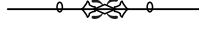




# KAMU HUKUKU



# Şiddet (Violence)



Prof. Dr. Oğuz POLAT\*

## ÖZET

Şiddet, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından, “fiziksel güç veya iktidarın kasıtlı bir tehdit veya gerçeklik biçiminde bir başkasına uygulanması sonucunda maruz kalan kişide yaralanma, ölüm ve psikolojik zarara yol açması ya da açma olasılığı bulunması” durumu olarak tanımlanmaktadır.

Aile içi şiddet çocuk, yaşlı ve özellikle partnerin kadına uyguladığı şiddeti kapsayan bir terimdir. Şiddet hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerde önemli bir halk sağlığı problemidir. Kadına yönelik şiddette tüm dünyada önemli bir problemidir.

Bu yazıda şiddet eylemlere, saldırganlara ve mağdurlara göre sınıflandırılarak anlatılacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Şiddet, aile içi şiddet, partner şiddeti

## SUMMARY:

World Health Organization (WHO) defines violence as “the intentional use of physical force or power, threatened or actual, against oneself, another person, or against a group or community that either results in or has a high likelihood of resulting in injury, death, psychological harm, maldevelopment, or deprivation”.

Domestic violence is a term covering violence to children, elder people and women especially intimate partner violence. Domestic violence is a significant public health problem both at developed and developing countries. Violence toward women is a very important issue in the world globally.

In this article violence is going to be defined and classified according to the actions and the assailants and the victims.

**Keywords:** Violence, domestic violence, intimate partner violence.

Şiddet: Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından, “fiziksel güç veya iktidarın kasıtlı bir tehdit veya gerçeklik biçiminde bir başkasına uygulanması sonucunda ma-

---

\* Acıbadem Üniversitesi Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanı

ruz kalan kişide yaralanma, ölüm ve psikolojik zarara yol açması ya da açma olasılığı bulunması” durumu olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>.

Hukukçular şiddet eylemleri için “İnsanın, benzerlerine karşı giriştiği, onlarda önemli ya da önemsiz hasarlar veya yaralar oluşturan, saldırganlık ve hoyratlık ifade eden hareketlerdir” açıklamasında bulunmaktadır. Bu tanım; şiddet ile kalıcı be-densel hasar yaratan güç kullanımı arasındaki bağı vurgulamaktadır.<sup>2</sup>

Şiddeti en çok yaşayan gruplar: çocuklar, kadınlar ve yaşlılardır. Bu açıdan bireysel şiddet aile içi şiddet şemsiyesi başlığı altında çalışılmaktadır. Ancak bireysel şiddet kolektif şiddeti tetikleyen bir faktördür. Ortaya çıkan zararlar da bireysel perspektiften, o kişinin yaşadığı olay üzerinden değerlendirilmektedir.

Şiddet uygulamalarında en çok karşılaştığımız araçlardan birisi ateşli silah kullanımınıdır. Ateşli silah şiddet olgularının sonucunu ağırlaştırır bir unsur olmanın yanı sıra şiddete yönelen de bir etkidir. Bireysel silahlanmanın artışı ile birlikte hem şiddet olaylarında hem de ölümlerle biten olaylarda ülkemiz dahil her yerde büyük artış görülmektedir. Ateşli silah kullanılarak işlenen cinayetler büyük bir yüzdeyi oluşturmaktadır. Şiddet içeren ölümlerin % 60’ında ateşli silah kullanılmaktadır. Yapılan araştırmalara göre, evde silah bulundurma intihar riskini beş kat arttırmakta, cinayet riskini 3 kat arttırmaktadır.<sup>3</sup>

Şiddeti değerlendirirken şiddete maruz kalan, şiddeti yaşayan gruplara göre bir sınıflama yapıldığında temel olarak şu alt başlıklar karşımıza çıkmaktadır.

1. Kadına yönelik şiddet
2. Çocuğa yönelik şiddet
3. Yaşlıya yönelik şiddet
4. Akranlar arası şiddet
5. Kardeşler arası şiddet
6. Flört şiddeti
7. Engelliye yönelik şiddet
8. LGBT şiddeti
9. Mülteci şiddeti
10. Kişinin kendine yönelik şiddeti

<sup>1</sup> World Health Organization (2002) World Report on Violence and Health. Geneva: WHO. [http://www5.who.int/violence\\_injury\\_prevention/download.cfm?id=0000000582](http://www5.who.int/violence_injury_prevention/download.cfm?id=0000000582)

<sup>2</sup> Polat, O. (2014) Klinik Adli Tıp, 7. baskı, Seçkin yayınları, pp.112-117

<sup>3</sup> WHO. (2015) “Definition and Typology of Violence.” Web. 9 Feb. <http://www.who.int/violenceprevention/approach/definition/en/>

Ayrıca uygulanan şiddet tipine göre yaptığımız sınıflamada ise şu alt başlıklar karşımıza çıkmaktadır.

1. Fiziksel şiddet
2. Cinsel şiddet
3. Duygusal şiddet
4. Ekonomik şiddet
5. Siber şiddet

Şiddetin altında yatan neden açıklanırken günümüzde en yaygın kullanılan model; “ekolojik model”dir. Bu model, şiddete neden olan kişisel, duruma ilişkin ve sosyokültürel etkenlerin açıklamasını temel almaktadır. Bu modele göre; kadına karşı uygulanan şiddet sosyal çevrenin farklı düzeylerindeki etkenlerin birbiriyle etkileşimlerinden kaynaklanır.<sup>4</sup>

Bu model merkezleri aynı olan dört daire ile gösterilebilir. En içteki daire herkesin ilişkilerdeki davranışlarına taşıdığı biyolojik ve kişisel geçmişi temsil etmektedir. İkinci daire, çoğunlukla aile ya da diğer tanıdıkları içine alan, istismarın gerçekleştiği ortamı göstermektedir. Üçüncü daire ise yaşanılan çevre, işyeri, sosyal ağlar ve arkadaş grupları gibi iletişim örüntülerini içeren hem formel hem de formel olmayan kurum ve sosyal yapıları temsil etmektedir. Dördüncü ve en dıştaki daire kültürel normların da dahil olduğu ekonomik ve sosyal çevreyi göstermektedir.

Kadın, çocuk ve yaşlıların genelde aynı ailede birlikte yaşıyor olmalarından dolayı aile içi şiddet kavramı hepsini birlikte değerlendirmek için kullanılan bir terim haline gelmiştir. Aile içi şiddet her ne kadar aileyi oluşturan kişiler arasında birbiriyle olan şiddet ilişkisini incelemektesy pratikte karşımıza en sık erkeğin kadına uyguladığı şiddet olarak çıkmaktadır. Bunu çocuk istismarı ve yaşlı istismarı izlemektedir. Ancak aile içi şiddet olgularının büyük kısmı bildirilmemesi ve olayın uzmanlar tarafından değerlendirilmemesine bağlı olarak atlanabilmekte ve gün yüzüne çıkmamaktadır.

Aile içi şiddet her yıl milyonlarca kişiyi etkilemektedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri’nde, yılda iki ila dört milyon kadın yakın ilişki içinde oldukları partnerleri tarafından dövülmektedir. Fiziksel istismarın tek bir kişiye yöneltilmiş olması halinde bile etkilenme evdeki diğer bireylerde de olmaktadır. Çünkü bu duruma şahit olan bütün aile bireyleri de olumsuz olarak etkilenmektedir. Bu ailelerin içinde

<sup>4</sup> Heise, T. (1998) Violence Against Women, An Integrated Ecological Framework. Violence 4, pp 267-290

yaşadıkları ev güvenli olmaktan uzak, şiddetin her an patlayabileceği bir yer olarak tanımlanmaktadır.<sup>5</sup>

**Tablo 1. Dövme/Hırpalama Davranışını Gerçekleştirenler Tarafından Partnerleri Üzerinde Güç Ve Kontrol Kazanmada Kullanılan Yöntemler**

KATEGORİ	ÖRNEK
Sözel istismar	Sözcüklerle aşağılama ve kelimelerle şiddet duygusunu aktarma şeklinde görülmektedir.
Duygusal istismar	Mağduru örselemek ve baskı altında, küçük düşürücü nitelikte şeyler yapmaya mecbur etmek veya ahlaki prensiplerine karşı olan şeyleri (yalan söylemek ya da çalmak) yapmaya zorlamak
Çocukları kullanmak	Mağdur istediği şeyi yapmaya zorlamak için çocukları alıp götürmekle tehdit eder veya gerçekten de götürebilir.
İzolasyon	Kurbanın arkadaşları ve ailesiyle bağlantısı kesilebilir. Yaşadığı şiddeti anlatabilecek hiç kimsesi yoktur.
“Erkeklik imtiyazı”nın kullanımı	“Nerede ve nasıl yaşayacağımız konusunda seçim yapmak erkeğin hakkıdır.”
Ekonomik istismar	Ailenin bütün parasal durumu istismarcı tarafından kontrol edilmektedir. Kadın hiçbir şekilde paraya dokunamaz.
Çocukların veya evdeki hayvanların fiziksel şiddeti veya eşyaların tahrip edilmesi tehdidi veya bunun gerçekten yapılması	“Eğer benden ayrılırsan, çocuklara zarar veririm.”
Cinsel istismar	Şiddetin yaşandığı pek çok ilişkide cinsel istismar (partnere tecavüz) gerçekleşmektedir.
Fiziksel şiddet tehdidi	“Eğer benden ayrılırsan seni öldürürüm.” İtme, yumruklama, tokat vurma, tutup fırlatma, boğma (ağızına bir şey tıkayarak), sivri bir alet/bıçak vb. saplama, ateş etme vb.

