ortadan kaldıran ilişkiler incelenirken sadece hakemlerle taraflar arasındaki ilişkilerin değil hakemlerle tarafların avukatları ve danışmanları arasındaki ilişkilerin de dikkate alınması gerektiğidir. Çünkü tahkim sürecinde esas aktörler taraflardan ziyade onların avu-

⁷⁶ KOCH, s. 335.

⁷⁷ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 286.

katlarıdır. Bundan dolayı hakemler aynı zamanda tarafları davada temsil eden avukatlardan da bağımsız olmalıdırlar⁷⁸.

Hakemlerle taraflar ya da onların avukatları arasındaki her türlü ekonomik, profesyonel ya da diğer ilişkiler doğrudan ret sebebi teşkil etmez. ICSID bünyesinde yürütülen *Suez v. Arjantin* davasında hakemler hakkında ret başvurusu değerlendirilirken hakemle taraflar arasındaki ilişki dört kriter bakımından incelenmiştir. Bunlar ilişkinin yakınlık derecesi, yoğunluk derecesi, ilişki sonucu elde edilen menfaat ve bu menfaatin hakemi ne derecede tarafa bağımlı hale getirdiğidir. Buna göre taraflar arasındaki yakınlık ve ilişkinin sıklığı, yoğunluğu arttıkça bağımsızlık azalmaktadır. Bu ilişkiler neticesi elde edilen menfaat arttıkça hakemin tarafa bağımlılığı artmakta, hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ise azalmaktadır⁷⁹.

Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı açısından önem arz eden bir başka husus tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri açısından taraflarca seçilen hakemlerle başhakem arasında bir fark olup olmayacağıdır. Tahkim yargılamasında tarafların kendileriyle aynı kültürel ve hukuki anlayışa sahip olan, doktriner olarak savunduğu görüşlerin kendi davalarını destekleyecek nitelikte olduğunu gördükleri kişileri hakem olarak seçmeleri doğaldır⁸⁰. Taraflarca seçilen hakemler aynı zamanda yargılama kapsamında ilgili tarafın davasının heyet tarafından daha iyi anlaşılmasını ve değerlendirilmesini de sağlarlar⁸¹. Bununla birlikte tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri açısından aranan özellikler bakımından taraflarca seçilen hakemlerle başhakemde aranan özellikler arasında bir fark yoktur. Taraflarca seçilen hakemlerin de taraflarla aralarında bağımsızlıklarını etkileyecek ilişkiler içerisinde olmamaları ve yargılama boyunca da tarafsız davranmaları gerekmektedir⁸².

Makalemizin bu kısmında tahkim kurumları ve hakem heyetlerinin kararlarının yanı sıra doktrindeki görüşler ışığında hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını ortadan kaldıran halleri inceleyeceğiz.

⁷⁸ KOCH, s. 327.

⁷⁹ Suez et all v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, par. 35, MARKERT'den naklen, s. 260.

⁸⁰ BISHOP/REED, s. 395.

⁸¹ SHANY, Yuval, "Squaring the Circle? Independence and Impartiality of Party-Appointed Adjudicators in International Legal Proceedings", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, V. 30, 2008, s. 483.

⁸² BISHOP/REED, s. 405.

Bağımsızlığı ortadan kaldıran halleri ekonomik ilişkiler, profesyonel ilişkiler ve diğer ilişkiler başlıkları altında ele alacağız. Tarafsızlığı ise yargılama sırasında ortaya çıkan ve hakemlerin tarafsızlığını ortadan kaldıran haller başlığı altında ele alacağız. Bu incelemeyi yaparken aynı zamanda Uluslararası Barolar Birliği'nin "Uluslararası Ticari Tahkimde Çıkar Çatışmaları'na İlişkin Rehber"inden de faydalanacağız. 2004 yılında çıkarılan ve hakemin reddi sebeplerini dört grup altında inceleyen bu Rehber'de yer alan kurallar bağlayıcı değildir. Bu durum Rehber'de bunların hukuk düzenlemesi olmadığı şeklinde de belirtilmiştir. Bu kurallar ancak tarafların anlaşması ile bağlayıcı hale gelebilir⁸³. Bununla beraber Rehber'de yer alan kurallar hakem heyetlerinin uygulamaya çalıştıkları, tarafların da itirazlarına temel aldıkları kurallar haline gelmişlerdir. Tahkim kurumları hakemin reddine ilişkin kararlarını verirken bunları dikkate almaktadırlar⁸⁴.

Rehber'de hakemin reddi halleri hakemle taraflar arasındaki ilişkinin yakınlık derecesine göre geri çekilemez kırmızı liste, geri çekilebilir kırmızı liste, turuncu liste ve yeşil liste olarak dört gruba ayrılmıştır⁸⁵. Bunlardan geri çekilemez kırmızı liste tarafların rızasıyla dahi hakemlerin görev yapamayacağı halleri içermektedir. Bu listedekiler hiç kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağı ilkesine örneklerdir. Geri çekilebilir kırmızı liste potansiyel olarak itiraza konu olabilecek ve hakemlerin reddini gerektiren ancak tarafların açık rızasıyla hakemlerin görev yapabilecekleri halleri içermektedir. Bu iki listedeki haller hakemler hakkında haklı şüphe oluştururlar⁸⁶. Turuncu liste davadaki olay ve durumlar gözönüne alınarak haklı şüphe oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gereken, itiraza konu olabilecek halleri düzenlemiştir. Turuncu listedeki hallerde ancak zamanında itiraz yapılmazsa hakem görev yapabilir. Turuncu liste dahil bu ilk üç gruba giren halleri hakemler bildirimlerinde açıklamakla yükümlüdür. Yeşil liste ise objektif olarak itiraza konu olamayacak ve tarafların da açıklama yükümlülüğü bulunmayan halleri içermektedir⁸⁷.

⁸³ LANDOLT, Phillip, "The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: An Overview", *Journal of International Arbitration*, V. 22, N. 5, 2005, s. 410; IBA Guidelines, s. 5.

⁸⁴ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 270.

⁸⁵ IBA Guidelines s. 17.

⁸⁶ IBA Guidelines s. 18.

⁸⁷ IBA Guidelines s. 19.

2. Ekonomik İlişkiler

Davanın sonucuna bağlı olarak hakemin ekonomik bir çıkarı varsa bu hakemin reddinin en temel sebeplerinden birisidir. Uyuşmazlıkla ilgili proje veya uyuşmazlığın sonucuna bağlı olarak ya da tarafların avukatlarıyla ilişkili olarak hakemin halen devam eden ve önemli bir ekonomik çıkarının olması hakemin reddi sebebidir. Çünkü bu çıkar hakemi çıkarını koruyacak şekilde karar vermeye yönlendirecektir⁸⁸. Davanın sonucunda hakemin ekonomik çıkarının olması Uluslararası Barolar Birliği'nin Rehber'inde de kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağı halleri düzenleyen geri çekilemez kırmızı listede yer almıştır⁸⁹. Bir hakemin uyuşmazlığın taraflarından biri tarafından çalıştırılıyor olması ya da tarafın avukatının firmasında çalışıyor olması ekonomik olarak bir bağımlılık ilişkisi oluşturur ve doğrudan ekonomik çıkar yaratır. Bizatihi hakem tarafından yerine getirilmiyor olsa bile hakemin çalıştığı hukuk firmasının tarafa bir başka davada danışmanlık ya da avukatlık yapıyor olması o büroda çalışan herkesin bu iş neticesinde seçen taraftan ekonomik çıkarının olması nedeniyle ret sebebidir⁹⁰.

Tahkim kurumlarının tarafsızlığa ve bağımsızlığa ilişkin verdikleri kararlar da bu görüşlerle aynı doğrultudadır. ICC Tahkim Divanı hakemin çalıştığı hukuk firmasının halen avukatlığını yaptığı bir tarafça hakem olarak seçilmesini karşı tarafın itirazı üzerine onaylamamıştır. Bir başka kararda Divan tarafça seçilen bir hakemin hukuk firmasının halen davanın karşı tarafına hukuki danışmanlık yaptığı gerekçesiyle adaylığını onaylamamıştır⁹¹. Çok taraflı bir tahkim davasında davalı şirketlerden biri tarafından seçilen hakemin davalı taraftaki diğer bir şirketin hukuki danışmanı olduğu gerekçesiyle adaylığı ICC Divanı tarafından onaylanmamıştır⁹².

⁸⁸ BISHOP/REED, s. 408.

⁸⁹ IBA Guidelines, s. 20.

⁹⁰ BISHOP/REED, s. 408-409.

⁹¹ CALVO, s. 68, Makalemizde atf yapılan hakemin reddine ilişkin ICC kararları Michel A. Calvo'nun makalesinden alınmıştır. ICC'nin hakemin reddine ilişkin kararlarının yayınlanmaması nedeniyle karar isimleri kaynak makalede de yer almamaktadır.

⁹² CALVO, s. 69.

Hakemin taraflardan birinin şirketinde önemli bir ortaklığı veya önemli miktarda hissesi varsa ya da uyuşmazlıkla ilişkili projede bir ortaklığı varsa bu durum dava sonucuna göre hakeme ekonomik çıkar yaratması olasılığı nedeniyle hakemin reddini gerektirir. Bununla birlikte borsada işlem gören büyük bir şirketteki küçük miktardaki hisse senetleri ret sebebi oluşturmaz⁹³. ICC Tahkim Divanı'nın bir kararına konu olan olayda hakem tarafsızlık bildiriminde davanın tarafı olan şirketlerden birinde hisselerinin olduğunu açıklamıştır. Divan bu hisselerin küçük ve önemsiz olduğunu ve tahkim kararının borsadaki hisse fiyatları üzerinde önemli bir etkisinin olmayacağı gerekçesiyle hakemliğini onaylamıştır⁹⁴.

Ekonomik ilişkiler bakımından incelenmesi gereken bir diğer konu ise hukuk firmaları arasındaki ilişkilidir. Hakemin çalıştığı hukuk firması ile davadaki tarafların avukatlarının hukuk firmaları birbirleriyle ilişkili ise bu ilişkilerin niteliğini değerlendirmek gerekir. Birbirlerine kendileri uygun olmadığında, bu bir yükümlülük olmamak koşuluyla, iş gönderiyorlarsa bu ret sebebi değildir. Bununla birlikte kar paylaşımı, ortaklık veya firmalar arası danışmanlık anlaşmaları varsa bunlar ret sebebidir⁹⁵. Uluslararası tahkim uygulamasında bu bakımdan dikkat edilmesi gereken bir husus ise kural olarak İngiliz avukatlar aynı odaları paylaşmalarına rağmen bağımsız çalışırlar. İşleri birbirinden ayrı ve gizlidir. Bu odalarda çalışan personelde avukatların işlerini ayrı ayrı yapmak üzere yetiştirilir⁹⁶.

3. Profesyonel İlişkiler

Uluslararası tahkim davalarında o firma daha önce taraflardan birini temsil etmiş olsa dahi çok uluslu hukuk firmalarından bir avukatın hakem olarak atanması kabul görmüş bir uygulamadır⁹⁷. Uluslararası tahkimin bir tür kulüp özelliği taşıdığı dikkate alındığında davadaki hakemler ile avukatların birbirleriyle yakın tanışıklıklarının olması ya da daha önce başka davalarda hakem ve avukat olarak çalışmış olmaları

⁹³ BISHOP/REED, s. 409.

⁹⁴ CALVO, s. 69.

⁹⁵ BISHOP/REED, s. 419.

⁹⁶ BISHOP/REED, s. 420.

⁹⁷ WESTPHALEN, s. 386.

ret için yeterli sebep değildir. Bununla birlikte aynı hakemler ve avukatlar sıklıkla aynı davalarda görev yapıyorlarsa bu sistemli bir şekilde birbirlerini seçtiklerinin işaretidir ve bağımsızlığı ortadan kaldırır⁹⁸. ICSID bünyesinde görülen Azurix v. Arjantin kararında, Arjantin, başhakemin çalıştığı hukuk firmasının Azurix'in avukatını görülmede olan bir başka davada hakem olarak atadığı gerekçesiyle başhakemi reddetmiştir. Olayda ayrıca başhakemin çalıştığı hukuk firmasının Azurix şirketine bir başka uyuşmazlıkta daha önce kısa süreli danışmanlık yaptığı ve Azurix'in alt şirketlerinden birinin taraf olduğu bir başka tahkim davasında başhakemin hukuk firmasının bu alt şirketin avukatlığını yaptığı ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine başhakem hakemlik görevi yerine çalıştığı hukuk firmasından istifa etmiştir⁹⁹.

Hakemin taraflardan birini daha önce bir davada temsil etmiş olması veya o tarafa danışmanlık hizmeti vermiş olması ya da onun tarafından istihdam edilmiş olması tek başına ret sebebi değildir. Bununla birlikte önceki ilişkisinin mevcut davada hakemin bağımsızlığını etkileyecek sınırı geçmiş olması durumunda bu durum ret sebebi teşkil edebilir¹⁰⁰. Bu sınırın tespitinde önceki hizmetin zaman olarak sıklığı, süresi ve kapsamı uygulanacak olan kriterlerdir. Daha önceki iş ilişkisinin kapsamının ne olduğu ve ne kadar sürdüğü hakem tarafından bildirilmeli ve dikkatlice incelenmelidir. Hakemin hukuk firması davadaki tarafa periyodik olarak danışmanlık yapıyorsa verilecek karar sonucu bu **iş ilişkisinin** etkilenip etkilenmeyeceği değerlendirilmelidir. Bununla birlikte uzun zaman önce gerçekleşmiş ve mevcut uyuşmazlıkla ilişkili olmayan tek seferlik bir temsil ya da danışmanlık bir ret sebebi teşkil etmez¹⁰¹. Hakemin ya da hukuk firmasının düzenli olarak taraflardan birine danışmanlık yapması ve bundan önemli kazanç elde etmesi Rehber'de kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağına örneklerini veren geri çekilemez kırmızı listede yer almıştır¹⁰².

⁹⁸ TUPMAN, Michael, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, V. 38, 1989, s. 50; KOCH, s. 328.

⁹⁹ Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, s. 14, BOTTINI'den naklen, s. 353.

¹⁰⁰ BISHOP/REED, s. 416.

¹⁰¹ BISHOP/REED, s. 417; TUPMAN, s. 50.

¹⁰² IBA Guidelines, s. 20.

ICSID bünyesinde görülen *Amco v. Endenozya* kararında Endenozya davacı tarafından seçilen hakemi davacı şirkete yıllar önce bir vergi uyuşmazlığı konusunda danışmanlık yaptığı ve hakemin çalıştığı büro ile davacının avukatının bürosu arasında uzun yıllar süren kar paylaşımı anlaşması olduğu gerekçeleriyle reddetmiştir. Ret talebini değerlendiren diğer iki hakem daha önce tek bir konuda danışmanlık yapmanın tarafsızlığı ortadan kaldırmayacağını, ancak düzenli olarak danışmanlık yapılması durumunda tarafsızlığın ortadan kalkabileceğini belirtmiştir. Kar paylaşımı anlaşmasının ise 6 yıl önce sona erdiği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir¹⁰³. ICSID bünyesinde görülen *Vivendi v. Arjantin* davasında hakemin reddine ilişkin verilen karar da aynı doğrultudadır. Başhakemin çalıştığı hukuk firmasındaki bir avukatın taraflardan birine bir başka davada daha önce danışmanlık yapması hakemin bu durumu bildirdiği, hakemin kendisinin tarafla arasında bir avukat müşteri ilişkisi olmadığı, meslektaşı tarafından yapılan danışmanlığın bir sözleşmeyle ilgili genel bir danışmanlık olduğu ve mevcut davayla alakası bulunmadığı gerekçeleriyle ret için yeterli görülmemiştir¹⁰⁴.

Bununla birlikte yukarıda belirttiğimiz üzere en önemli kriter ilişkinin kapsamı ve sıklık düzeyidir. LCIA'nın 29 Mayıs 1996 tarihli ve 1 No'lu kararında davalı tarafından seçilen hakem, çalıştığı hukuk firmasının davalıyla ilgili şirketlerin daha önce avukatlığını yaptığı gerekçesiyle, reddedilmiştir. Hakem ise bildiriminde bu temsilde bizatihi görev yapmadığı ve uyuşmazlığın konusuyla alakalı olmadığını açıklamıştır. LCIA ise hukuk firmasının şirketi uzun yıllar boyunca ve çok çeşitli meselelerde temsil ettiği ve hakem bizatihi görev yapmasa bile firmasındaki diğer avukatlarla özdeşleştiği gerekçesiyle hakemin reddini kabul etmiştir¹⁰⁵.

¹⁰³ ICSID Case ARB/81/1, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator (24 June 1982) (unreported), TUPMAN'dan naklen, s. 45-46.

¹⁰⁴ *Vivendi Universal v. Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/97/3), Decision on the Challenge to the President of the Committee, s. 180. <http://www.italaw.com/cases/309>, 10.05.2010.

¹⁰⁵ NICHOLAS, Geoff/PARTASIDES, Constantine, "LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: A Proposal to Publish", *Arbitration International*, V. 23, N. 1, 2007, s. 26. Makalemizde yer alan LCIA'nın hakemin reddine ilişkin verdiği kararlara yapılan atıflar bu makaleden alınmıştır. Makale yazarların ku-

Hakemin çalıştığı hukuk firmasının kendi görev alması dahi mevcut uyuşmazlığın konusuyla ilgili bir danışmanlık yapmış olması ise kesin olarak ret sebebidir. Konuyla ilgili olarak LCIA'nın hakemin reddine ilişkin olarak verdiği 27 Ocak 2000 tarihli ve 6A No'lu kararda hakemin çalıştığı hukuk firmasının uyuşmazlığın konusuna giren sözleşmelerle ilgili olarak davalıya danışmanlık yapmasını, henüz hakemin atanması aşamasında incelemeye tabi tutarak, hakem danışmanlığı bizatihi kendi yapmasa da, atanmasını engelleyen bir durum olarak değerlendirmiştir¹⁰⁶.

Hakemler avukatlık haricinde uzman bilirkişilik yapabilmektedirler. LCIA, 23 Ekim 1997 tarihli 3 No'lu kararında davacının seçtiği hakemin davacının avukatının daha önceki bir başka davasında uzman bilirkişi olarak görev yapması nedeniyle davalı tarafından reddini incelemiştir. LCIA, hakemlerin daha önce uzman bilirkişi olarak taraflardan herhangi birinin avukatının davasında görev yapmalarının hakemlerin tarafsızlığı hususunda haklı şüphe oluşturmuyacağını, bu durumun hakem tarafından da bildiriminde açıklandığını, çünkü uzman bilirkişinin uzmanlığına giren konu hakkında kişisel görüşlerini ifade ettiğine karar vermiştir¹⁰⁷.

Hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı açısından önem arz eden bir başka durum ise hakemin mevcut uyuşmazlığın taraflarından birince daha önceki davalarda hakem seçilmiş olmasıdır. Daha önce aynı tarafça hakem olarak seçilmek tek başına ret sebebi teşkil etmez. Bununla birlikte bir hakem onu seçen tarafça düzenli olarak farklı davalarda hakem olarak seçiliyorsa ve ilgili hakem bu davalardan önemli paralar alıyorsa önceki seçimler nedeniyle reddedilebilir. Bu durumda daha önceki davalar nedeniyle alınan ücretlerin miktarı ve hakemin bu ücretlere bağımlılık derecesinin incelenmesi gerekir¹⁰⁸. Daha önce aynı tarafça hakem olarak seçilmenin tarafsızlığa olan etkisini ise ilgili kısımda inceleyeceğiz.

rum bünyesinde yaptıkları bir çalışmanın neticesinde yazılmıştır. Kararların açık isimleri makalede de yer almamaktadır.

¹⁰⁶ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 27.

¹⁰⁷ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 29.

¹⁰⁸ BISHOP/REED, s. 421-422.

4. Diğer İlişkiler

Hakemlerle taraflar ya da onların avukatları arasında yakın akrabalık ilişkilerinin bulunması da bağımsızlık ilkesinin ihlali nedeniyle hakemin reddi sebeplerinden birisidir. Bunun sebebi insanların akrabalarını daha güvenilir bulması, aralarında ekonomik ilişkilerin olması ihtimali veya olumsuz bir karardan dolayı akrabaları tarafından kınanma korkusu olabilir¹⁰⁹. Uluslararası Barolar Birliği'nin Rehber'inde de hakemin taraf şirkette yönetici pozisyonunda görev yapan bir kişi veya tarafın avukatı ile yakın akrabalık ilişkisinin olması ya da hakemin yakın bir akrabasının uyumsuzluğunun sonucunda ekonomik çıkarının olması hakemin bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturan ve hakemin reddini gerektirmekle birlikte ancak tarafların açık rızasıyla hakemin görev yapabileceği geri çekilebilir kırmızı listede yer almıştır¹¹⁰.

Hakemlerle taraflar ya da avukatları arasında arkadaşlık ilişkilerinin bulunması da incelenmesi gereken bir husustur. Sadece tanışıyor olmaları ret sebebi teşkil etmezken yakın arkadaşlık ilişkileri ret sebebi teşkil eder. Burada tayin edici unsur aralarındaki ilişkinin yakınlık derecesidir. Ne kadar zamandır birbirlerini tanıdıkları, hangi sıklıkla görüştüğü, ailecek görüşüp görüşmedikleri gibi unsurlar hakemlerin geldikleri kültür de dikkate alınarak değerlendirilmelidir¹¹¹. Hakemle taraf ya da avukatları arasındaki arkadaşlık ilişkisi çok yoğunsa veya yakınlık derecesi aynı meslek grubunun içinde olmanın gerektirdiği sosyal ilişkileri aşılırsa bağımsızlık ilkesini ihlal edebilir¹¹².

Hakem ile taraf ya da tarafın avukatları arasında antipati ve geçimsizlik olması ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. Kamuyunda ya da bilimsel dergilerde şiddetli tartışmalara girilmiş olmasının ret sebebi teşkil etmesi istisnalar hariç subjektif unsurlara dayalı taktiklerin yapılmasına sebep olacaktır¹¹³. Bununla birlikte hakem ile taraf ya da avukatları arasındaki geçimsizlik mantıklı bir üçüncü şahsın gözüyle tarafsız bir kararın verilmesini engelleyici düzeydeyse bu bir ret sebebidir¹¹⁴.

¹⁰⁹ BISHOP/REED, s. 410.

¹¹⁰ IBA Guidelines, s. 21-22.

¹¹¹ BISHOP/REED, s. 418-419.

¹¹² KAPLAN, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, s. 109.

¹¹³ BISHOP/REED, s. 419.

¹¹⁴ KAPLAN, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, s. 109.

Hakemin bağımsızlığı hususunda değerlendirilmesi gereken diğer bir konu ise hakemle tarafların avukatlarının aynı profesyonel organizasyonun üyesi olmalarıdır. Uluslararası tahkim davalarında görev yapan önde gelen hakemlerin birçoğu uluslararası tahkim alanında faaliyet gösteren bu profesyonel organizasyonlara üyedir. Bu organizasyonların üyeliğinden kaynaklanan tanışıklıklar aynı zamanda hakem seçerken hakem hakkında bilgi edinme ihtiyacını da karşılar. İlişkinin seviyesi profesyonel toplantılardaki tanışıklığın ötesine geçmedikçe, hakemlerle tarafların avukatları arasında yakın bir arkadaşlık ilişkisi olmadıkça aynı profesyonel organizasyona üye olmak ret sebebi oluşturmaz¹¹⁵. Konuyla ilgili olarak tahkim kurumlarının uygulaması da aynı yöndedir. LCIA'in 22 Kasım 2001 tarihli kararında davalı tarafça seçilen hakemin davalının ilişkili olduğu bir profesyonel organizasyona üye olduğu ve bu nedenle bağımsız olmadığı yönünde davacı tarafça ileri sürülen hakemin reddine ilişkin talep incelenmiştir. Hakem cevabında aşırı bir tepkide bulunarak davacının iddialarının yanlış, uydurma ve kötü niyetli olduğunu, davalının alçakça davrandığını iddia etmiştir. LCIA, aynı profesyonel organizasyona üye olmanın bağımsızlığı ortadan kaldıran bir durum olmadığı ve bu nedenle bir ret sebebi teşkil etmediğini belirtmiştir. Bununla beraber hakemin redde karşı gösterdiği aşırı tepkinin tarafsızlığına dair haklı şüphe oluşturacağı gerekçesiyle ret talebini kabul etmiştir¹¹⁶.

5. Yargılama Sırasında Ortaya Çıkan ve Tarafsızlığı Ortadan Kaldıran Davranışlar

Tarafsızlık kavramını açıklarken tarafsızlığın hakemin zihnindeki bir durum olduğunu, taraflardan birine ya da davanın konusuna ilişkin hakemin bir eğiliminin olmamasını ifade ettiğini, bu nedenle subjektif nitelikte olduğunu ve ancak hakemin yargılama sırasındaki davranışlarıyla somutlaşacağını ifade etmiştik. Hakemlere yönelik tarafsızlık itirazları hakemlerin yargılama sırasındaki davranışları nedeniyle yapılmaktadır. Tarafsızlığını ihlal ettiğine dair somut ve gerekçeli deliller olursa hakem reddedilebilir¹¹⁷.