Resmi istatistiklerin aile içi şiddetin gerçek boyutlarını olduğundan daha az gösterdiği görülmektedir. Pek çok mağdur utandığı veya karşılık olarak yeniden şiddet göreceklelerinden korktukları için yaşadıkları şiddeti polise bildirmemektedir. Ölüm raporları aile içi şiddet hakkında başka bir bilgi kaynağıdır; ancak bunlar sadece kurbanların bir alt grubunu-yani sonucu ölümcül olanları- göstermektedir.

### Kadına yönelik Şiddet

Kadına yönelik şiddet temel olarak fiziksel, duygusal, cinsel ve ekonomik şiddet olmak üzere dört şekilde olmaktadır. Fiziksel şiddet, zarar görenin vücut bütünlü-

<sup>5</sup> ICN. (2001) Nurses, Always There For You: United Against Violence. International Nurses Day, Anti-Violence Tool Kit.

ğünün ihlali anlamına gelmektedir. Fiziksel kuvvetin uygulanmasıyla meydana gelen şiddet kişinin bedeni üzerinde geçici veya kalıcı hasarlar bırakmakta ve bazen de ölüme yol açabilmektedir. Cinsel şiddet uygulaması da içinde fiziksel şiddet barındırır. Ancak cinsel şiddet diyebilmek için hareketin kişinin cinsel bütünlüğüne yapılan bir saldırı boyutunda olması gerekir. Bu saldırı her zaman fiziksel bir nitelik taşımak zorunda değildir. Örneğin, sözlü olarak cinsel taciz davranışı da cinsel şiddettir. Duyusal ve ekonomik şiddet ise gerçekleştiğinde her hangi bir bulgu ortaya çıkarmadığı için aslında en sık rastlanan fakat en az ortaya çıkan ve dolayısıyla en zor önlem alınabilen şiddet tipleridir.

Kadınlara şiddet uygulayan kişilerin ise çoğunlukla onlarla yakın ilişkilere sahip kişiler, kocaları veya eskiden birlikte oldukları erkekler olduğu görülmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine göre dünya çapında kadınların %35 i fiziksel ve cinsel şiddet görmekte ve bunların %30'u partnerleri %7'si ise partneri olmayan kişiler tarafından uygulanmaktadır. Bu kişilerin şiddet uygulaması ise biyolojik, psikolojik ve sosyal nedenlerden ötürü ortaya çıkabilmektedir.<sup>6</sup>

Kadına yönelik şiddetin etkilerinin kadının fiziksel ve ruhsal sağlığını çok olumsuz etkilediği saptanmıştır. Şiddet yaralanmalara neden olmasının dışında, kadının uzun dönemde, kronik ağrı, fiziksel yetersizlik, uyuşturucu madde ile alkol kötüye kullanımı ve depresyon gibi bir dizi başka problemi yaşama riskini de arttırmaktadır. Cinsel şiddete maruz kalan kadınlarda planlanmamış hamilelik, cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlar ve hamileliğin ters sonuçları sıklıkla rastlanan olgulardır.<sup>7</sup>

### Çocuğa yönelik şiddet

Çocuğa yönelik şiddet olguları şiddet olguları içinde en büyük zararı yaratan ve en çok gizli kalan ve ortaya çıkmayan olgulardır. Çocuğun gelişimini engellediği için çocuğa yönelik şiddet olguları genel olarak çocuk istismarı olarak isimlendirilmektedir.

Çocuk istismarı "0-18 yaş grubundaki çocuğun kendisine bakmakla yükümlü kişi veya kişiler tarafından zarar verici olan, kaza-dışı ve önlenebilir bir davranışa maruz kalması çocuk istismarıdır. Bunun çocuğun fiziksel, psikososyal gelişimini engelleyen, gerçekleştiği toplumun kültür değerleri dışında kalan ve uzmanı tarafından da istismar olarak kabul edilen bir davranış olması gerekmektedir."<sup>8</sup> şeklinde tanımlanabilir.

<sup>6</sup> World Health Organization. Resolution on "Strengthening the Role of the Health System in Addressing Violence, in Particular Against Women and Girls and Against Children" at the 67th World Health Assembly. Bkz: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/violence/en>

<sup>7</sup> Polat, O. Şiddet. Seçkin Yayınları, Ankara. 2015.

<sup>8</sup> Polat, O. Tüm boyutlarıyla Çocuk İstismarı, cilt 2, ss: 411-414, seçkin yayınları, Ankara.

Çocuk istismarı 4 temel grupta incelenmektedir.

1. Fiziksel istismar
2. Cinsel istismar
3. Duygusal istismar
4. İhmal

Fiziksel istismar en geniş anlamda “çocuğun kaza dışı yaralanması” şeklinde tanımlanabilir. En sık rastlanılan olgu çocuğa fiziksel şiddet uygulamak, dövme şeklinde. “Vücutta fiziksel hasara neden olan ekimozların, kırıkların, yanıkların ve benzeri her türlü lezyonların ortaya çıkmasına yol açan istismar” fiziksel istismardır. Fiziksel istismarda çocuğun kaza dışı yaralanması ve örselenmesi söz konusudur.

Cinsel istismar, psikososyal gelişimini tamamlamamış ve yaşı küçük olan kız veya erkek çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel amaçlar için kullanılmasıdır. Bir çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel doyum için kullanılması cinsel istismardır. Genital bölgeleri elleme, teşhircilik, röntgencilik, pornografiden ırza geçmeye kadar çok geniş yelpazedeki tüm davranışları kapsamaktadır.

Duygusal istismar, çocuk ve gençlerin, kendilerini olumsuz etkileyen tutum ve davranışlara maruz kalarak ya da gereksindikleri ilgi, sevgi ve bakımdan mahrum bırakılarak toplumsal ve bilimsel standartlara göre psikolojik hasara uğratılmaları durumudur. Bu davranışlar; yaş, statü, bilgi, konumu gibi özellikleri ile çocuk veya gencin üzerinde etki sahibi olan kişi ya da kişiler tarafından uygulanır.

İhmal, çocuğa bakmakla yükümlü kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, çocuğu fiziksel ya da duygusal olarak ihmal etmesidir. Beslenme, giyim, tıbbi gereksinimler, duygusal ihtiyaçlar veya optimal yaşam koşulları için gerekli ilgiyi göstermeme şeklinde tanımlanmaktadır. Büyüme geriliği olan, psikososyal uyum güçlüğü çeken, eğitim ihtiyaçları karşılanmayan, koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlandırılmayan çocukta ihmal akla gelmelidir.

Çocuk Hakları Sözleşmesinden sonra burada yaş sınırlarının verilmesi önem kazanmıştır. Sözleşme 18 yaşına kadar herkesi çocuk olarak kabul etmektedir.<sup>9</sup>

Çocuk istismarında temel faktör insan eyleminden kaynaklanan bir olaya bağlı meydana gelmesi gerektiğidir. Çocuğa zarar veren deprem, sel gibi afetler ya da hastalıklar o yüzden kapsam dışındadır. Eylemin zarar verici olmasından öte yasaklanmış olması önemlidir. Önlenebilirlik de çok önemli bir boyutunu oluşturmaktadır. Söz

<sup>9</sup> UNICEF. (2015) Çocukların Satılmaları, Çocuk Fuhuşu ve Pornografisi Konusundaki İsteğe Bağlı Protokol, www.unicef.org, giriş tarihi 08/04/2015



konusu zararı önleyebilecek alternatif bir insan eyleminin varlığını zorunlu olarak içerir. İstismar değişik disiplinler içerisinde değerlendirilen ve multidisipliner çalışılması gereken bir konudur. İstismarın medikal, hukuksal, psikolojik ve sosyolojik boyutları konunun temel taşlarını oluşturan boyutlardır.

### **Yaşlı şiddeti**

Yaşlıya yönelik şiddetin tanımı “Güven beklentisi olan herhangi bir ilişkide yaşlıya zarar veren veya strese sokan tek ya da tekrarlayan uygunsuz davranışlarda bulunulmasıdır”. “Yaşlı bireylerin sağlık ve iyilik halini tehdit eden veya zarar veren tek ya da tekrarlayan davranış” veya “ belli bir zaman dilimi içerisinde bir yetişkin tarafından yaşlının o kültürde kabul edilmeyen bir davranışa maruz kalması” şeklinde de tanımlanabilmektedir.<sup>10</sup>

Yaşlı ihmali ise bakmakla yükümlü bireylerin yaşlının günlük gereksinimlerini karşılamamasıdır. Ayrıca yaşlının fiziksel güçsüzlük, mental hastalık, yetersizlik durumunda gereksinim duyduğu hizmet ve bakımı alamaması ya da yetersiz alması olarak tanımlanmaktadır.