¹¹⁵ BISHOP/REED, s. 413-414.

¹¹⁶ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 36.

¹¹⁷ WESTPHALEN, s. 387.

Tarafsızlığın ihlaline dair somut ve gerekçeli delillerin bulunması gerektiğini tahkim kurumlarının uygulaması da desteklemektedir. LCIA, 3 Ekim 2001 tarihli ve 8 No'lu kararında tek hakeme karşı yargılamanın yürütülme tarzından kaynaklanan tarafsızlık itirazını değerlendirmiştir. Davalı taraf kendisine uygun olmayan duruşma zamanlamaları yapıldığı, davalı tarafından sunulan delillerin değerlendirilmediği gerekçeleriyle hakemi reddetmiştir. LCIA, davalının iddialarını destekleyen somut delillerin bulunmadığını ve hakemin yargılamayı yürütmesinde önyargılı bir tutumunun olmadığını belirtmiştir. LCIA, davadaki usuli işlemlerin temel ve emredici usul ilkelerine uygun olduğu, davalıya davasını ortaya koyması için yeterli imkan verildiği ve hakemin doğru bir şekilde tahkim anlaşmasının dışında kalan meselelerde karar vermediği gerekçeleriyle tarafsızlığın ihlal edildiği iddiasına dayanan itirazı reddetmiştir¹¹⁸. LCIA tarafından karara bağlanan tek hakeme yönelik bir başka tarafsızlık itirazı ise 3 Temmuz 2003 tarihli ve 13 No'lu karardır. Davalı taraf, avukatlarının istifa etmesi nedeniyle süre uzatımı talebinde bulduklarını, ancak hakemin kendilerine dilekçelerini sunmak için yeterli zaman vermediği gerekçesiyle hakemi reddetmiştir. LCIA, hakemin birçok kez davalının dilekçe sunmasını ertelediğini ancak davalının istediği zamanı da bütünüyle vermediğini, bu durumun da hakemin tarafsızlığına dair haklı şüphe oluşturmayacağı gerekçesiyle hakemin reddi başvurusunu kabul etmemiştir¹¹⁹.

Taraflarca seçilen hakemlerin tarafsızlık itirazına uğrayabileceği önemli durumlardan bir tanesi de yargılama sırasında kendilerini seçen tarafla kurdukları iletişimdir. Yargılama başlamadan önce kendisini seçmek isteyen tarafla davanın esasına girmeden kısaca davanın konusu ve zaman açısından uygun olup olmadığı hususlarında bilgilendirilmek için hakem tarafla ya da temsilcisiyle görüşebilir. Bununla birlikte yargılama başladıktan sonra sadece üçüncü hakemin seçilmesi hususunda tarafın görüşlerini alabilir. Davanın esasına girecek hiçbir konuda hakem kendisini seçen tarafla iletişime geçmemelidir. Özellikle heyetin kararının doğrultusuna dair karar açıklanmadan taraflara hiçbir bilgi vermemelidir. Hakemin aksi yönde davranması tarafsızlığın ihlali nedeniyle ret sebebidir¹²⁰. LCIA tarafından hakemin reddine ilişkin verilen 1 Tem-

¹¹⁸ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 34.

¹¹⁹ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 34-35.

¹²⁰ BISHOP/REED, s. 426.

muz 2002 tarihli ve 11 No'lu kararda hakem, son duruşmadan sonra ancak karar açıklanmadan kararın içeriğini davacının avukatına açıklaması nedeniyle, tarafsızlık yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Hakem her ne kadar bunun sadece idari nitelikte bir iş olduğunu söylese de LCIA yapılan iletişimin doğru olmadığı ve hake-min böyle bir soruyu reddedip sorunun başhakeme yöneltilmesini söylemesi ve durumdan başhakemle diğer hakemi hemen haberdar etmesi gerektiği gerekçeleriyle tarafsızlık ilkesinin ihlali nedeniyle hakemin reddi talebini kabul etmiştir¹²¹.

LCIA'in 21 Ekim 2005 tarihli 18 No'lu kararında tek hakem, davacının avukatıyla duruşma arasında kendi dinlenme odasında özel olarak görüştüğü, duruşma metinlerinin bir kısmını tarafların rızası olmadan sildiği ve davalının avukatını, avukatın bunu reddetmesine rağmen, kendi odada olmadığı sırada izinsiz olarak odasına girmekle suçladığı gerekçeleriyle, davalı tarafından reddedilmiştir. LCIA, özel görüşmeye ilişkin olarak hakemin sadece taraflardan birinin avukatıyla görüşmesinin tarafsızlık ilkesini doğrudan ihlal etmeyeceğini ancak yapılanın tavsiye edilemez olduğunu belirtmiştir. Görüşmenin gerçekleşme şekli ve tartışmalar dikkate alındığında üçüncü bir kişi tarafından bunun tarafsızlığı ihlal eder nitelikte görülebileceğini belirtmiştir. Duruşma tutanaklarının bir kısmını silmenin ise kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Hakemin avukatın odasına girmesi iddiasıyla ilgili olarak ise bu durumun avukat tarafından reddedilmesine rağmen ısrarla ve şiddetli bir şekilde hakemin avukatla tartışmayı sürdürdüğünü belirtmiştir. LCIA bu nedenlerle hakemin tarafsızlık ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle hakemin reddini kabul etmiştir¹²².

Tarafsızlık hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumlardan bir tanesi de hakemin aynı veya benzer konulu bir başka davada hakem olarak görev yapmış olmasıdır. Özellikle büyük inşaat projelerinde bir-biriyle ilişkili birçok sözleşme bulunmaktadır. Bu durumda aynı içerikli sözleşmelerden kaynaklı birden çok tahkim davası ortaya çıkabilmektedir. Örneğin *force majeure* klotunun ifayı engelleyip engellemediği hususunda ayrı fakat aynı içerikli bir sözleşmeye ilişkin ve aynı olgulara dayanan daha önce karar vermiş bir hakem bu sözleşmeyle ilgili farklı bir tarafın taraf olduğu davada vereceği kararda önyargılı davranabi-

¹²¹ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 37.

¹²² NICHOLAS/PARTASIDES, s. 37-38.

lir¹²³. Mevcut davadaki taraflardan sadece birini içeren ve uyumsuzluğun konusu benzer olan daha önceki bir davada görev yapmış hakem yine aynı tarafça seçiliyorsa ilk kararın hakemi önyargılı davranmaya sevk etme ihtimali ve mevcut davadaki hakemlerce bilinmeyen delilleri ilk dava nedeniyle bilip bilmediği incelenmelidir. Hakemin diğer hakemlerin bilgisinde olmayan delilleri görmüş olması onu seçen tarafı avantajlı hale getirecektir. Bu nitelikteki davalarda iki davadaki maddi olgular karşılaştırılmalı ve ilk davadaki kararın ikinci davada hakemi önyargılı davranmaya sevk edip etmeyeceği incelenmelidir¹²⁴.

ICC Tahkim Divanı'nın verdiği bir kararda bir hakemin aynı tarafça daha önce benzer konulu ve mevcut davanın davacısının daha önceki davanın davalısı ve davalısının ise daha önceki davanın davacısı olduğu bir davada aynı tarafça hakem seçilmiş olmasını onaylamaması için taraflardan biri ICC Tahkim Divanı'na itirazda bulunmuştur. Mevcut davadaki davacı hakemin önceki benzer konulu davadaki kararı nedeniyle mevcut davada kendi davasına karşı önyargılı davranacağını ileri sürmüştür. Olayda iki davanın konusu olan sözleşmeler nerdeyse aynı olmakla beraber davalardaki maddi olgular birbirinden farklıdır. ICC Tahkim Divanı davalı tarafından önerilen hakemin daha önceki kararı ile bağlı olması için bir yükümlülüğünün olmadığı gerekçesiyle onaylanmasında bir sakınca görmemiştir¹²⁵. Bu kararda iki davadaki maddi olguların farklı olmasının ICC Tahkim Divanı'nın bu yönde karar vermesine neden olduğu ileri sürülebilir.

Hakemin mevcut davaya konu olan somut uyumsuzluk hakkında bir makale yazmış ya da konuşma yapmış olması onun hakem olarak seçilmesi durumunda tarafsızlığına yönelik haklı şüphe oluşturur. Bununla birlikte hakemin uyumsuzluk ortaya çıkmadan önce davaya konu olan hukuki konular hakkında bilimsel yayın yapmış olması tarafsızlığı konusunda haklı şüphe oluşturmaz. Bir hukukçu zaman içinde görüşlerini değiştirebilir ya da daha önce yapılan genel değerlendirmeler mevcut davaya uymayabilir¹²⁶. Bununla birlikte bir hakem örneğin belli bir politik hadisenin kesinlikle *force majeure* teşkil etmeyeceğine dair daha önce bir makale yazmışsa bu durumun onun mevcut davada takınacağı

¹²³ KOCH, s. 331.

¹²⁴ BISHOP/REED, s. 421-422.

¹²⁵ CALVO, s. 69.

¹²⁶ BISHOP/REED, s. 411-412.

tavir bakımından tarafsızlığına dair haklı şüphe oluşturup oluşturmayacağı dikkatle incelenmelidir¹²⁷.

Hakemin benzer konulu bir davada avukat ya da hakem olarak görev yapmış olması özellikle az sayıda hukukçunun sıklıkla hakem ya da avukat olarak görev yaptığı yatırım tahkiminde önemli sorunlar doğurmaktadır¹²⁸. Yatırım tahkimindeki uyuşmazlık konularının sınırlı olması açısından değerlendirildiğinde daha önce benzer konulu bir davada belirli görüşleri avukat olarak savunan hakemin daha sonra hakem olarak görev yaptığı davada aynı tutumu gösterip göstermeyeceğinin tarafsızlık ilkesinin ihlali bakımından değerlendirilmesi gerekir¹²⁹. Bu durumun nedeni yatırım tahkiminin çoğunlukla yatırımcının korunması için benzer hükümlere sahip iki taraflı yatırım anlaşmalarından kaynaklanması ve yatırım tahkimine ilişkin kararların çoğunlukla kamuya açıklanmasıdır. Böylece iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan hükümlerin yorumlanmasında ilgili davada hakem ya da avukat olarak görev yapan hukukçuların mevcut davada hakem olarak nasıl hareket edeceklerinin bilinmesi mümkün olmaktadır¹³⁰. Bu konu değerlendirilirken hakemlerin verdikleri kararların hukukun o davanın olgularına uygulanması sonucu verildiği ve kararın çoğu zaman hakemler arasındaki bir uzlaşmanın sonucu olduğu dikkate alınmalıdır¹³¹.

Konuyla ilgili bir uyuşmazlık Telekom Malezya şirketi ile Gana Cumhuriyeti arasında görülen bir UNCITRAL tahkiminde ortaya çıkmıştır. Davacı şirket tarafından seçilen hakem, benzer konuları içeren *RFCC v. Fas* davasında halen avukat olarak görev yapıyor olması ve o davada savunduğu görüşlerin mevcut davada tarafsızlığını ihlal edeceği gerekçesiyle, davalı tarafından reddedilmiştir. Hakemin reddini değerlendiren otorite konusu farklı ve ayrı bir davada hakemin avukat olarak görev yapmış olmasının hakemin tarafsızlığını etkilemeyeceği gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Bununla birlikte reddeden taraf tahkim yeri mahkemesi olan Lahey mahkemelerine başvurmuştur. Yerel mahkeme

¹²⁷ KOCH, s. 331.

¹²⁸ MARKERT, s. 240.

¹²⁹ MALINTOPPI, Loretta, "Remarks on Arbitrators' Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, V. 7, 2008, s. 352-353.

¹³⁰ MARKERT, s. 261.

¹³¹ MARKERT, s. 263-264.

hakemin iki davadaki olguları ve hukuki durumu birbirinden ayırt etmesinin yeterli olmayacağına, hakemin bu şekilde davrandığının ve tarafsızlığı ihlal etmediğinin üçüncü kişilerin gözünde de kabul edilmesinin gerektiğine ve hakemin bu testi geçemediğine karar vermiştir. Mahkeme hakemin ya mevcut davadaki hakemlikten ya da diğer davadaki avukatlıktan 10 gün içerisinde istifa etmesi yönünde karar vermiştir. Hakem diğer davadaki avukatlık görevinden istifa etmiştir¹³².

V. SONUÇ

Hakemin tarafsız ve bağımsız olması yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesinin ve kamu düzeninin ihlal edilmemesinin ön şartıdır. Tahkim yargılama sürecinde hakemler taraflar nezdinde bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları hakkında haklı şüphe oluşturabilecek olguları açıklamakla yükümlüdürler. Taraflar ise bu olgular neticesinde bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları hakkında haklı şüpheye sahip oldukları hakemleri reddedebilmektedirler. Bu şüphenin kaynağı ya hakemlerin yargılamanın başında yapmakla yükümlü oldukları, taraflarla ilişkilerini açıklayan, bildirimde yer alan veya sonradan ortaya çıkan ilişkiler ya da hakemin yargılama sırasında tarafsızlığını ortadan kaldıran nitelikteki davranışlarıdır. Haklı şüphe somut, objektif manada, konu hakkında bilgi sahibi mantıklı üçüncü kişinin gözünde, hakemin bağımsızlığını ve tarafsızlığını kaldıracak nitelikte görülen olgulara dayanmalıdır.

Hakemin reddi usulü konusunda uluslararası tahkime ilişkin düzenlemeler büyük ölçüde birbirine benzer olsa da aralarında bazı önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklardan başlıcası hakemin reddi konusunda karar verecek otoritedir. ICC ve LCIA tahkim kurallarına göre hakemin reddi talebi hakkında kurumların bünyesindeki idari organlar karar verirken, ICSID düzenlemesine göre bu karar hakem heyetinin diğer üyeleri, UNCITRAL Model Kanunu düzenlemesine göre ise hakem heyetinin tamamı tarafından verilmektedir. Heyetin diğer üyeleri tarafından karar verilmesi hakemlerin görev yaptıkları meslektaşları hakkında objektif karar veremeyecekleri, heyetin bütün üyeleri tarafından karar verilmesi ise reddedilen hakemin dahi oylamaya katılması nedeniyle kimsenin kendi davasının yargıçı olamayacağı ilkesi

¹³² Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad, District Court of the Hague, Challenge Number 13/2004, Petition Number HA/RK 2004.667, Decision, s. 1-7, <http://www.italaw.com/cases/1091> , 02.05.2015.

bakımından eleştiriye açıktır. Bu konuda UNCITRAL tahkim kurallarında yer alan ve hakemin reddi talebi hakkında tarafların üzerinde anlaştıkları, tarafların anlaşamaması durumunda ise Milletlerarası Adalet Divanı Genel Sekreteri tarafından belirlenecek bir otorite tarafından karar verilmesi şeklindeki düzenleme gayet yerindedir.

Hakemin bağımsız ve tarafsız olma yükümlülüğünün hangi hallerde ihlal edileceği hususunda kesin ölçüler koymak mümkün değildir. Bu durum her bir olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, genel hatlarıyla, uyumsuzluğun sonucunda hakemin ekonomik bir çıkarının olması hakemin kesin olarak reddini gerektirir. Hakemle taraflar veya onların avukatları arasındaki geçmişteki profesyonel ilişkiler ise bu ilişkilerin yoğunluğu ve zaman bakımından sıklık derecesine göre değerlendirilmelidir. Halen devam eden profesyonel ilişkiler ise uyumsuzluğun konusu ile ilişkili olmasa bile kesin olarak ret sebebidir. Tarafsızlık ilkesinin ihlal edilmemesi açısından ise hakemin yargılama sırasında taraflara eşit davranması ve temel usul ilkelerine riayet etmesi gerekmektedir. Önemli bir diğer husus ise yatırım tahkiminde uyumsuzluk konularının sınırlı olması nedeniyle daha önce benzer konulu davalarda belli görüşleri avukat ya da hakem olarak savunan hukukçuların daha sonraki benzer konulu davalarda tarafsız davranamayacakları yönünde gelişen anlayıştır. Bu anlayış her bir davanın maddi olgularının birbirinden farklı olması nedeniyle eleştiriye açıktır. Bunun yanı sıra nasıl ki hakemlerin daha önce yazdıkları eserlerinde yer alan hukuki görüşlerini taraflar hakem seçerken dikkate alabiliyorsa, daha önceki kararlarındaki hukuki görüşlerini de dikkate alabilmelidirler.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya**, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 3. bs., İstanbul, 2013.
- AKTÜRK, Aylin**, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Mahkemesinin Kuruluşu-Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 8, S. 86, 2010, s. 503-525.
- BISHOP, Doak/REED, Lucy**, “Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, Arbitration International, V. 14, N. 4, 1998, s. 395-429.
- BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine with REDFERN, Alan/HUNTER, Martin**, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th edition, New York, 2009.
- BOTTINI, Gabriel**, “Should Arbitrators Live on Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration”, Suffolk Transnational Law Review, V. 32, 2008-2009, s. 341-366.
- CALVO, Michel A.**, “The Challenge of the ICC Arbitrators-Theory and Practice”, Journal of International Arbitration, V. 15, N. 4, 1998, s. 63-72.
- HASCHER, Dominique**, “Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues”, American University International Law Review, V. 27, 2011-2012, s. 789-806.
- IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration**, IBA, London, 2014.
- KAPLAN, Yavuz**, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, MHB, Yıl 21, S.1-2, 2001 s. 43-73.
- KAPLAN, Yavuz**, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- KOCH, Christopher**, “Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators”, Journal of International Arbitration, V. 20, N. 1, 2003, s. 325-353.
- LANDOLT, Philip**, “The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: An Overview”, V. 22, N. 5, 2005, s. 409-418.

- MALINTOPPI, Loretta**, “Remarks on Arbitrators’ Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, V. 7, 2008, s. 351-356.
- MARKERT, Lars**, “Challenging Arbitrators in Investment Arbitration: The Challenging Search for Relevant Standards and Ethical Guidelines”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, V. 3, 2010, s. 237-282.
- NICHOLAS Geoff/PARTASIDES, Constantine**, “LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: A Proposal to Publish”, *Arbitration International*, V. 23, N. 1, 2007, s. 1-41.
- NOMER, Ergin**, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, *MHB*, Y. 4, S. 1, 1984, s. 29-31.
- NOMER, Ergin**, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, *MHB*, Y. 19-20, 2000, s. 555-576.
- ÖZEL, Sibel**, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal, İstanbul, 2008.
- REINER, Andreas**, “Hakemin Bağımsız Ve/Veya Tarafsız Olmadığının Veya İfşa Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Sonradan Tespit Edilmesinin Verilen Hakem Kararlarına Etkisi”, Çev. Müslüm Yılmaz, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı*, 15 Kasım 2007, Ed. Nuray Ekşi, Turgut Kalpsüz, Müslüm Yılmaz, Beta, 2007, s. 58-78.
- SHANY, Yuval**, “Squaring the Circle? Independence and Impartiality of Party-Appointed Adjudicators in International Legal Proceedings”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, V. 30, 2008, s. 473-491.
- SHORE, Laurence/CABROL, Emmanuelle**, “A Comment on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest: The Fragile Balance Between Principles and Illustrations, and the Mystery of the Subjective Test”, *American Review of International Arbitration*, V. 15, 2004, s. 599-607.
- ŞANLI, Cemal**, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1986.
- WESTPHALEN, Friedrich Graf von**, “Hakemlere İtirazlar: Tarafsızlık ve Bağımsızlık Koşulları”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, 14 Şubat 2009, Tahkim, Ed. Doç. Dr. Erol Ulusoy, Av. Aslı Yıldırım, TMSF, MÜHF, İstanbul, s. 379-393.

Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması

Ar. Gör. Ozan TOK*

ÖZET

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanun tarafından dürüstlük kuralına aykırı davranışın yaptırımını olarak tesis edilmiştir. Dürüstlük kuralıysa hukukun genel bir ilkesi olarak yalnızca maddi hukukta değil medeni usul hukukunda, icra ve iflâs hukukunda hatta kamu hukukunda dahi uygulama alanı bulur. Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle hakkın kötüye kullanılması yaptırımına tabi olması da zamanaşımı müessesesinin kamu düzeni yahut kamu yararını korumak amacıyla tesis edilmemesinden hareketle teorik olarak mümkündür. Ancak aynı husus kamu düzeni veya kamu yararını koruma amacıyla düzenlenmiş hak düşürücü süreler bakımından söz konusu olmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: *Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması, zamanaşımı, zamanaşımı def'i, hak düşürücü süre.*

ABSTRACT

The abuse of right prohibition is prescribed by the law as the sanction for the violation of rule of bona fides. As a general principle of law, rule of bona fides is applied not only in private law but procedure law even in public law. Considering the fact that foundation of prescription doesn't aim to protect public order or public interest, theoretically there is possibility of implementing sanction of abuse of rights while debtor makes of prescription plea. But same sanction is

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

not convenient for lapsings which are settled in order to protect public order or public interest.

Keywords: *Rule of bona fides, abuse of rights, prescription, making of prescription plea, lapsing*

I. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI VE UYGULAMA ALANI

A. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

a. Tanımı

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹ m. 2/f.I' de düzenlenen “dürüstlük kuralına” aykırı davranışın kanun tarafından öngörülen yaptırımıdır².

Dürüstlük kuralıysa, kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüst davranmalarını düzenleyen bir davranış yükümlülüğünden ibarettir³. Kanun tarafından hukukun sùjelerine getirilmiş olan bu davranış yükümlülüğü yalnızca özel hukuk alanında değil; özel hukukla bağlantılı olan ve maddi hukuka ilişkin hakların gerçekleştirilmesini amaçlayan medeni usul hukukunda da uygulanır⁴. Dürüstlük kuralı hakların kullanımında kanun tarafından getirilmiş bir sınırdır⁵.

¹ Resmi Gazete Tarih: 8/12/2001, Sayı: 24607.

² **SAYMEN**, Ferit, Türk Medeni Hukuku, Umumi Prensipler, Cilt 1, Yenilenmiş 2. bastı, İstanbul:1956, s. 351; **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu,1. Tebliğler, “Medeni Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması”, İstanbul 1978, s.153; **VELİDEDOĞLU**, Hıfzı Veldet, Medeni Hukukun Umumi Esasları, 3. basım, İstanbul 1948, s. 374; **DURAL**, Mustafa, Suat SARI, Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, 8. baskıdan tıpkı 9. baskı, İstanbul 2014, s. 229.

³ **EDİS**, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden geçirilmiş 2. baskı, Ankara 1983, s. 286; **AKYOL**, Şener, Medeni Hukuka Giriş, 2. bastı, İstanbul 2006, s. 347.

⁴ **ARSLAN**, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 58; Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile taraflara dürüst davranma yükümlülüğü getirilmiştir. HMK m. 29/f. I: Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar.

⁵ **KÖPRÜLÜ**, Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 1. ve 2. kitaplar, Genişletilmiş ve yenilenmiş 2. bastı, İstan-

Nitekim hak sahibinin hakkını dilediği gibi kullanmasına hukuk düzeninin cevaz vermesi düşünülemez⁶. Modern hukuklar hakkın kullanımının sınırını objektif bir esas ve aynı zamanda bir borç kaynağı olan “haksız fiil” olarak değil; sübjektif bir kavram olan “dürüstlük kuralı” olarak belirlemişlerdir⁷.

b. Şartları

Hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olabilmesi için öncelikle bir hakkın mevcut olması gerekir⁸. Bu hakkın mutlaka özel huktan kaynaklanması gerekmez, hak usul hukukuna ilişkin bir hak da olabilir⁹. Şayet kanunda hakkın kullanılmasını engelleyen başka bir hüküm varsa TMK m.2/f.II hükmü uygulanmaz¹⁰. 743 sayılı Medeni Kanun döneminde kötüye kullanma iradesinin gerekip gerekmediği Türk hukuku bakımından tartışmalıyken¹¹ TMK m.2/f.II ‘nin lafzı¹² itibariyle

bul 1984, s. 135; DESCHENAUX, Henri, Le Titre Préliminaire du Code Civil, Tome I-II, Fribourg 1969, s. 142; CARBONNIER, bir kişinin hakkını kendisine çizilen sınırların dışında kullanması ve bunun başkasına zarar vermesi halinde hakkın kötüye kullanılmasının gerçekleştiğini belirtmektedir (CARBONNIER, Jean, Droit Civil, Introduction, 20 ieme édition, Paris 1991, s. 338).

⁶ WEİL, Alex, François TERRE, Droit Civil, Introduction Générale, 4 ieme édition, s. 86.

⁷ Dürüstlük kuralı prensibi ve buna bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı modern hukukta kat’i bir kural olarak kabul edilmektedir; aynı esas dürüstlük kuralıyla ilgili genel bir kural içermeyen Fransız özel hukuku bakımından da geçerlidir (COLIN, Ambroise, Henri CAPITANT, Cours Elémentaire de Droit Civil, 2 ieme tome, 10 ieme édition, Paris 1948, s. 233).