### **Akranlar arası şiddet**

Akranlar arası çatışma şiddet tiplerinin içerisinde yer almasına karşın ancak son yıllarda gündeme gelmeye başlayan bir kavramdır. Şiddetin çocuklar arasında yaşanmasıdır. Akranlar arası çatışma (bullying) fiziksel kuvvet ya da yaş farkından dolayı güç farklılığından kaynaklanan bir olaydır. Kısaca, çocukların birbirlerine şiddet uygulamasıdır.

Akranlar arası çatışma temel olarak 3 kategoride değerlendirilmektedir. Bunlar, fiziksel saldırganlık (itme, vurma, tepme), sözlü rahatsız etme (tehdit, alay etme, surat asma, isim takma, el-kol hareketi yapmak) ve dolaylı olarak kötü davranmadır (birini yok sayma veya birini aktivitelere sokmama dışarıda bırakma). Akranlar arası çatışma doğrudan (vurma, tekmeleme, tehdit, zorbalık, haraç alma) ve/veya dolaylı (dedikodu, dışlama) olarak olmaktadır.<sup>11</sup>

### **Kardeşler arası şiddet**

Şiddet türleri içerisinde üzerinde en az çalışma yapılan kategorilerden birisi kardeşler arası şiddettir. Kardeşler arası şiddet, dünyada ve ülkemizde çok sık görülen

<sup>10</sup> Killick, C., Taylor, J.B. (2009) Professional Decision Making on Elder Abuse: Systematic Narrative Overview. *Journal of Elder Abuse and Neglect*, 21(3):211-38

<sup>11</sup> Olweus, D. (1984) Aggressors and Their Victims: Bullying at School. In N. Frude and Gault (eds) *Disruptive Behaviour in Schools*, John Wiley.

bir olgu olmasına rağmen yeterli düzeyde araştırılmamış bir konudur. En büyük nedenlerden birisi kardeşler arası şiddetin keskin sınırlı bir tanıma sahip olmaması ve göreceliğidir.

En sık görülen şiddet türü olmasına karşın bugüne kadar yapılan araştırmaların sayısı ve bu araştırmaların kapsamları yeterli değildir. Kardeşler arası şiddet, aileler tarafından çoğunlukla büyüme çağıının normal bir davranışı olarak kabul edilmiştir. Aynı zamanda aileler, gelip geçici olduğunu düşündükleri bu şiddet olaylarının kardeşler büyüyünce ortadan kalkacağına inanmaktadırlar. Kardeşler arası şiddetin zararsız ve normal bir deneyim olduğu çoğu toplumda kabul gören kültürel bir gerçekliktir.<sup>12</sup>

### **Flört şiddeti**

Flört şiddeti, şiddetin kişilerarası türlerinden biri olup, çiftlerin flört sırasında birbirlerine sözel, cinsel, duygusal ve fiziksel şiddet ya da şiddet içeren davranışlar uygulaması ve sosyal kısıtlamalar getirmesidir.

Yakın duygusal ilişkilerdeki şiddet, şiddetin en yaygın türünü oluşturmaktadır. Flört şiddetinin ortaya çıkmasında saldırganın bireysel problemleri ve aynı zamanda toplumsal cinsiyet rolleri (ataerkil toplumlar), aile yapıları ve sosyo-kültürel normlar da sorumludur. Şiddetin amacı kadının davranışlarını kontrol etme ve bu şekilde onun üzerinde bir baskı oluşturmaktır.

Her tür şiddet olgusu karşımıza çıkabilir. Fiziksel, cinsel, psikolojik, ekonomik şiddet ve sosyal taciz en çok karşılaşılan şiddet tipleridir. Öldürülme eylemlerinin en çok karşılaşıldığı şiddet tiplerinden birisi de budur.

### **Engelli şiddeti**

Engelli şiddeti son yıllarda engellilere yönelik eylemler içinde en çok dikkati çeken grubu oluşturmaktadır. Engelliliğin getirdiği kısıtlama kişilerin şiddete maruz kaldıklarında tepki vermelerini de kısıtlamaktadır. Temelde problem bir veya daha çok önemli yaşam faaliyetini sınırlayan bir fiziksel veya zihinsel yetersizliği olan bir kimsenin tepki vermekte kısıtlı kalmasıdır. Ayrıca bakımın daha çok ön planda olduğu bu grupta bakıcı şiddeti ön plana çıkmaktadır.

Şiddetin yaşandığı olgularda engellilerin birçok kategorisinde bildirimde bulunmak da önemli bir problem olarak ortaya çıkmaktadır. Görme engelli birinin yaşadığı şiddette kim sorusuna cevap verebilmesinde ya da iletişim kurmada kısıtlılık yaşayan birisinin yetkililere bilgi verebilmesi problem olabilmektedir.

<sup>12</sup> Finkelhorn, D. (1989) Sexually victimised children. New York Press.

### LGBT şiddeti

LGBT; Lezbiyen, gay, biseksüel, transgender (transseksüel veya travesti) ve interseks kelimelerin baş harflerinden oluşturulmuştur.<sup>13</sup>

Öldürmeye varan şiddet görülmektedir. LGBTI bireylere yönelik fiziksel şiddet en yaygın türü ise LGBTI cinayetleridir. Her yıl birçok LGBTI birey fiziksel şiddet sonucu ölmektedir. Ayrıca da saldırıya uğramak, dayak yemek ve diğer konularda fiziksel şiddete maruz kalma da görülen olgulardandır.<sup>14</sup>

Cinsel şiddetin de sıklıkla yaşandığı izlenmektedir. Hoş olmayan cinsel şakalar yapma, teşhircilik, dokunma, okşama, isteği dışında öpme, cinsel ilişkiye zorlama, tecavüz, fuhuşa zorlama vb. şeklinde görülür. LGBTI bireylerin cinsel yönelimleri ve cinsel kimlikleri nedeniyle cinsel hayat özgürlükleri ihlal edilmektedir.<sup>15</sup>

Korkutmak, sindirmek, değersiz hissettirmek amacıyla söz ve hareketlerin kullanılmasıdır. Küçük düşürme, hakaret etme, manipülasyon, mobbing, aile içinden ve toplumdaki dışlama, ötekileştirme, hasta olduğunu söyleme, tedaviye zorlama, ev vermeme, iş vermeme, intihara teşvik etme vb. şeklinde görülmektedir.

LGBTI bireylere yönelik olarak en sık görülen ekonomik şiddet ise iş olanaklarının kısıtlanmasıdır. Sadece cinsel yönelimleri dikkate alınarak bu kişilerin iş başvurularının reddedilmesi, kabul edilmeleri halinde ise kötü koşullarda çalıştırılması veya iş yerinde ayrımcılığa maruz kalmaları, işten çıkmaya zorlanmaları, işsizlik sonucunda da fuhuşa zorlanmaları vb. şekillerde görülmektedir.

### Mülteci şiddeti

Mülteci “ırkı, dini, milliyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulüm göreceği konusunda haklı bir korku taşıyan ve bu yüzden ülkesinden ayrılan ve korkusu nedeniyle geri dönemeyen veya dönmek istemeyen kişi”dir.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Dunne, P. (2011) LGBTI Rights and the Wrong Way to Give Aid. Harvard Kennedy School Review, vol.12, pp: 67-70.

<sup>14</sup> Kidd, JD, Tarynn, AB, Witten, M. (2008) Transgender and Transsexual Identities: The Next Strange Fruit – Hate Crimes, Violence and Genocide Against the Global Trans-Communities. Journal of Hate Studies, Vol.6:31, pp:31-63.

<sup>15</sup> ILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) (2014) State-Sponsored Homophobia Report 2014.

<sup>16</sup> Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği.

Mülteci statüsündeki kişiler zaten kendi ülkelerinde, kaçış sürecinde, iltica edilen ülkede; tecavüz, zulüm, terör ve etnik temizlik gibi şiddetin birçok türüne maruz kalmış kişilerdir. Bunların çoğu devlet eliyle yapılan insan hakları ihlalleridir.

Mültecilerin fiziksel şiddet görmesi, onların kendi yaşantılarında problem çözme becerilerini olumsuz şekilde etkilemesine neden olmaktadır. Ortamın belirsizliği, olanakların kısıtlılığı ve yoğun stres şiddetin yoğun olarak yaşandığı bir ortam yaratmaktadır. Mülteci şiddetinde çocuklar en çok etkilenen grubu oluşturmaktadırlar. Kısa dönem etkileri olarak parmak emme, altını ıslatma; uzun dönem etkileri ise suça yönelen davranış, antisosyal davranış, kendi çocuklarına şiddet uygulama davranışı, alkol-madde kötüye kullanımı gibi etkiler söz konusu olmaktadır.<sup>17</sup>

Mülteci kadınlara yönelik şiddette çocuklar kadar sık rastlanan bir durumdur. Kadınlara yönelik cinsel ve fiziksel şiddet, sömürü ve ayrımcılık, seks işçiliğine zorlanma gibi durumlara maruz kalmaktadırlar. Kaçıştan önce iktidar, askerler ve/veya sivil silahlı grupların herhangi biri tarafından, kaçış sırasında sınır muhafızları ve/veya insan ticareti suçu işleyen örgütler tarafından, iltica edilen ülkede kamu görevlileri, çalıştığı yerdeki otorite ve/veya ailesi tarafından, (ek olarak sosyal hayatta herhangi bir yerde) geri dönüş sırasında yine sınır muhafızları ve/veya haydutlar tarafından cinsel şiddete maruz kalabilirler. Refakatsiz, yalnız aile reisi, eşcinsel, travmatik kadınlar daha fazla şiddete maruz kalmakta dolayısıyla daha fazla korunmaya ihtiyaç duymaktadırlar.<sup>18</sup>

### İntihar

İntihar, kişinin kendine yönelik olan en büyük şiddet davranışıdır. İntihar, kişinin kendi yaşamına son vermesi şeklinde tanımlanabilir. Bu konuda önemli çalışmalar yapmış olan Emile Durkheim'e göre; ölen kişi tarafından ölümle sonuçlanacağı bilerek yapılan olumlu ya da olumsuz bir eylemin doğrudan ya da dolaylı sonucu olan her ölüm olayına intihar denir.

İntiharlar sonucu olmuş ise bu gruba giren olgular **tamamlanmış intiharlar**, ölümle sonuçlanmadan, durdurulan olgular ise **intihara kalkışma veya intihar girişi**mi olarak isimlendirilmektedir.<sup>19</sup>

İntihar şiddetin en üst boyutunu oluşturmaktadır. Çünkü insan en çok kendini sever ve kendisine zarar veremez, vermesi için kendisinden nefret etmesi gerekmektedir. İntihar için birçok yöntem bulunmaktadır. İntiharlar saklı kalabilmektedir.

<sup>17</sup> UNHCR, Küresel Eğilimler Raporu, 2014. <http://www.unhcr.org/tr/?content=482>

<sup>18</sup> İKGV (2015) İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı. Seks işçiliğinin karanlık yüzü, çocukların fuhuş sektöründe sömürülmesi. Bkz: [http://www.ikgv.org/sws\\_dosyalar/seks\\_isciliginin\\_karanlik\\_yuzu.pdf](http://www.ikgv.org/sws_dosyalar/seks_isciliginin_karanlik_yuzu.pdf)

<sup>19</sup> Polat O. (2001), **Çocuk ve Şiddet**, Der yayınları, İstanbul, 2001, pp:38-76.

## TIPLERİNE GÖRE ŞİDDET SINIFLAMASI

### Fiziksel Şiddet

Fiziksel şiddet en çok saptanan ve gözlenen şiddettir. Fiziksel güç kullanarak karşısındakini hırpalamak, dövmek eylemleriyle başlayan fiziksel şiddet ölümlerle sonuçlanan olaylara da neden olabilir.

Fiziksel şiddet dayaktan çok daha fazlasını içeren bir davranıştır ve çok daha dramatik sonuçlara yol açabilir. Bir tokatla başlar ve çeşitli aletlerin kullanıldığı olaylara kadar uzanır. Fiziksel şiddet tanımını istismar mağdurun sağlığını olumsuz etkileyen ve vücutta iz bırakan lezyonların ve yaralanmaların bulunması şeklinde yapılıbilir.<sup>20</sup>

Fiziksel şiddet uygulama şekline göre ise iki başlık altında incelenmektedir:

*Aletsiz Saldırıları:* Bunlar şiddetin bir alet kullanılmaksızın uygulandığı durumlardır. Tokat, yumruk, itip-kakma, tekme, sarsma ve çimdikleme gibi olaylar bu kapsamdadır.

*Aletli Saldırıları:* Bu tür saldırılar ise şiddetin bir alet kullanılarak uygulandığı ve vücutta çeşitli lezyonların oluşturulduğu durumlardır. Kullanılan araçlar genellikle kemer, kayış, herhangi bir ev eşyası (telefon, tava, vb.), hortum, sigara, ütü, sıcak su ve sıcak yiyeceklerdir.

Fiziksel şiddetin vücut üzerindeki temel bulguları sıyrıklar, ekimozlar, yanıklar ve kırıklardır. Buna bağlı yaralanmalar en fazla yüzde, kollarda, göğüste, sırtta, baldırlarda, genital bölgelerde görülmektedir.

Kazaya bağlı yaralanmalar ile şiddete bağlı olan yaralanmaları aile içi şiddet olgularında ayırmak önemlidir. Burada yapılacak hataların bedelini hem mağdur hem de aile ödeyebilir. Şiddete bağlı oluşan yaralanmalar tespit edilemezse mağdur istismar edileceği ortamda bırakılmış olur. Ters durumda da yaralanma kazaya bağlı ise o zamanda aile içindeki kişiler yanlış olarak suçlanacak ve travmatize edilmiş olacaktırlar.

Burada en büyük problemlerden birisini şiddeti yaşayan kişinin bunu saklamasıdır. Kadınlar kapı, pencere çarptı, çocuklar sedirden, merdivenden düştü nedenlerinin arkasına saklanmaya çalışırlar ya da buna zorlanırlar. Yaşlılarda utanç ya da çocuklarının düzeni bozulması korkusuna bağlı olarak yaşadıklarını saklamaya çalışırlar.

<sup>20</sup> Neugebauer, R. (2000) Research on Intergenerational Transmission of Violence: The Next Generation. Lancet 2000; 335:1116-1117.

Klinikte fiziksel şiddet olguları en sık olarak deri, iskelet ve merkezi sinir sistemi bulguları ile ortaya çıkmaktadır. Genellikle gözlenen travma şekli mekaniktir. En sık görülen iki lezyon ekimoz ve sıyrıklardır.

Ekimozlar kişiye uygulanan travmayı en iyi gösteren bulgu olması ve yeri, şekli ve rengi ile olay hakkında bilgi edinebilmemizi sağlaması açısından çok önemlidir. Ekimozun şekline bakılarak kullanılan aletin cinsi söylenebilir.

### Cinsel Şiddet

Cinsel şiddet, zorlayıcı ve yıkıcı cinsel davranışlar yoluyla işlenen, bir şiddet suçudur. Saldırganın amacı sadece mağdurun cinselliğinden yararlanmak değil mağduru kontrol etmek, utandırmak, zorlamak, zarar vermek ve boyun eğdirmektir.

“Şiddet ve Sağlık Konusundaki Dünya Raporu”nda “cinsel şiddet”, cinsel bir eylem gerçekleştirilmeye, istenmeyen cinsel sözler söylemeye, cinsel yaklaşım ve tekliflerde bulunmaya ya da bir kişiyi ticari amaçla cinsel olarak kullanmaya yönelik eylemlerin tümünü kapsamakta olup, kurbanla fail arasındaki ilişki her ne olursa olsun, kurbanın evinde ya da işyerinde sınırlı kalmaksızın her türlü koşulda bir kişinin cinselliğine karşı dolaylı ya da direkt olarak ve zorlamayla yapılan cinsel bir eylemi içermektedir.<sup>21</sup>

Cinsel saldırı, her yaş grubunda ve cinsiyet ayrımı olmaksızın meydana gelen bir suçtur. Mağdurlar kadınlar, çocuklar, yaşlılar, fiziksel ve zihinsel yetersizliği olan kişiler, erkekler olmak üzere herkeştir. Ama en çok kadınlar ve çocukların cinsel saldırıya maruz kaldıkları görülmektedir.

Zaman içerisinde cinsel saldırıların tanımında farklılıklar oluşmuştur. Önceden kadınlara ve çocuklara yönelik yapılan eylemler bu kapsamdayken bugün erkekler dahil olmak üzere herkesin mağdur olabileceği kabul edilmektedir.

İkinci değişiklik de eskiden penetrasyon sadece penisin vajinaya penetrasyonunu ifade ederken bugün vücudun tüm deliklerine sokulan penis başta olmak üzere vücut organı veya herhangi bir cisim penetrasyon tanımı kapsamındadır.

Üçüncü grupta ise sadece zor kullanmayı değil baskı ve tehdit edilmenin de mağdurun karşısındaki kişinin cinsel saldırısına direnememesine neden olduğu da kabul edilmektedir. Yaş küçüklüğü ile mental ve ruh sağlığı bozuklukları ve kısıtlılığı saptanmış kişilerin onayının geçersizliği de bu tip olayları kandırma ile cinsel saldırı kapsamına almaktadır.

Bu 3 grup davranış cinsel saldırıyı oluşturan temel yapıtaşlarıdır. Genel olarak dünya genelinde kabul edilen bu 3 kategori cinsel saldırının karakteristik özelliklerini

<sup>21</sup> WHO. (2002) World Report on Violence, Geneva

ortaya koymaktadır. Her ülkenin ceza kanunları farklılık göstermekle birlikte temelde bu 3 prensip tüm dünya tarafından cinsel saldırının temel bileşenleri olarak kabul edilmektedir.

Cinsel saldırı tiplerini sınıflarken farklı kategorilerin olduğu görülmektedir. Cinsel saldırı tipleri eylemlere, saldırgan tipolojisine ve cinsel saldırıya maruz kalan gruplara göre olmak üzere temelde 3 ana grupta değerlendirilmektedir.