⁸ İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, Yenilenmiş 3. bası, İstanbul 1980, s. 309.

⁹ “(...)Alacağın küçük parçalara bölünmesi suretiyle ayrı davalara konu yapıp, Birden fazla vekalet ücreti edinilmesine yol açar şekilde **dava hakkının kötüye kullanılmasının**, yukarıdaki hukuksal ilkeler ışığında korunmasına olanak bulunmadığı(...)” Yargıtay 10.HD, T. 29.1.2008, E. 2007/5188, K.2008/645 (www.kazanci.com E.T. 8.10.2014).

¹⁰ İMRE, s. 307.

¹¹ SAYMEN, s. 355.

¹² Böylece Türk Medeni Kanunu, mehz İsviçre Medeni Kanunu ile uyumlu hale getirilmiştir; zira Fransızca metindeki “L’abus manifeste d’un droit n’est pas protégé par la loi” ifadesi ve “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” ifadesi bire bir aynıdır.

bu tartışma sona ermiştir. Buna göre kötüye kullanmanın gerçekleşmesi için hak sahibinin “zarar verme kastı” aranmayacağı gibi kusurlu olması da aranmaz¹³. Kötüye kullanmanın aşikâr olması gerekir¹⁴. Hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olabilmesi için bir zarar tehlikesinin veya zararın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususu ise tartışmalıdır¹⁵.

Kanaatimizce TMK’ da düzenlenen dürüstlük kuralı ve yaptırımı olan hakkın kötüye kullanılmasının amacı hukuk süjelerinin objektif olarak haklarını dürüst olarak kullanmalarına zorlamak değildir; prensibin amacı bir hukuk süjesinin hakkını kullanırken diğerine zarar vermesini engellemekten ibarettir. Ayrıca zarar unsurunun bulunmaması gerektiği görüşü bir an için kabul edildiğinde bir kişi hakkını kötüye kullanmışsa bunun yaptırımının nasıl tesis edilebileceği sorunun cevapsız kalmaktadır. Zira hak sahibinin, hakkını kötüye kullanmasından hiç kimse zarara uğramamışsa buna karşı hukuki koruma talep edilebilmesi, hukuki menfaat eksikliğinden¹⁶, mümkün değildir. O hâlde kanunun öngördüğü yaptırım olan “kötüye kullanmanın korunmaması” gerçekleşemeyecektir.

c. Yargılama Sırasında Nazara Alınması

Hakkın kötüye kullanılması hususunun amacı hakların dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmasının sağlanmak suretiyle hukuk süjelerinin zarar görmesini engellemektir¹⁷. TMK m. 2/f.I ve f.II emredici

¹³ **ROSSEL**, Virgil, Jean **ROSSEL**, André **ROSSEL**, Code Civil et Code des Obligations, Edition 1943, s. 20; **OĞUZMAN**, Kemal, Nami **BARLAS**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 20. bası, İstanbul 2014, s. 259.

¹⁴ **TUOR**, Pierre, Le Code Civil Suisse, (Çev.Henri Deschenaux), Zurich 1942, s. 43 ve 44. Yazara göre kötüye kullanımın aşikâr olmasından anlaşılması gereken kötüye kullanmanın, derhal göze çaracak derecede açık olmasıdır.

¹⁵ Zarar unsurunun aranmaması gerektiğini savunan yazarlar için Bkz. **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 259 ; **AKİPEK**, Jale, Turgut **AKINTÜRK**, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, Birinci cilt, Yenilenmiş 6. bası, İstanbul 2007, s.188-189; **GÖKYAYLA**, K. Emre, “Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırı Mıdır?”, Prof. Dr. Aydın Aybay Armağanı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fak. Der. 2007/1, s. 407; Karş. **VELİDEDOĞLU**, s. 376; **SAYMEN**, s. 360.

¹⁶ HMK m.114/f.I,b.h gereği, Bir dava şartı olan “hukuki menfaat” mevcut olmadığı takdirde dava usulden reddedilecektir. Kavram için bkz. **HANAĞASI**, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 37 vd.

¹⁷ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 193; **FEYZİOĞLU**, s. 151.

bir karaktere sahip olur taraflar aralarında yapacakları bir anlaşmayla bu hükmün bertaraf edilmesini kararlaştıramazlar. Kavram karmaşasını engellemek için iki hususu birbirinden ayırmak gerektiğini düşünürüz. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı başlı başına ne “itiraz” ne de “def’i” karakterine sahip bir savunma vasıtasıdır; zira söz konusu prensipler savunma vasıtasından ziyade yargılamada uygulanacak hukuku teşekkül ettirmektedir. Kanun bir norm düzenlemiş ve buna aykırılığın yaptırımını belirlemiştir; o hâlde yargılama sırasında bu norm hâkimin davayı maddi anlamda yürütmesi çerçevesinde¹⁸ ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁹ m.33 gereği re’sen dikkate alınır ve hâkim tarafından uygulanır²⁰. Ancak olayda taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı davranması vakıası bir itiraz teşkil eder; buna göre karşı diğer taraf bu hususu ileri sürmese dahi hâkim dava dosyası kapsamından anlaşıldığı kadarıyla dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden vakıayı re’sen dikkate almak zorundadır²¹.

B. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Uygulama Alanı ve Sınırı

TMK m.5 gereği Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nun hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer özel hukuk ilişkilerine de uygulanacaktır. Buradan çıkan sonuç TMK m.2 hükmü aksine bir hüküm bulunmamak şartıyla bütün özel hukuk ilişkilerinde uygulanacağıdır²². Ancak hukuk güvenliği açısından hakkın

¹⁸ Maddi ve şekli anlamda yürütme kavramları için Bkz. SCHILKEN, Eberhard, “Medeni Yargılamada Hakimin Rolü(Çev. Nevhis Deren-Yıldırım)”, İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku(Der. M. Kamil Yıldırım), 7. baskı, İstanbul:2012, s.48.

¹⁹ Resmi Gazete Tarih: 4/2/2011, Sayı: 27836.

²⁰ Aynı kanaatte Bkz. ÖZSUNAY, Ergün, Medeni Hukuka Giriş, Gözden geçirilmiş 5. bası, İstanbul 1986, s. 309.

²¹ “(...)Dava açma iradesinin iktisabın kötü niyete dayalı olduğu iddiasını da taşıdığına; kaldı ki öyle olmasa bile buradaki kötü niyet iddiasının hukukî mahiyeti itibarıyla itiraz niteliğinde bulunduğu ve bu nedenle de yargılama sona erinceye kadar iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmadan her zaman ileri sürülebileceğine(...)” Yargıtay İBK, T. 8.11.1991, E. 1990/4, K. 1991/3, RG Sayı:21126 (www.resmigazete.gov.tr E.T. 19.10.2014).

²² Bkz. MARTY, Gabriel, Pierre RAYNAUD, Les Obligations, Les sources, Tome I, 2 ieme édition, s. 542-543. Yazarlar aile hukukunda, eşya hukukunda, sözleşme-

kötüye kullanılması yasağı bakımından bir sınır getirilmesi de gerekmektedir. Şüphesiz bu sınırı kesin olarak tayin etmek mümkün değildir; zira sınırı kesin olarak tayin edebilmek için hakkın kötüye kullanılması şartlarını da kesin olarak tayin etmek gerekir; halbuki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının şartları²³ niteliği gereği kesin olarak tayin edilemez²⁴.

Kural bu olmakla beraber hakkın kötüye kullanılması yasağının niteliği göz önünde bulundurularak, yasağın kapsamı bakımından belli sınırlar belirlemek yine de mümkündür. Kanaatimizce bu sınırlardan en önemlilerinden biri, ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu iddia edilen hususun yalnızca bunu ileri süren tarafın değil kamunun veya üçüncü kişilerin menfaatleri için de önemli olması ya da kamu düzeni, kamu yararı gibi sebeplerle bu hususun ileri sürülmesinin dürüstlük kuralını ihlal etmesinin mümkün olmadığı hallerdir. Kanun bir müesseseyi kamu düzeni veya kamu yararı için tesis etmişse artık bu müessesesinin uygulanmasının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edemez²⁵. Bu sebeple dürüstlük kuralı özellikle medeni usul

ler hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulandığını belirtmektedirler.

²³ OĞUZMAN/BARLAS, s. 257 ; Ayrıca Bkz. PATRY, Robert, “La Théorie de la confiance et les développements récents de la jurisprudence en droit commercial et en droit public”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 15, Sayı 18, İstanbul 1990, s. 2.

²⁴ Federal mahkeme bir kararında kendisi dürüstlük kuralına aykırı davranan kişinin, sözleşmenin karşı tarafının hakkını kötüye kullandığını ileri süremeyeceğini belirtmiştir. Karar için Bkz. JdT 1967 I 338 (www.swisslex.ch E.T. 18.10.2014).

²⁵ “(...)Kamulaştırma Yasası'nın 25. maddesinde getirilen “dava açabilmek için idarenin tebligat yapması şarttır” kuralı buyurucu niteliktedir. Ancak; taşınmaz malikin, kendisine yasada öngörülen şekilde bildirim yapılmamış olmasına karşın” taşınmazın tapuda yönetime devretmesi, kamulaştırma bedelini alması “Kamulaştırma Yasası'nın 13. maddesinde bildirimde (tebligat) bulunması öngörülen kamulaştırma işlemiyle ilgili dava açmaya yarayacak doğru ve sağlıklı bilgileri öğrendiği elde ettiği” de bir olgu olarak kabul edilmelidir(...)” Yargıtay İBK, T. 24.06.1994, E. 1993/2, K. 1994/3 (www.resmigazete.gov.tr E.T. 18.10.2014). Yargıtay bu içtihadı birleştirme kararında, kanunda açıkça sürenin tebligatla başlayacağı belirtilmesine ve kendisine herhangi bir tebligat yapılmaması dolayısıyla dava açma süresi işlememiş olmasına rağmen, tebligata konu vakianın malik tarafından zaten öğrenildiğinden bahisle dava açmasını hakkın kötüye kullanılması olduğunu tespit etmiştir. Bu karar açık ve ağır bir şekilde hukuka aykırıdır; zira

hukuku ve onunla bağlantılı olarak icra ve iflâs hukuku²⁶ gibi kamu hukuku karakteri ağır basan alanlarda uygulanırken müesseselerin²⁷ amacı titizlikle incelenmelidir. Vurgulamak gerekir ki normun emredici olmasından ziyade tesis edilmiş amacının kamu düzeni veya kamu yararına korumak olup olmadığını irdelemek gerekir. Zira kamu düzenini veya kamu yararını koruyan her norm emredici olmakla beraber; her emredici normun amacı kamu düzenini veya kamu yararını korumak de-

kanun tarafından bir sürenin geçmesini tebligatın yapılmasına bağlanmışsa süre mutlak olarak tebligatın yapılmasıyla işlemeye başlar (**PEKCANITEZ**, Hakan, İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 69-70). Ancak tebligat usulsüz olarak yapılmış ve fakat bir şekilde muhatap tebligatın içeriğini öğrenmişse 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 32/f. II hükmüne göre süre muhatapın tebligatın içeriğini öğrendiği tarihten itibaren başlar. Aksinin kabulü hukuki dinlenilme hakkının da ağır şekilde ihlali sonucunu doğuracaktır. Zira tebligat hukuku kuralları adil yargılanma hakkıyla doğrudan doğruya bağlantılı hukuki dinlenilme hakkının üç unsurundan biri olan tarafların “bilgilenme hakkının” gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir (**ÖZEKES**, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 87).

²⁶ Örneğin İcra ve İflâs Kanunu’nun 11. Maddesine göre icra mahkemesi hâkimleriyle icra ve iflâs müdür ve memurları takip konusu alacak veya satışa çıkarılmış şeyle ilgili olarak kendileri veya başkaları hesabına akit yapamazlar. Bu düzenlemenin tesis edilme amacı icra ve iflâs organlarının tarafsızlığını tesis etmek olup bu husus tereddütsüz biçimde kamu düzeniyle ilgilidir. O hâlde bu akitlerin hepsi kesin hükümsüzdür ve hakkın kötüye kullanılması yasağı marifetiyle dahi sözleşmesinin hüküm ifade etmesi sağlanamaz (**KURU**, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 1, Üçüncü baskı, İstanbul 1988, s. 80).