1. Eylemlere göre
2. Saldırganlara göre
3. Mağdurlara göre

#### **1- Eylemler:**

- Cinsel taciz
- Takip suçu
- Penetrasyonun olmadığı cinsel saldırılar
- Penetrasyonun olduğu eylemler

#### **2- Saldırgan:**

- Yabancı saldırgan
- Tanıdık saldırgan
- Flört saldırgan
- Evlilikte saldırgan

#### **3- Mağdur:**

- Kadın
- Çocuk
- Yaşlılar
- Engelliler
- LGBT

#### **1- Eylemler**

##### **Cinsel Taciz**

Tacizin sözlük anlamı “tedirgin etme, rahatsız etme” dir. Cinsel taciz ise bu rahatsızlığın kişinin cinsel özgürlüğünü kısıtlayacak boyutta olmasıdır. Bir diğer tanımla cinsel taciz; kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğini taşımayan, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesidir.

Cinsel taciz davranışları ispatı en zor olan eylemlerdir. Cinsiyet, kişilik özellikleri, etnik köken, din ve cinsel tercih özelliklere yönelik, kişi ya da kişileri küçük düşürücü, güç kullanımı içeren veya içermeyen her türlü görsel, sözel veya fiziksel davranışlar taciz davranışı kapsamına girmektedir. Tacizi belirleyen temel faktör mağdurun üstünde bıraktığı etkidir.

Cinsel taciz davranışları: söz atma; el, kol hareketi yapmakla başlayan; rahatsız edici tüm davranışları kapsayan geniş bir yelpaze içinde yer alan davranışlardır. Cinsel taciz, genellikle cinselliğe, cinsiyete veya cinsel tercihe dayalıdır.

### **Cinsel Taciz Tipleri;**

a- Görsel taciz b- Sözel taciz c- Dokunsal taciz

Cinsel tacizde çoğu zaman fiziksel belirti gözükmez. Cinsel tacizde ruhsal travma bulguları tanı koydurucudur. Cinsel tacize uğrayan bir hastada eylemin niteliği, etkileri tacizde ne denli ileriye gidildiği tespit edilmelidir.

Ruhsal travmanın tespiti çok önemlidir. Özellikle cinsel taciz gibi vücutta fiziksel iz bırakmayan olgularda mağdurun bu olaydan etkilenmiş olup olmadığı ve bu olaydan ne kadar travma gördüğünün tespiti ancak ruhsal travmanın tespiti ile yapılabilir.

### *Stalking-takip suçu*

Takip suçu cinsel suçlar kategorisine en son giren eylem gruplarından birisidir. Fiziksel teması kapsamına alan karakteristik özelliği olmamasına karşın temeldeki eylem bir cinsellik kökenli boyutu içerdiğinden bu kategoride değerlendirilmektedir. 1990 a kadar suç olmayan bu eylem ancak bu tarihten sonra ilk kez Amerika'da suç olarak kabul edilmiş bir taciz eylemidir.<sup>22</sup> Takip bir kişiyi takip etme, peşinden ayrılmama, onunla iletişim kurmaya yönelik taciz eylemidir. Hedef kişi üzerinde kontrol sağlamak ve korku yaratmak için, takipte bulunan kişiler hedeflerini izlerler, onların aktivitelerini gözlerler, telefonla ve sosyal medya kanalıyla rahatsız ederler, dürbün, mikrofon ve kameralarla casusluk yapmaya çalışarak özel yaşama sızmaya çalışırlar.

Takip saplantıdır, süre uzadıkça eylemin dozu daha şiddetli olabilir. Duygusal boyutta büyük stres ve incinme ile bazı durumlarda da ölüme sebep verdiğinden tehlikeli olabilir.

<sup>22</sup> Casique Casique L, Furegato ARF (2006). Violence against women: Theoretical reflections. Rev Latino-am Enfermagen. 14 (6): 950-6.



### *Penetrasyonun olmadığı cinsel şiddet eylemleri*

#### Temas İçermeyen Cinsel İstismar Türleri:

-*Teşhir (Exhibitionizm)* İstismarcının mağdura göğüs, penis, vajina, anüs gibi özel bölgelerini gösterdiği ve/veya mağdurun önünde mastürbasyon yaptığı şiddet tipidir.

c) *Röntgencilik (Voyerizm)*: Saldırganın açıkça veya gizli olarak mağduru soyunukken veya saldırganı cinsel olarak tatmin eden aktivitelerde bulunurken gözlemesidir.

### **Temas içeren davranışlar**

#### Cinsel dokunma

Vücutun özel bölgelerine yapılan herhangi bir dokunmadır. Bu özel bölgeler, göğüsler, vajina, penis, kalçalar, anüs ve perineal bölgedir. Saldırgan mağduru okşayabilir, kurbanın da kendisine dokunmasını ister. Mağdur ve istismarcı karşılıklı okşama ve mastürbasyonda bulunabilirler. Okşama giysilerin üzerinden kurban giyinirken veya kurban soyunukken direkt çıplak tene cilt uygulanabilir.

Frotaj (fortçuluk = frottage) da istismarcının, özel bölgelerinin kurbanın vücuduna veya giysilerinin üzerine sürtünmesiyle cinsel doyuma ulaştığı, cinsel dokunma türü bir cinsel istismardır.

#### Oral-genital seks

Saldırganın mağdurun genital organlarını yalaması, öpmesi, emmesi veya ısırması veya çocuğun oral yoldan kendiyile birleşmesini sağlamasıdır. Davranış *cunnilingus* (ağız-vajina), *fellatio* (ağız-penis) veya *analingus* (ağız-anüs) olabilir. Yine çeşitli olaylardan elde edilen bulgulara göre en sık rastlanan türün fellatio olduğu görülmektedir.

#### Interfemoral ilişki

Çocuklarda sıklıkla rastlanan bir cinsel saldırı tipidir. İstismarcı genelde çocuğun bacaklarını kendi bacaklarının arasına alır ve bir arada tutar. Çocuk üstte veya altta olabilir. Çocuğun vulvasına penisin sürtünmesi olabilir ama penetrasyon yoktur. Küçük kurbanlarda vajinal girişin çok küçük olmasından dolayı sık rastlanır veya istismarcı kurbanı yaralayıp cezasının artmasından korkuyor olabilir.

#### *Penetrasyonun olduğu cinsel şiddet:*

İstismarcının kurbanın genital organına ya da anüse girişi ile gerçekleşir. 4 tipi vardır.

*Dijital Penetrasyon:* Parmakların vajinaya, anüse veya ikisine birden yerleştirilmesidir. Genel olarak saldırganın mağdura penetrasyonu söz konusudur, fakat mağdurun saldırganına penetrasyonunun sağlandığı örnekler de vardır. Küçük kurbanlarla sık gerçekleştirilen bir cinsel istismar türüdür. Genital veya anal ilişkinin başlangıcı da olabilir. Saldırgan vajinal veya anal girişi parmaklarıyla esnetir ve daha sonraki bir zamanda genital veya anal ilişkiye girebilir.

*Objelerle Penetrasyon:* Daha az rastlanan bir cinsel istismar türüdür. Saldırgan mağdurun vajina, anüs veya duruma göre ağzına bir enstrüman yerleştirir. En sık görüleni vajinal penetrasyondur. Objeler çok çeşitli olabilir. Elektrikli vibratörler ve dildolar, cetvel, makas, boya kalemi, havuç, salatalık rastlanan objelerdir.

*Genital İlişki:* Penisin vajinaya penetrasyonudur. Bazen mağdurun vajinasının küçüklüğü nedeniyle penetrasyon tamamıyla gerçekleşmez. Çoğunlukla erkek bir istismarcı, kız bir mağdur söz konusudur, tam tersinin örnekleri de vardır. Bu tersi durumda mağdur adolesan dönemdedir. Yapılan çalışmalarda genital ilişki yaşamış mağdur-saldırgan çiftlerinin çoğu mağdurun vajinasının içine olmak üzere hemen hemen yarısına yakınında ejakülasyon olduğu görülmektedir.

*Anal İlişki:* Saldırganın penisinin, mağdurun anüsüne penetrasyonudur. Sıklıkla erkek mağdurların olduğu istismar olgularında rastlanır ama bazen kız mağdurlarda da görülür. Mağdurun kız olduğu durumlarda saldırgan hamilelikten sakınıyor olabilir.

Cinsel sömürü:

Sömürüden sorumlu olan kişilerin çocukla direkt cinsel kontağa girmedikleri cinsel olarak mağdur seçilmeyi (viktimizasyon) içerir. Sıklıkla bu sömürüden sorumlu olan kişi cinsel tatminden çok parasal kazanç için bu tür bir faaliyette bulunur.

İki türü vardır:

1) *Çocuk Pornografisi:* Çocukları görüntülemeyi içerir, bu görüntüler, fotoğraflar, filmler veya videokasetler olabilir. İstismarcının özel kullanımına ait olabileceği gibi, pornografi pazarında ticareti de yapılabilir. Fotoğraflar, etkiyi arttırıcı küçük bir hikaye ile porno magazinlerinde yer alabilir. Cinsel doyum diğer cinsel istismar türlerinden farklı olarak cinsel bir aktivitede bulunmak yerine, çocuklarla ilgili materyale bakmak veya izlemekle sağlanır. Söz konusu pornografik materyal şimdye kadar anlatılan cinsel istismar türlerini sergileyebilir. Çocukların baştan çıkarıcı bir pozda görüntülediği veya banyo yapmak gibi aslında normal olan ama cinsel yönden heyecandırıcı bulunabilecek görüntüleri de içerebilir.

2) *Çocuk Fuhuşu:* Hem erkek hem de kız çocuklar fuhuşta kullanılabilir. Kurbanın cinsiyetinden bağımsız olarak, müşteriler hemen her zaman erkektir. Olguların

çoğunda kurbanlar küçük yaşta veya adolesan dönemdedirler. Daha küçük yaşlardaki çocuklara da rastlanır. Fuhuşta yakalananların çoğu evden kaçmış çocuklardır. Bir yetişkin onları bu işe sokar ve çocuğu pazarlar veya çocuğu fuhuşun para kazanmak için iyi bir yol olduğu konusunda ikna eder.

Başka istismar türlerini de içeren cinsel istismar:

Anlatılan cinsel şiddet türlerinin çeşitli varyasyonları ve kombinasyonları vardır. Cinsel şiddete başka bir tür aşğılama da eşlik edebilir. Defekasyon ve ürinasyona rastlanmıştır. Fiziksel yönden kötü muamele ile uyuşturucu ve alkol kullanmaya zorlama ve ayrıca daha şiddetli cinsel şiddet tipleri de vardır. (çok sayıda saldırgan, ayinsel tipte olanlar gibi)

**Ensest:** Kanunen evlenmelerine izin verilmeyen iki kişi arasındaki cinsel ilişkiye verilen isimdir. Ensest a) anne-babadan biriyle b) üvey baba dahil olmak üzere bir akraba ile c)üvey baba yerine geçen biri; annenin erkek arkadaşı, ebeveyn rolünü üstlenen biriyle söz konusu olabilir. Ensest, cinsel istismarın büyük bir alt grubunu teşkil eder. Önceden de var olan aile ilişkileri çerçevesi içinde uygunsuz cinsel davranışı tarif eder.

### C. Duygusal Şiddet

Şiddet tipleri içerisinde gündelik yaşamda en sık rastlanan tiplerden birisi de duygusal şiddettir. Duygusal şiddetin temelinde insanın yaşadığı psikolojik hasar bulunmaktadır. Kadınlarda, yaşlılarda ve özellikle çocuklarda büyük yıkımlara yol açabilirler.<sup>23</sup>

Duygusal şiddet iki özelliği ile diğer tip şiddetlerden ayrılmaktadır.

Bunlar;

1. Fiziksel ve cinsel şiddette olduğu gibi somut fiziksel bulguların bulunmaması,
2. Tek başına bulunabileceği gibi çoğu olguda diğer şiddet tipleriyle birlikte bulunduğu tespit edilmiştir. Cinsel ya da fiziksel saldırıya maruz kalan kişi aynı zamanda duygusal şiddete de maruz kalmaktadır.

Sözel şiddet duygusal şiddet olgularında çok sık gözlenen bir olaydır. Özellikle kadınlara ve yaşlılara yönelik duygusal şiddette en çok gözlenen eylem şeklidir.

*Sözel şiddet:* Sözel şiddet; söz ve hareketlerin düzenli bir şekilde korkutma, sindirme, cezalandırma ve cezalandırma aracı olarak kullanılmasıdır. Sözel şiddete iliş-

<sup>23</sup> Bennett, W. (2005) Child Maltreatment. In Kaplan&Sadock's Comprehensive Textbook of Psychiatry, 8th Ed. (Eds BJ Sadock, VA Sadock): 3415-3417. Philadelphia, Lippincott Williams&Wilkins.

kin davranışlardan en belirginini kişinin değer verdiği konulara yönelik güveni sarsmak ve kadını yaralamak amacıyla belli aralıklarla çok ağır hakaret etmek ve sözler söylemektir. Kadını küçük düşürücü adlar takmak ve sık sık olumsuz bir şekilde eleştirmek ve alay etmek de sözel şiddet kapsamına değerlendirilmektedir.

Duygusal şiddete neden olan başlıca davranışlar şunlardır:

1. *Reddetme (Rejection)*; Yetişkin bireyin veya çocuğun ihtiyaçlarını karşılamaması, onu ayrı bir birey olarak kabul etmemesi, o yokmuş gibi davranması, karşısındakinin olumlu yönlerini ortaya çıkarmak motive etmek için herhangi bir şey yapmaması, yardım taleplerini reddetmesi, karşısındakine hiçbir işe yaramıyor duygusu vermek, evdeki her hatadan onu sorumlu tutarak onu bir tür günah keçisi rolüne soyundurmak, fiziksel temastan kaçınmak ve ona dokunarak yakınlığını belli etmemek
2. *Tek başına bırakmak (Isolating)*: Partnerini veya ebeveynin çocuğu toplumsal ilişkilerden ve kendinden uzak tutması, kadın ve çocuğun bu tip ilişkilere girmesini sağlayacak fırsatlar sağlamamak veya kasıtlı olarak bu tip fırsatları engellemek, kişinin veya çocuğun yalnız olduğuna inandırılması
3. *Yıldırma (Terrorizing)*: Kişiyi veya çocuğu sözel veya fiziksel saldırılar ile korkutması, tehdit etmesi, gözdağı vererek korku dolu bir ortamda yaşamasına neden olması
4. *Suçta yöneltme (Corrupting)*: Anti sosyal davranışlara yöneltilmesi, buna özendirilmesi, toplumsal açıdan kötü örnek olunması, kötü örnekler gösterilerek o yola yöneltilmesi
5. *Duygusal tepki vermeyi reddetme (Denying emotional responsiveness)*: Bu tip eylemlerin kökeninde kişinin sağlıklı olarak hem duygusal hem de sosyal gelişimini sağlayacak tepkilerin verilmemesi bulunmaktadır.
6. *Aşağılama (Degrading)*: Kişinin veya çocuğun küçük düşmesine neden olacak, onurunu zedeleyecek davranışlarda bulunması, yetersizlik duygusu uyandıracak takma isimlerle çağırma ve bu tip davranışların sistematik olarak uygulanması
7. *Kendi çıkarına kullanma (Exploiting)*: Kişinin kendi çıkarları için karşısındakini kullanmasıdır. Bu tip olaylar özellikle sorunlu evliliklerde çocuğun evlilik güvencesi olarak kullanılması olarak görülür.
8. *Vaktinden önce yetişkin rol verme (Adultifying)*: Kişiden gerçekçi olmayan beklentilerin olması ve bu tip başarıların beklenmesi, yapamayacağı şeyleri başarması için baskılamak, yaş gelişimine uygun olmayan sorumlulukların verilmesidir.

### Ekonomik Şiddet

Ekonomik şiddet, kadının birey olarak ekonomik açıdan özgürlüğünün elinden alınmasıdır. Ekonomik kaynakların ve paranın kadın üzerinde bir yaptırım, tehdit ve kontrol aracı olarak düzenli bir şekilde kullanılmasıdır. Ekonomik şiddet davranışları; kadının çalışmasına, düzenli bir iş tutmasına engel olmak, ailenin ekonomik ihtiyaçlarını karşılamamak, kadının iş yaşantısında ilerlemesine yardımcı olabilecek fırsatları değerlendirmesine engel olmak, çok kısıtlı harçlık verip bununla yapılması mümkün olmayan şeyler istemek ve gerçekleşmediğinde olay çıkarmak, çalışmasını reddedip kadının gelirini harcamak, evi zaman zaman terk ederek giderlerle hiç ilgilenmemek gibi şekillerde ortaya çıkmaktadır.

Şiddet tipleri içerisinde iki tezat davranışı içinde barındıran bir şiddet türü olarak ekonomik şiddet çok dikkati çekmektedir. Kadın ya da çocuğun para kazanması ve onu elinden alma işlemleri ekonomik şiddetin bir alt başlığını oluştururken tam tersi çalışabilecek kadının ekonomik özgürlüğünü kısıtlamak ve ona çalışma izni vermemek de yine ekonomik şiddetin diğer önemli alt başlığını oluşturmaktadır.