²⁷ Özel hukuktaki bazı müesseseler kamu düzeni veya kamu yararını korumak için tesis edilirken; bazı müesseseler yalnızca tarafların menfaati için kanun koyucu tarafından tesis edilmiştir. Hukuki işlemlerin geçerliliği bakımından getirilmiş olan şekil şartı bunlardan bir tanesidir. Keza şekil şartının amacı kamu düzenini veya kamu yararını korumak değil; daha ziyade tarafların menfaatlerini korumaktır (**AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. tıpkı baskı, Konya 2013, s. 137; **TERCIER**, Pierre, Pascal PÍCHONNAZ, Le Droit des Obligations, 5ieme édition, 2012, s. 153). O hâlde tarafların menfaatini korumak için getirilmiş olan şekil şartına aykırılık bahsini ileri sürmek bazı durumlarda dürüstlük kuralına aykırı olup hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Nitekim Yargıtay, sözleşmenin şekle aykırılıktan geçersiz olmasına rağmen tarafların borçlarını ifa etmelerinin tescil talebini engellemeyeceğini aksinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağını ifa etmiştir. Yargıtay İBK, E. 1987/2 K. 1988/2, RG Sayı: 20026 (www.resmigazete.gov.tr E.T. 15.10.2014). Aynı doğrultuda Bkz. BGE 86 II 221 (www.swislex.ch E.T. 5.10.2014).

ğildir²⁸. Nihayet öyle müesseseler vardır ki bunlar kamu düzenini veya kamu yararını korumak için tesis edilmemiş olsa bile ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi müessesenin niteliğine uygun düşmez²⁹. Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesiyle sınırlandırılmasını da yukarıda açıkladığımız ilkelelere göre incelenmelidir.

II. ZAMANAŞIMI DEF'İNİN HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Zamanaşımı Def'inin Hukuki Niteliği ve Zamanaşımı Müessesesinin Amacı

Zamanaşımı def'i bağımsız ve sürekli bir def'idir³⁰. Zamanaşımı müessesesinin kanun koyucu tarafından öngörülme amacı, def'i hakkı sahibi tarafından zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceği hususunda belirleyici olacaktır.

²⁸ OĞUZMAN, Kemal, Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş 12. baskı, İstanbul 2014, s.85.

²⁹ Örneğin kesin olmayan yetki kuralları kamu düzenini korumak için tesis edilmiştir; hatta kanun belli sınırlar içerisinde tarafların yetki sözleşmesini yapabileceklerini düzenlemiştir (AŞIK, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 116). Ancak davalının, davacıyı kandırarak yetkisiz mahkemede dava açmasını sağladıktan sonra yetki itirazında bulunması hakkın kötüye kullanılması teşkil edemez, zira yetki kuralları usul hukukuna ilişkin kurallar olup tarafların menfaatinden ziyade yargılamanın usulüne uygun olarak ilerlemesi için tesis edilmiştir.

³⁰ ÇUKADAR, Neslihan, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014, s. 44 ve s. 53 ; PAKSOY, Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat (TBK 160), İstanbul 2012, s. 37 ; Zamanaşımı def'i bir "itiraz" değil; fakat def'i olduğundan borçluya yalnızca borcunu ifa etmekten kaçınma imkânı verir (KOCAYUSUF-PAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 5 inci basıdan 6 ıncı tıpkı bası, İstanbul 2014, s. 48). "(...)Yasalarda def'i, davalının yerine getirmesi gereken bir edimi, özel bir nedenle yerine getirmekten kaçınmasına imkan veren bir hak olarak tanımlanmaktadır(...)Davalı zamanaşımını defini açıkça ileri sürmemişse, hakim dosya içeriğinden varlığını öğrendiği zamanaşımı defini kendiliğinden gözetmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 75. Maddesine aykırı düşer(...)" Yargıtay 4. HD, T. 12.04.2001, E. 2000/12669, K. 2001/3722 (ÖZKAYA, Eraslan, Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Ankara 2012, s. 718).

Doktrinde bir görüşe göre zamanaşımı müessesesinin amacı borçluyu ve kamu menfaatini korumaktır³¹. Bunun karşısındaki görüşse zamanaşımının kabul edilmesinin esas sebebi tarafların menfaati olduğunu ifade etmektedir³². Bir görüşe göre ise zamanaşımının kabulünün sebebi alacaklının ataletini engellemektir³³. Başka bir görüşse her ne kadar zamanaşımı tarafların menfaati için tesis edilmişse de kamu yararı düşüncesinin de es geçilemeyeceğini belirtmektedir³⁴. Bizim de katıldığımız son görüşe göre zamanaşımı müessesesinin amacı öncelikle borçluyu korumaktır³⁵. Gerçekten de zamanaşımı definin yargılama sırasında mutlaka ileri sürülmesi gerektiği düşünüldüğünde zamanaşımı müessesesinin kamu düzenini veya kamu yararını korumak maksadıyla tesis edilmediği açıkça anlaşılacaktır. Davalı borçlu zamanaşımı defini ileri sürmediği takdirde alacağını çok uzun yıllar boyunca takip etmemiş³⁶ olan alacaklı alacağını talep edebilecektir³⁷. O hâlde kanun koyucu zamanaşımı müessesesinin kamu düzeninden kabul etmiş olsaydı; aynı müesseseye benzeyen “hak düşürücü süre” müessesesinin varlığına

³¹ **PAKSOY**, s. 43-44. “(...)Zamanaşımının öngörülmesinin ilk sebebi kamu düzenidir; Gerçekten de hukuk güvenliği, sosyal barış ve kamu yararı gereği alacaklı belli bir süreden sonra alacağını talep edemez(...)” JdT 1965 I 243 (www.swisslex.ch E.T. 16.10.2014). Aynı görüşte Bkz. **ENGEL**, Pierre, *Traité des obligations en droit suisse Disposition générales du CO*, 2 ieme édition, Bern 1997, s.797-798. Yazara göre öncelikli amaç kamu menfaatinin korunmasıysa da zamanaşımı savunmasının bir defî olarak ileri sürüldüğü düşünüldüğünde tek amacın bu olduğu da ifade edilemez.

³² **ERDEM**, Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul 2010, s. 12, dn.44 ve 45.

³³ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 603.

³⁴ **ERDEM**, s. 13.

³⁵ **PİSCHONNAZ**, Pascal, “La révision du droit de la prescription- Réflexions sur l’avant projet de modification du Code des obligations”, *Journées du droit de la circulation routiere*(Ed. Franz Werro, Thomas Probst) ,2012, s.147.

³⁶ Alacağın dava veya takip yoluyla geç talep edilmesi de doğrudan doğruya talep hakkının dürüstlük kuralına aykırı surette kullanıldığı manasına gelmeyecektir (**GÖKYAYLA**, s. 410).

³⁷ Belirtmek gerekir ki zamanaşımı müessesesi usul hukukundaki “usul ekonomisi” ilkesine de hizmet etmez. Zira Usul ekonomisi ilkesinin amacı yargılamayı süratle, titiz bir şekilde ve mümkün olan en az masrafla neticelendirmektir. Usul ekonomisi ilkesi bakımından en önemli olan husus yargılamayı lüzumsuz yere uzatmaktır (**YILMAZ**, Ejder, “Usul Ekonomisi”, *AÜHFD*, Y:2008, s. 250). Halbuki bir alacağın muaccel olmasından çok uzun süre sonra talep ediliyor olması doğrudan doğruya yargılamanın da lüzumsuz yere uzayacağı manasına gelmez.

da ihtiyaç kalmamış olurdu. Halbuki hak düşürücü süre usul hukuku anlamında bir itiraz olup hâkim tarafından yargılamanın her safhasında re'sen dikkate alınabiliyorken aynı husus zamanaşımı bakımından kabul edilemeyecektir³⁸. Tamamen tarafın tasarrufuna bırakılmış olan zamanaşımını savunmasını ileri sürüp sürmeme meselesi şüphesiz ki öncelikli olarak borçlunun menfaatine hizmet etmektedir³⁹. Bu mülahalardan da anlaşılacağı üzere kamu düzenini amacıyla tesis edilmemiş zamanaşımını müessesesi bir def'i olarak ileri sürüldüğünde şayet ileri sürme dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırıysa, def'i hâkim tarafından dikkate alınmayacaktır. Fakat aynı sonuca hak düşürücü süre bakımından da varmak kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Zira hak düşürücü süreler, zamanaşımından farklı olarak kamu düzeni veya kamu yararını korumak için tesis edilmiştir⁴⁰.

B. Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılması Gereken Haller

Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu haller her durumda uyuşmazlık konusu olayın niteliğine göre incelenmelidir. Ancak en azından teorik olarak zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralının görünümülerinden biri olan çelişki yasağına⁴¹ aykırılık teşkil etmesi halinde hâkim tarafından TMK m.2/f. II' deki yaptırımın uygulanıp def'inin nazara alınmaması gerektiği düşünülebilir⁴². Borçlunun, fiillerinin çelişki yasağına aykırılık

³⁸ "(...)Doğrudan doğruya hakkın özünü etkileyen hak düşürücü süre hiçbir nedenle kesilmez ve bu sürenin dolmasıyla **hakkın özü ortadan kalkar**(...)" Yargıtay HGK, T. 05.02.2003, E.2003/10, K. 2003/53 (ÖZKAYA, s. 536). Hakkın özü ortadan kalkacağından Yargıtay dolaylı olarak hak düşürücü sürenin bir itiraz olduğunu belirtmektedir. Halbuki zamanaşımı savunması borçluya yalnızca bir def'i ileri sürme imkanı tanır (TERCİER/PİCHONNAZ, s. 358).

³⁹ Zamanaşımı def'ini kullanılmasından önceden feragat edilememesi ve borçlar kanununun genel bölümündeki sürelerin değiştirilememesi hususları da hukuki güvenlik düşüncesinden ziyade tarafları korumak için getirilmiştir.

⁴⁰ ENGEL, s. 798.

⁴¹ AKYOL, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, s. 5. Çelişkili davranış yasağından söz edebilmek için bir taraf karşı tarafta yarattığı haklı güveni kötüye kullanmış olmalıdır.

⁴² "(...)Üstelik, burada davalın zamanaşımı def'ini ileri sürerek hakkını kötüye kullanmaktadır; zira davranışlarıyla karşı tarafı zamanaşımı süresince dava açmama yönlendirmiştir(...)" ATF 112 II 231 (www.swisslex.ch E.T. 19.10.2014).

teşkil etmesi için, alacaklısını hukuki çareye başvurmaktan alıkoyan fiillerinin kasıtlı olması aranmaz; borçlunun, davranışlarından alacaklıyı hukuki çarelere başvurmamaya yöneltmiş olmasının anlaşılması yeterlidir⁴³. Öyleyse borçlu, borcunu ödeyeceği konusunda alacaklısında haklı bir izlenim yaratmış ve onu alacağını talep etmesi için hukuki çarelere başvurmaktan alıkoymuşsa borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilecek ve hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır⁴⁴. Ancak ifade etmek gerekir ki borçlunun bu davranışıyla alacaklının alacağını talep etmesini savsaklaması arasında illiyet bağı olması gerekir. Alacaklı, alacağını borçlunun davranışı yüzünden değil de başka sebeplerle talep etmemişse, borçlu TMK m. 2/f.II sınırlamasına tabi olmadan zamanaşımı def'ini yargılama sırasında ileri sürebilecektir. Hâkim zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunu re'sen dikkate alacaktır⁴⁵.

Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin çelişki yasağının kapsamına girdiği bu hallerde⁴⁶ borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürememesi

⁴³ “(...)Code Civil Art.2/al.2 kapsamına giren bir zamanaşımı def'i savunması hakkın kötüye kullanılması olarak sayılacak ve hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır. Borçlunun alacaklısını zamanaşımı süresi boyunca hukuki çarelere başvurmaktan alıkoyan davranışlarının varlığının makul bir bakış açısıyla, objektif kriterlere dayanarak tespit edilmesi ve gecikmenin affedilebilir olmasının tespiti yeterlidir. Ayrıca borçlunun davranışlarının hileli olması da aranmaz(...)” JdT 2005 I 479 (www.swisslex.ch E.T. 19.10.2014).

⁴⁴ **AKYOL**, Çelişki Yasağı, s. 47-48; **GÖKYAYLA**, s. 411.

⁴⁵ **ERDEM**, s. 392. “(...)Olayda mektuplarıyla oyalayarak davacıya zamanaşımı süresini geçirten davalıların zamanaşımı savunmaları MK' nun 2. maddesi uyarınca kabul edilemez(...)” Yargıtay 13.HD, T. 23.2.2007, E. 2006/14223, K. 2007/2558 (www.kazanci.com E.T. 10.10.2014).