### Siber Şiddet

21. yüzyılın teknoloji çağı olması nedeni ile artık teknoloji, özellikle bilişim teknolojisi, günlük hayatta da vazgeçilmez araçlar olarak bireylerin yaşamına girmiştir. Sadece internet kullanımı değil aynı zamanda genel olarak, sanal oyunlar, internette yapılan alışverişler, sanal forumlar üzerinden bilgi paylaşımları da giderek artmaktadır. Bireyler, cep telefonu, kişisel bilgisayarlar, dijital kameralar sayesinde artık çevrelerinde bilişim teknolojisini daha fazla kullanmakta ve bilgiye daha rahat ulaşmaktadırlar. MSN, SMS, e-mail, yazılı haberleşme, sohbet odaları, internette oluşturulan bloglar, fotoğraf ve video paylaşım siteleri (youtube, facebook, myspace gibi) elektronik haberleşme araçları da çok fazla kullanılmaktadır.<sup>24</sup>

Siber şiddet eylemleri iki temel bilişim teknolojisi aracıyla yapılmaktadır. Bunlardan ilki kişisel bilgisayar yoluyla saldırganın tekrarlı olarak anında mesaj, müstehcen taciz mesajı, iftira içeren mesaj göndermesi ya da internet sitesi hazırlayarak bunları yayınlamasıdır. İkincisi ise kurbanı rahatsız edici mesajların cep telefonu yoluyla iletilmesidir.<sup>25</sup> Ayrıca, son dönemde, kişiler arasında değişik video ve görsel materyallerin paylaşılması, sohbet edilmesi, sanal oyunların oynanabiliyor olması nedeni ile kişisel web siteleri, bloglar ve sosyal paylaşım siteleri daha popüler olmaktadır.

<sup>24</sup> Ramachandran, A., 2009, "Tragic Alleem puts spotlight on bullying problem", <http://www.smh.com.au/national/tragic-alleem-puts-spotlight-on-bullying-problem-20090407-9xnx.html>

<sup>25</sup> Sydney Morning Herald, 2011, "Cyber bullying alert", <http://www.smh.com.au/executive-style/management/blogs/management-line/cyber-bullying-alert-20110409-1d8d4.html>

Siber şiddet eylemi ciddi boyutlarda olabilecek, psikolojik, duygusal ve sosyal zararlar yaratmaktadır. Hukuksal açıdan da oluşan suçların değerlendirilmesi ve ceza kapsamında incelenmesi önemlidir.<sup>26</sup> Şiddet çok yönlü ve aktörlü bir eylemler dizisi olarak dikkat çekmektedir. Her geçen gün artan şiddet davranışları ve dozu bu konuda acil önlemler alınmasını da zorunlu kılmaktadır. Şiddeti yaşayan kişiye yardım etmek sağlık, hukuk ve psikolojik destek sağlamanın yanı sıra topluma yönelik olarak şiddetin önlenmesi ve yaşanmaması konusunda bilinçlendirme çalışmaları yapmak da çok önemli aşamalardır. Bu konuda yapılacak çalışmaların mutlaka tüm ilgili meslek gruplarını kapsayan multidisipliner boyutta olması ve sadece devletin değil aynı zamanda sivil toplum kuruluşlarının ve bireylerin de katkıda bulunması gerekmektedir.

---

<sup>26</sup> Kurt, L., 2005, "Açıklamalı ve İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması", Seçkin Kitabevi.

# Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış



Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT\*

## ÖZET

Çocuğa karşı cinsel istismar, şiddetin bir türüdür ve maalesef oldukça yaygın olmakla birlikte ortaya çıkmayan ve bu nedenle adliyeğe yansımayan dolayısıyla da istatistiklere geçmeyen bir büyük bir sorundur. Ulusal olduğu kadar uluslararası boyutu olan bir konudur. Çocuğun genellikle yakından gördüğü ve bu nedenle de failini tanıdığı fiile karşı yasal düzenlemeler yapılmakta ancak bununla yetinilmemektedir. Uluslararası sözleşmelerle konu gündemde tutulmakta ve önlenmesi için taraf devletlere yükümlülükler yüklenmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda da konuya ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte sorunu çözmek bakımından yeterli olduklarını ifade etmek mümkün değildir.

**Anahtar Sözcükler:** Çocuğa karşı şiddet, çocuğun cinsel istismarı, Türk Ceza Kanunu'nda çocuğa karşı cinsel suçlar, çocuğun cinsel istismarı suçu.

## ABSTRACT

Child sexual abuse is a type of violation and despite the fact that it is a common issue, it doesnt come into the picture much and therefore, it is not referred to court and reflected by the statistics. It is also an international problem as well as a national issue. Children usually see the offender and know he/she who commits the action and regulations made for this crime is not adequate yet. International conventions keep this issue on the agenda and some obligations are imposed to States to prevent it. Even tough there are provisions on this topic in Turkish Criminal Code, these are not efficacious for solving the problem.

**Keywords:** Violation against child, child sexual abuse, crime of child sexual abuse in Turkish Criminal Code, crime of child sexual abuse.

---

\* Prof. Dr. Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## I. Giriş

Uluslararası hukuk alanında çocukları koruma altına alan önemli sözleşme olan ve 140 ülkenin imzaladığı Çocuk Hakları Sözleşmesi (m.1) hükmüne göre; “*Ulusal yasalarca daha erken yaşta reşit sayılma hariç, 18 yaşın altındaki her insan çocuk sayılır*”<sup>1</sup>.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun m.6/1-b’ye göre, “*henüz 18 yaşını doldurmuş kişi*” çocuktur. Dolayısıyla Türkiye’deki hukuk düzenine göre, 18 yaşını doldurmuş kişiler, çocukların sahip olduğu haklardan yararlanırlar.

Çocuk Hakları Sözleşmesiyle, bu Sözleşmeye imza koyan ülkelerin her biri, çocukları, Sözleşme’nin gerektirdiği şekilde koruma altına almayı kabul etmiştir.

## II. Çocuğa Karşı Cinsel Şiddet

**Şiddet**, sözlük anlamı itibarıyla, *karşıt görüşte olanlara kaba kuvvet kullanma, bir hareketin, bir gücün derecesi, yeğnlik, sertlik, kaba güç* olarak tanımlanmıştır<sup>2</sup>.

**Çocuğa karşı cinsel şiddet**; kim tarafından gerçekleştirildiği önem taşımaksızın, istemi dışında, cinsel amaçlı olarak, çocuğa yöneltilen her türlü cinsel davranış (söz veya eylem) olarak ifade edilmektedir. **Çocuk cinsel istismarı**, bir yetişkinin bir çocukla cinsel ilişkiye girmesi veya onu cinsel haz amacıyla kullanmasıdır. Çocukların kullanıldığı pek çok farklı cinsel aktiviteyi kapsar. İstismar türleri içinde yaygın olanlardan biridir<sup>3</sup>.

Uluslararası hukuk metinlerinde “çocukların cinsel istismarı” terimi, çeşitli fiillerle gerçekleştirilen kötü muamele anlamına gelmektedir. Bu fiiller arasında ensest, tecavüz, fuhuş, pornografi, teşhircilik, pornografik sunumlara katılım ve benzeri fiillerdir. Tüm bu fiillerde fiziksel ve psikolojik baskı söz konusudur ve ceza hukukunda bunlar çocuğa yönelik cinsel istismar sayılır<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> T. Akıllıoğlu, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Yorum, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi, Ankara 1995, 55. Çocuk kavramı hakkında detaylı bilgi için bak. P. Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014, 5 vd.

<sup>2</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54e49671681f10.56126252](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54e49671681f10.56126252), 18.12.2015, saat.15.42.

<sup>3</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk\\_cinsel\\_istismar%C4%B1#cite\\_note-s.C3.B6z-1](http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_cinsel_istismar%C4%B1#cite_note-s.C3.B6z-1), 09.12.2015; Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, 13 vd. Çocuk istismarı çeşitleri ve istismarın tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bak.C.Can, “Çocuk İstismarı-Fiziksel İstismar”, Kriminoloji Yazıları, Yay.Haz.: T.Yalçın Sancar, Ankara 2015, 603 vd.

<sup>4</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk\\_cinsel\\_istismar%C4%B1#cite\\_note-s.C3.B6z-1](http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_cinsel_istismar%C4%B1#cite_note-s.C3.B6z-1), 09.12.2015; Can, Çocuk İstismarı-Fiziksel İstismar, 610-611.



Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 34. ve 35. maddelere göre, bu ülkeler, kendilerine vatandaşlık bağıyla bağlı çocukları her tür cinsel sömürü ve saldırıdan korumakla yükümlüdür. Bu koruma, bir çocuğu cinsel bir eylemde bulunmaya zorlamayı, çocukların fahişelik yapmasını ve pornografik malzeme olarak kullanılmasını yasaklamayı kapsar<sup>5</sup>.

Çocuklara yönelik cinsel istismar toplum tarafından tabu olarak görüldüğü için açığa çıkarılmayan en önemli şiddet türlerinden biri olma özelliğini taşır. Araştırmalara göre çocukların cinsel istismarı artış göstermekte, toplumda bu tür sapkınlığa ve yol açtığı ahlaki bozulmaya karşı bilinçlenme çalışmaları, kurumlar ve Sivil Toplum Kuruluşları tarafından önemle ele alınmaktadır<sup>6</sup>.

Cinsel istismara maruz kalan çocukların yaşa göre dağılımları incelendiğinde; %30'unun 2-5, %40'inin 6-10, %30'unun 11-17 yaş grubunda olduğunu görülmektedir. Bir başka deyişle olguların %70'ini küçük yaş grubu oluşturmaktadır. İstismara maruz kalan çocuklarda kız/erkek oranının 3 olduğu görülmektedir. Yurt içi yayınlarda ise kız/erkek oranı birbirine yakın bulunmuştur. İstismarcıların %96'sı erkek, %80'i de çocuğun tanıdığı birisi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>7</sup>.