⁴⁶ “(...)Böyle davranışları, bu genel şartların yasal olduğu, aksi halde bir sigorta şirketinin bu şartları poliçelere koymayacaklarına dair duydukları güvenin sonucudur. Davacı müşteri de (sigortalı) bu güveni uyandırıp hakem - bilirkişi yoluna başvurarak, belki de gerekli uzatmaları sağlayarak, zaman geçirmek ve sigortalının hakem - bilirkişi raporunu almasını müteakip, bu rapor kesin olmasına rağmen ödemiyecek sigortalıyı dava yoluna başvurmak zorunda bırakması ve dava açılması halinde de zamanaşımı def'ini ileri sürmesi, Medeni Kanununun 2. maddesindeki, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken iyiniyet kurallarına uymak zorunda olduğuna ilişkin kurala tam aykırı ve kötüniyetli bir davranıştır ve bu durumda da yasaların koruyuculuğuna sığınamaz(...)” Yargıtay 11. HD, T. 30.11.1979, E. 1979/3501, K. 1979/5473 (www.kazanci.com E.T. 21.12.2014).

TMK m.2'nin şartlarına uygunsuz da bazı hâllerde Yargıtay zamanasını def'inin ileri sürülmesini oldukça sınırlamaktadır. Tarafların taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdettikleri bir olayda, borçlu alacaklına taşınmazı teslim etmiş ancak taşınmaz, alacaklı adına henüz tescil edilmemiş; alacaklı, borçlusunun taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan borcu muaccel olduktan on yıl sonra TMK m.716 hükmüne göre taşınmazın kendisi adına tescilini talep etmiştir. Yargıtay'a göre bu durumda mülkiyeti devir borçlusunun zamanasını def'i ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı olur ve hâkim tarafından dinlenmez⁴⁷. Kanaatimizce her ne kadar mülkiyeti devir borçlusu, alacaklına taşınmazı teslim etmiş de olsa bu ona karşı tescil davası açıldığında zamanasını def'ini kullanamayacağı manasına gelemez. Burada mülkiyeti devir borçlusu zamanasını süresi boyunca alacaklısının tescil davası açmasını davranışlarıyla engellememişse hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemez; bu durumda alacaklı zamanasını süresi içinde mahkmeden taşınmazın kendisi adına tescilini talep etmek zorundadır; aksi takdirde borçlu TMK m.2' nin sınırlamasına tabi olmadan zamanasını def'ini ileri sürebilecektir⁴⁸. Borçlunun zamanasını def'i sona erdikten sonra alacaklıyla borcu hakkında görüşmüş olması, def'inin ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması oluşturmayacağı gibi zamanasını def'inin ileri sürülmesinden feragat edildiği manasına da gelmez⁴⁹. Yargıtay başka bir kararında zamanasını süresi dolmuş olsa bile borçlunun borcunu tanınması halinde, zamanasını def'i ileri sürmesinin çelişkili davranış yasağı teşkil edip TMK m.2/f.II gereği hâkim tarafından dinlenmeyeceğini ifade etmiştir⁵⁰. Kanaatimizce hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için muhatabın en azından bir zarar tehlikesi içinde olması gerekir. Şayet zamanasını süresi dolmuş ve süre dolduktan sonra borç,

⁴⁷ Yargıtay 14. HD, T. 28.2.2002, E. 2002/503, K.2002/1537 (www.kazanci.com E.T. 9.10.2014).

⁴⁸ Benzer bir karar için Bkz. Yargıtay 14. HD, T. 25.3.2008, E. 2008/2399, K. 2008/3929 (www.kazanci.com E.T. 9.10.2014).

⁴⁹ "(...)Zamanasını süresi dolduktan sonra tarafların birbirlerine karşı yapmış oldukları öneriler borcun, borçlu tarafından tanındığı manasına gelmeyeceği gibi; borçlunun zamanasından feragat ettiği manasına da gelemez. O halde bu öneriler hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez(...)" JdT 1988 I 13. (www.swisslex.ch E.T. 19.10.2014).

⁵⁰ Yargıtay 9.HD, T. 14.9.2009, E.2008/9407, K.2009/22810 (www.kazanci.com E.T. 10.10.2014).

borçlu tarafından kabul edilmişse burada alacaklının bir zarar tehlikesi içinde olmasından bahsedilemez zira zaten zamanaşımı süresi dolmuştur. Şayet alacaklı ile borçlunun iradesi borcun yenilenmesi⁵¹ de değilse dolayısıyla yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlamamışsa borçlu zamanaşımı def'ini TMK m.2/f. II sınırlamasına tabi olmadan ileri sürülebilmelidir.

Bazı hallerde de zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı vasıtasıyla engellenmesi mümkün olabiliyorken Yargıtay buna ilişkin bir muhakeme yürütmeyip tartışmaya açık kararlar verebilmektedir. Yargıtay'ın bazı kararlarında kanunun açık lafzına aykırı olarak haksız fiil bakımından tesis edilmiş mutlak (on yıllık) zamanaşımı süresini fiilin işlendiği tarihten değil; fakat zararın meydana geldiği tarihten itibaren başladığını kabul ettiği görülmektedir⁵². Bu husus özellikle Yargıtay'ın eleştirilen⁵³ Marmara Depremi sonrası vermiş olduğu kararda⁵⁴ da görülmektedir. Yargıtay güttüğü muhakemede zamanaşımı sürelerinin borcun muaccel olmasıyla başlayacağını; zarar henüz ortaya çıkmamışsa haksız fiilden henüz bir borç dahi doğmamış olduğundan (doğmamış bir borç muaccel de olamayacağından) zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceğini belirtmiştir⁵⁵. Haksız fiil bir

⁵¹ ERDEM, s. 283.

⁵² “(...)Yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için öncelikle o hakkın istenebilir bir konuma, duruma gelmesi gerekmektedir. Haksız eylemlerde zamanaşımı konusunu düzenleyen BK.'nun 60. maddesinin hükmüne göre; haksız bir eylem sonucu meydana gelen zarar nedeniyle zarar görenin, zararı ve zarar vereni öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her durumda zararın meydana gelmesini sağlayan eylemden itibaren on yıl içinde istemde bulunulması gerekir. Buna göre hukuka aykırı eylemin varlığına karşın, **zarar gerçekleşmemişse** zamanaşımı süresinin başlaması söz konusu olamaz(...)” Yargıtay 4. HD, T. 28.4.2003, E. 2003/4407, K. 2003/5412 (www.kazanci.com E.T. 21.10.2014).

⁵³ Eleştiriler için Bkz. ERDEM, s. 187, dn. 701.

⁵⁴ Yargıtay HGK, T. 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594 (www.kazanci.com E.T. 21.10.2014).

⁵⁵ “(...)Hukuki düzenleme ve eldeki bu olgulara göre, binanın yapımı, yönetmeliğe aykırı olsa bile, o tarihte zarar doğmadığından davacının anılan tarihte bir talep hakkı da olamayacaktır. Bir hakkın, bu bağlamda ödence isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar(...) Özetlemek gerekirse: B.K.nun 60, maddesi, gerek bir ve gerekse 10 yıllık sürelerin başlayabilmesini, bir zarara neden olmuş, dolayısıyla haksız fiil olarak varlık kazanmış bir fiilin varlığına bağlamaktadır. Dolayısıyla

borç kaynağı olup haksız fiilden kaynaklanan bir dar anlamda borcun söz konusu olabilmesi için kanunda haksız fiilin tüm şartlarının gerçekleşmiş olması muhakkaktır; o hâlde zamanaşımı süresinin de haksız fiilin şartlarının gerçekleşmesiyle(borcun doğumuyla) işlemeye başlayacağı düşünülebilir; teorik olarak bu açıklamalar isabetli bile olsa şüphesiz kanun koyucu bu genel kuraldan ayrılabilir düzenlemeler sevk edebilir. Haksız fiilden doğan alacak bakımındansa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁵⁶ m.72 (BK m.60) hükmüne göre mutlak zamanaşımı süresi olan on yıllık süre fiilin işlendiği tarihten itibaren başlar. Kanunun bu açık hükmü karşısında zamanaşımı süresinin borcun doğumuyla başlayacağını ifade etmek mümkün değildir. Haksız fiiller bakımından kanun koyucu on yıllık zamanaşımı süresinin fiilin işlenmesiyle başladığını açıkça düzenlemiştir. Kanunun açık lafzına aykırı bir yorum getirmek yerine; olayda zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin TMK m.2/f.II'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olup olmadığının tartışılması kanaatimizce daha isabetli olurdu. Zira deprem, toprak kayması gibi doğal afetlerde çoğu hâlde zararın ve fiilin meydana geldiği zaman arasında on yıllık bir sürenin bulunması tabidir. Şayet bu olaylarda müteahhit veya haksız fiilden sorumlu olan diğer kişilerin zamanaşımı def'ini ileri sürmelerinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği düşünülmezse; sorumlular belki de örtülü bir kanun boşluğu bulunan bu hâlde rahatlıkla sorumluluktan kurtulacaklardır. Hakkın kötüye kullanılmasının gerçekleşmesi için zarar vermesi kastı hatta kusur dahi aranmazken bir de sorumluların kusurlu olması başka bir deyişle yapının ayıplı olduğu hatta ve hatta can kaybına yol açacağını bilip bunu umursamamaları durumunda kendilerine yöneltilecek tazminat talebi karşısında zamanaşımı def'ini ileri sürmeleri, tereddütsüz şekilde dürüstlük kuralına aykırıdır ve def'inin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olmalıdır.

TMK m.2'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, kamu düzeni amacıyla tesis edilmediğinden zamanaşımı müessesesi bakımından uygulanabilecektir. Fakat kamu düzeni veya kamu yararı⁵⁷ amacıyla tesis edildiğini düşündüğümüz hak

la, neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir(...)" Yargıtay HGK, T. 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594 (www.kazanci.com E.T. 21.10.2014).

⁵⁶ Resmi Gazete Tarih: 11/1/2011, Sayı: 27836.

⁵⁷ ERDEM, s. 25; ENGEL, s. 797; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 51-52; OĞUZMAN/ÖZ, s. 601; TERCİER/PİSCHONNAZ, s. 349.

düşürücü süreler bakımından dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı yargılama sırasında hâkim tarafından re'sen dikkate alınıp uygulanamaz. Hak düşürücü süreler zamanaşımından farklı olarak tarafların menfaatini değil; fakat kamu yararını veya kamu düzenini korurlar⁵⁸. Kamu düzenini veya kamu yararını koruyan hükümlerin yargılama sırasında dürüstlük kuralı marifetiyle bertaraf edilmesi telafisi zor zararların doğumuna yol açabilir. İcra ve iflâs hukuku bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu⁵⁹'nda düzenlenen süreler emredicidir ve nitelik olarak da hak düşürücü sürelerdir ve bunlar değiştirilemez⁶⁰. Zamanaşımı def'i bakımından uygulanabilen çelişkili davranış yasağı yaptırımının, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki süreler bakımından uygulanması mümkün değildir. Örneğin alacaklı takip talebiyle birlikte kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlu ödeme emrine itiraz etmiş ve sonrasında takip durmuş; borçlu alacaklısına borcunu ödeyeceğine ilişkin objektif kriterlere dayalı bir güven vermiş ve bu yüzden de alacaklı itirazın kendisine tebliğinden itibaren altı aylık hak düşürücü süre içinde icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep etmemiş veya genel mahkemelerde bir yıl içinde itirazın iptali davası açmamış olsun. Alacaklı icra mahkemesinden kanunda gösterilen hak düşürücü süre geçtikten sonra itirazın kaldırılmasını talep eder veya genel mahkemede itirazın iptali davası açarsa süre hâkim tarafından re'sen dikkate alınır ve talep veya dava reddedilir. Burada alacaklının borçluya olan güveninin korunması mümkün değildir; zamanaşımı def'i bakımından geçerli olabilecek sınırlama icra ve iflâs hukukundaki süreler bakımından geçerli olamaz. İcra ve iflâs hukukundaki bu süreler emredicidir ve kamu düzenini koruma amacıyla tesis edilmiştir ve bu sürelerin hakkın kötüye kullanılması yasağı marifetiyle bertaraf edilmesi mümkün değildir.

Yalnızca hukuki çarelere başvuru için düzenlenmiş olan hak düşürücü süreler değil; 3402 sayılı Kadastro Kanunu⁶¹ m. 12'deki hüküm gibi maddi hukuk anlamında hak kaybına yol açan hak düşürücü süre-

⁵⁸ WYSS, Jean Albert, Quelques Problemes de Péréemption et de Prescription, JdT 1973 I 258 (JdT 1973), s. 1-2.

⁵⁹ Resmi Gazete Tarih: 19/6/1932, Sayı: 2128.

⁶⁰ YILDIRIM, M. Kamil, Nevhis DEREN-YILDIRIM, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015, s. 49.

⁶¹ Resmi Gazete Tarih: 9/7/1987, Sayı: 19512.

ler bakımından da TMK m. 2 hükmü uygulanamaz. Henüz üzerinde kadastro çalışması yapılmamış özel mülkiyete konu olabilecek ve tapuya kayıtlı olmayan arazilerde Kadastro Kanunu m. 14 gereğince bu taşınmazın zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak 20 yıl süreyle zilyetliğinde bulunduran kişi bu şartlar gerçekleştiği anda taşınmazın maliki olmaktadır⁶². Ancak kadastro çalışmaları sırasında sehven malik olmayan kişi tapu kütüğüne malik olarak geçirilmekte ve kadastro tutanağının idare hukuku kuralları gereği kesinleşmesine müteakip on yıl içinde kadastro mahkemelerinde tapu kaydının düzeltilmesi davası açmayan gerçek malik mülkiyetini kaybetmektedir. Yani burada hak düşürücü süre içerisinde Kanunun gösterdiği eylemde bulunmayan(dava açmayan) kişi maddi hukuka ilişkin bir hakkını kaybetmektedir. Yargıtay bir kararında; olayda kadastro tutanağının kesinleşmesinden itibaren on yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olmasına rağmen hak düşürücü sürenin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali olduğunu ifade etmiştir⁶³. Halbuki Kadastro Kanunu m. 12/f.III 'deki on yıllık hak düşürücü süre kamu düzeniyle ilgilidir. Kanun koyucunun amacı Kadastro Kanunu m.12/f.III'ün gerekçesinde belirtildiği üzere⁶⁴uzayan kadastro çalışmalarından dolayı kamu düzeninin bozulmasını engellemektir. Her ne kadar yolsuz tescilin ve askı süresinin idare hukuku anlamında kesinleşmesinden itibaren on yıl boyunca gerçek maliki durumdan haberdar etmeyen kötü niyetli kişilerin varlığı ve yolsuz tescil halinde ortaya çıkacak büyük hak kayıpları adalet duygusunu haklı olarak yaralasa da⁶⁵ aksi görüş kabul edilirse doğrudan doğruya adalet duygusunun yaralanması kadastro mahkemelerindeki birçok

⁶² EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 264; ESENER, Turhan, Kudret GÜVEN, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2012, s. 221-222.

⁶³ "(...)Kadastro tespiti sırasında şirket anasözleşmesi hükümleri çerçevesinde beyanda bulunmaları gerekirken kasıtlı bir şekilde kendi adlarına tespit ve bu şekilde kesinleşme sağladıktan sonra, açılan davaya karşı hak düşürücü sürenin dolmuş olduğunu ileri sürmeleri tipik bir hakkın suistimali davranışı olması karşısında Medeni Kanun'nun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralına aykırı olup, yasal himaye görmesi mümkün değildir(...)" Yargıtay 11. HD, T. 12.06.2000, E. 2000/4507, K. 2000/5443 (www.kazanci.com E.T. 09.10.2014).

⁶⁴ "(...)Burada kadastro işlemlerinin eski olaylara dayanılarak, süresiz olarak askıda bırakılmasının kamu düzenini ters yönde etkileyeceği ve kamu zararı doğuracağı gerçeğinden hareketle(...)" (www.tbmm.gov.tr E.T. 19.10.2014).

⁶⁵ 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun ilgili maddesinin kapsamlı bir eleştirisi için Bkz. SUNGURBEY, İsmet, Medeni Hukukun Temel Sorunları, Ankara 2013, s. 839 vd.

yargılama sırasında hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gereken on yıllık hak düşürücü sürenin ileri sürülmesinin TMK m. 2'nin ihlali teşkil etmesine yol açacak ve kamu düzeni amacıyla getirilmiş olan on yıllık hak düşürücü süre manasızlaştırılmış olacaktır.

Buna göre dürüstlük kuralına aykırılık ne yargılama hukukundaki ve bununla bağlantılı olarak icra ve iflâs hukukundaki hak düşürücü süreler bakımından ne de maddi hukuk ilişkin bir hakkın sona ermesine yol açan hak düşürücü süreler bakımından uygulama alanı bulabilir.

SONUÇ

TMK m.2/f.II'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmasının yaptırımındır; buna göre dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı birbirinden ayrı olarak ele alınamaz. Hak dürüstlük kuralına aykırı kullanılmışsa hâkim bu hususu re'sen dikkate alacak ve hakkın kullanılmasıyla meydana gelebilecek müstakbel sonuç da böylelikle bertaraf edilmiş olacaktır. Ancak hakkın kötüye kullanılması yasağının objektif kapsamını belirlemek kimi hâllerde hukuk güvenliğini korumak bakımından bir zorunluluk arz etmektedir. Dürüstlük kuralı ve bununla bağlantılı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı Fransız Hukukunda kabul edildiği gibi her ne kadar bir hukukun genel ilkesi karakterinde olup pozitif hukukta düzenlenmesine gerek dahi olmasa da karakteri icabı özel hukukta veya kamu düzeni yahut kamu yararını korumak amacıyla tesis edilmemiş olan özel hukuk veya kamu hukuku müesseseleri bakımından uygulama alanı bulmalıdır. Aksi söz konusu olursa yalnızca tarafın menfaatini korumayı değil kamunun menfaatini korumayı da hedef alan normlar bertaraf edilmiş olacaktır. Bu bağlamda dürüstlük kuralı idare hukuku, idari yargılama hukuku, medeni usul hukuku ve icra ve iflâs hukuku gibi hukuk dallarında hâkim tarafından uygulanırken hâkim bir değerler dengelemesi yapmalı; dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı marifetiyle bertaraf edilecek normların hangi amaçla kanun koyucu tarafından tesis edildiğini göz önünde bulundurmalıdır. Zamanaşımı def'inin dürüstlük kuralına aykırı surette ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı yaptırımına tabi olup olmayacağı da yukarıdaki açıklamalar ışığında izah edilmek zorundadır. Çalışmamızda belirtildiği gibi zamanaşımı müessesesi kamu düzenini yahut kamu yararını korumak amacıyla tesis edilmemiştir. O hâlde, nazari olarak, zamanaşımı def'inin dürüstlük kuralına aykırı

surette ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasında yaptırımına tabi olabileceği ifade edilebilecektir. Bunun en tipik örneği ise uygulamada da sıkça rastlanılan şekilde alacaklısına borcunu ifa edeceğine yönelik bir güven verip alacaklısını hukuki çarelere başvurmadan alıkoyan sonrasında kendisine karşı dava açan veya takip başlatan alacaklısına karşı zamanaşımı def'i ileri süren borçlunun durumudur. Bu hal “çelişkili davranış yasağının” tipik bir örneği olup borçlunun ileri sürdüğü zamanaşımı def'inin hukuk düzeni tarafından geçerli kabul edilmesi mümkün olmamalıdır. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi de birçok kararında bu hususu tespit etmişlerdir. Ancak niteliği ve amacı zamanaşımından tamamen farklılık arz eden hak düşürücü süre müessesesi bakımından aynı sonuca varmak mümkün olmamalıdır. Hak düşürücü süre, zamanaşımından farklı olarak, süresi içinde kanunda gösterilen eylemde bulunmayan kişinin “hakkının kaybına” sebep olmakta ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaktadır. Hak düşürücü süre, zamanaşımından farklı olarak, kamu düzenini yahut kamu yararını korumak amacıyla tesis edilmiştir. Bazı hallerde hak düşürücü sürenin dikkate alınması adalet duygusunu yaralıyor olsa da hak düşürücü sürenin gayesi tarafı korumak olmadığından hak düşürücü sürelerin dikkate alınması bakımından dürüstlük kuralına aykırılığı ve hak düşürücü sürenin sona erdiğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamına girdiğini kabul etmek mümkün olmamalıdır.

KAYNAKÇA

- AKİPEK**, Jale, Turgut AKINTÜRK, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, Birinci cilt, Yenilenmiş 6. bası, İstanbul 2007.
- AKYOL**, Şener, Medeni Hukuka Giriş, 2. bası, İstanbul 2006.
- AKYOL**, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 (Çelişki Yasağı).
- ARSLAN**, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- AŞIK**, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. tıpkı bası, Konya 2013.
- CARBONNIER**, Jean, Droit Civil, Introduction, 20 ieme édition, Paris 1991.
- COLIN**, Ambroise, Henri CAPITANT, Cours Élémentaire de Droit Civil, 2 ieme tome, 10 ieme édition, Paris 1948.
- ÇUKADAR**, Neslihan, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014.
- DESCHENAUX**, Henri, Le Titre Préliminaire du Code Civil, Tome I-II, Fribourg 1969.
- DURAL**, Mustafa, Suat SARI, Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, 8. baskıdan tıpkı 9. baskı, İstanbul 2014.
- EDİS**, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden geçirilmiş 2. baskı, Ankara 1983.
- ENGEL**, Pierre, Traité des obligations en droit suisse Disposition générales du CO, 2 ieme édition, Bern 1997.
- ERDEM**, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.
- EREN**, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014.
- ESENER**, Turhan, Kudret GÜVEN, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2012.

- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, “Medeni Kanununun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması”, İstanbul 1978, s.147-189.
- GÖKYAYLA**, K. Emre, “Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırı Mıdır?”, Prof.Dr.Aydın Aybay Armağanı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fak. Der. 2007/1, s. 401-420.
- HANAĞASI**, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009.
- İMRE**, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, Yenilenmiş 3. bası, İstanbul 1980.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 5 inci basıdan 6 ıncı tıpkı bası, İstanbul 2014.
- KÖPRÜLÜ**, Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 1. ve 2. kitaplar, Genişletilmiş ve yenilenmiş 2. bası, İstanbul 1984.
- KURU**, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 1, Üçüncü baskı, İstanbul 1988.
- MARTY**, Gabriel, Pierre RAYNAUD, Les Obligations, Les sources, Tome I, 2 ieme édition.
- OĞUZMAN**, Kemal, Nami BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 20. bası, İstanbul 2014.
- OĞUZMAN**, Kemal, Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş 12. baskı, İstanbul 2014.
- ÖZEKES**, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- ÖZKAYA**, Eraslan, Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Ankara 2012.
- ÖZSUNAY**, Ergün, Medeni Hukuka Giriş, Gözden geçirilmiş 5. bası, İstanbul 1986.
- PAKSOY**, Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat (TBK 160), İstanbul 2012.
- PATRY**, Robert, “La Théorie de la confiance et les développements récents de la jurisprudence en droit commercial et en droit public”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 15, Sayı 18, İstanbul 1990, s. 1-14.

- PEKCANITEZ**, Hakan, İcra ve İflâs Hukukunda Şikayet, Ankara 1986.
- PİSCHONNAZ**, Pascal, “La révision du droit de la prescription- Réflexions sur l’avant projet de modification du Code des obligations”, Journées du Droit de la Circulation Routiere(Ed. Franz Werro, Thomas Probst), 2012, s.147.
- ROSSEL**, Virgil, Jean ROSSEL, André ROSSEL, Code Civil et Code des Obligations, Edition 1943.
- SAYMEN**, Ferit, Türk Medeni Hukuku, Umumi Prensipler, Cilt 1, Yenilenmiş 2. bası, İstanbul 1956.
- SCHILKEN**, Eberhard, “Medeni Yargılamada Hakimin Rolü(Çev. Nevhis Deren-Yıldırım)”, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku(Der. M. Kamil Yıldırım), 7. baskı, İstanbul 2012, s.48-60.
- SUNGURBEY**, İsmet, Medeni Hukukun Temel Sorunları, Ankara 2013.
- TERCIER**, Pierre, Pascal PİCHONNAZ, Le Droit des Obligations, 5ieme édition, 2012.
- TUOR**, Pierre, Le Code Civil Suisse(Çev. Henri Deschenaux), Zurich 1942.
- VELİDEDOĞLU**, Hıfzı Veldet, Medeni Hukukun Umumi Esasları, 3. basım, İstanbul 1948.
- WEİL**, Alex, François TERRE, Droit Civil, Introduction Générale, 4 ieme édition.
- WYSS**, Jean Albert, Quelques Problems de Pérémpion et de Prescription, JdT 1973 I 258 (JdT 1973), s.1-10.
- YILDIRIM**, M. Kamil, Nevhis DEREN-YILDIRIM, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- YILMAZ**, Ejder, “Usul Ekonomisi”, AÜHFD, Y:2008, s. 243-274.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.resmigazete.gov.tr

www.tbmm.gov.tr

www.kazanci.com

www.swisslex.ch