### III. Avrupa'da durum

Çocuklara cinsel istismar bütün dünyada önemli bir sorundur<sup>8</sup>. Avrupa Konseyi'nin rakamlarına göre Avrupa'da her 5 çocuktan birinin cinsel istismar ya da sömürü riski altında olduğu bilinmektedir. Avrupa Konseyi'nin **5te1** kampanyası bu acı gerçeği ortadan kaldırmaya yöneliktir.

Konunun uzmanlarına göre *çocukların cinsel sömürüsü, çocukların anlayabilecek durumda olmadıkları, yaşlarına ve psikoseksüel gelişim aşamalarına uygun olmayan bir biçimde, erişkinler tarafından, cinsel etkinliklere şiddet ya da kandırma yoluyla zorla dâhil edilmeleri* anlamına gelmektedir<sup>9</sup>.

Cinsel sömürü ve cinsel istismar, çocuklara karşı uygulanan şiddetin en kötü biçimlerindedir. UNICEF'e göre, her yıl yaklaşık 2 milyon çocuk «seks endüstrisi»nde

<sup>5</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk\\_cinsel\\_istismar%C4%B1#cite\\_note-s.C3.B6z-1,09.12.2015](http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_cinsel_istismar%C4%B1#cite_note-s.C3.B6z-1,09.12.2015); Detaylı bilgi için bak.Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, 69 vd.

<sup>6</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk\\_cinsel\\_istismar%C4%B1#cite\\_note-s.C3.B6z-1,09.12.2015](http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_cinsel_istismar%C4%B1#cite_note-s.C3.B6z-1,09.12.2015).

<sup>7</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk\\_cinsel\\_istismar%C4%B1#cite\\_note-s.C3.B6z-1,09.12.2015](http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_cinsel_istismar%C4%B1#cite_note-s.C3.B6z-1,09.12.2015).

<sup>8</sup> Karşılaştırmalı hukukta durum ve farklı ülke düzenlemeleri için bak. Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, 90 vd.

<sup>9</sup> <http://www.5te1.cocukhaklariizleme.org/neden-bu-kampanya>, 03.12.2015.

kullanılmaktadır. İnternette cinsel istismara uğramış 10-20.000 çocuğa ait 1 milyondan fazla görüntü yer almaktadır ve bu çocuklardan çok azının kimliği tespit edilebilmiştir. Büyük bir kısmı meçhul, terkedilmiş ve büyük ihtimalle halen istismar filine maruz kalmaktadır<sup>10</sup>.

Avrupa’da çocuk istismarının boyutlarına ilişkin istatistikler bulunmamasına karşın bildirilen vakalarla gerçek vaka sayısı arasında büyük farklılıklar olduğu bilinmektedir. Elde edilen veriler, Avrupa’daki çocuk istismarının çoğunlukla aile içinde, çocuğa yakın kişiler tarafından ya da çocuğun sosyal çevresinde gerçekleştiğini ortaya koymaktadır. Çocukları şiddete, özellikle cinsel şiddete karşı korumak, Avrupa Konseyi’nin uzun zamandır öncelik verdiği konulardandır<sup>11</sup>.

*Çocukların Cinsel Sömürüye ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi (Lanzarote) Sözleşmesi*, çocuklara karşı işlenen cinsel suçların önlenmesi, faillerinin yargılanması ve çocuk mağdurların korunması yönünde atılan önemli bir adımdır<sup>12</sup>.

Çocukların korunması amacı bu Sözleşme’nin merkezinde yer alır. Sözleşme her yönüyle, çocuk haklarına saygı, çocukların esenliğinin sağlanması, görüşlerine, ihtiyaçlarına ve endişelerine cevap verilmesi ve her zaman yüksek menfaatlerine göre hareket edilmesi konularına odaklanmıştır. Sözleşme’ye göre devletlerin ceza hukuku bakımından alması gereken tedbirler: 1)Yasal olarak cinsel faaliyetlere girebilecek yaşa erişmemiş bir çocukla bu tür faaliyetlere girişmek gibi belirli davranışların ceza gerektiren suç sayılmasının sağlanması; 2)özellikle internet olmak üzere yeni teknolojiler kullanılarak çocuklara cinsel açıdan zarar verecek davranışların, örneğin çocukların kandırılmasının (cinsel amaçlı tekliflerde bulunulmasının) suç olarak kabul edilmesi; 3)etkili, orantılı ve caydırıcı bir ceza sistemini yerleştirebilmek için açık ve net ortak kriterler geliştirilmesi; 4)çocuklara karşı işledikleri cinsel suçtan dolayı hüküm giymiş suçlular hakkındaki verilerin toplanıp saklanması<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/LCBrochure\\_tur.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/LCBrochure_tur.pdf), 07.12.2015.

<sup>11</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/LCBrochure\\_tur.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/LCBrochure_tur.pdf), 07.12.2015.

<sup>12</sup> Sözleşme 25 Ekim 2007 tarihinde İspanya’nın Lanzarote Adasında gerçekleştirilen Bakanlar Kurulu toplantısıyla imzaya açılmış ve 1 Temmuz 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 7 Aralık 2011 tarihinde onaylanan Lanzarote Sözleşmesi, Türkiye açısından 1 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme metni için bak. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=201&CM=8&DF=&CL=ENG>; <http://www.5te1.cocukhaklariizleme.org/wp-content/uploads/BilgiNotu-Lanzarote-Sozlesmesi-ve-T%C3%BCrkiye1.pdf>, 27.11.2015. Ayrıca bak. Memiş Kartal, *Çocukların Cinsel İstismarı*, 83 vd.; S.Ataç, “Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu”, *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması*, Ed.: N.Centel, İstanbul 2013, 112-113.

<sup>13</sup> <http://www.sck.gov.tr/usp/Avrupa>, 27.12.2015; <http://www.5te1.cocukhaklariizleme.org/neden-bu-kampanya>, 03.12.2015.

Sözleşme, cinsel sömürü ve cinsel istismar oluşturan davranışları madde 18-23'te tanımlamaktadır. Bu sözleşme ile ilk kez bir uluslararası anlaşma, cinsel istismar suçunu tanımlamakta ve cinsel istismarı suç saymaktadır. Araştırmaların ortaya koyduğuna göre, çocukların tanıdığı kimseler ya da ilişkisi olan kimseler tarafından cinsel istismara uğraması, çocuklara karşı cinsel şiddetin psikolojik açıdan en fazla hasar yaratan ve mağdur üzerinde uzun süre kalıcı etkiler bırakan şekillerinden biridir. Sözleşme, bir yetişkinin bir çocukla cinsel açıdan ilişki kurduğu vakaların, özellikle zor kullanma ve tehdit unsuru varsa, suç oluşturduğunu kabul etmektedir<sup>14</sup>.

Sözleşme'ye göre;

- Çocuk fuhuşuyla ilgili suçlar;
- Çocuk pornografisiyle ilgili suçlar;
- Çocuklara cinsel amaçlı teklifler yapılması (kandırılması),

davranışları da suç oluşturmaktadır<sup>15</sup>.

Söz konusu fiilin suç sayılmadığı yabancı bir devletin sınırları içinde bile işlene suç, suç faili, vatandaşı olduğu ülkeye döndüğünde yargılanabilecektir. Böylece çocuk seks turizmi ile mücadele etmek amaçlanmıştır<sup>16</sup>.

#### IV. Türkiye'de Durum

Konu ile ilgili eldeki kamuya açık son adli istatistikler 2011 yılına aittir ve Türkiye'de işlenen cinsel suçların %47'sinin çocuklara karşı işlendiğini göstermektedir. Çocuğa karşı işlenen cinsel suç davalarının sayısı sadece 2011 yılında 18,334'tür. Kaç çocuğa karşı işlendiği bilgisi bilinmemekle birlikte, her bir davada sadece bir çocuğu etkilendiğini bile söylesek bu rakam sorunun Türkiye'nin yer yerinde ne kadar büyük olduğunu göstermektedir. Cinsel istismara uğrayan çocukların %90'ının faili bildikleri bilinmektedir. Cinsel istismar mağduru çocukların %30'u ileri yaşlarda bir istismar vakasının faili olmaktadır<sup>17</sup>.

Türkiye'de gerçekleşen çocuğa karşı cinsel istismar vakaları, sadece adli bir vaka olduğu zaman toplum tarafından bilinebilmekte maalesef. Çoğu kez sorun aile içinde, sessizlikle geçirilmektedir. Kız çocuklarının erken ve zorla evlendirilmeleri sorunun bir başka boyutu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında ensest, tecavüz, pornografi, teşhircilik, internette çocuk cinsel istismarı ve sömürüsü, cinsel

<sup>14</sup> <http://www.5te1.cocukhaklariizleme.org/neden-bu-kampanya>, 03.12.2015.

<sup>15</sup> <http://www.sck.gov.tr/usp/Avrupa>, 27.12.2015.

<sup>16</sup> <http://www.sck.gov.tr/usp/Avrupa>, 27.12.2015.

<sup>17</sup> <http://www.5te1.cocukhaklariizleme.org/neden-bu-kampanya>, 03.12.2015.

amaçlı çocuk ticareti uygulamalarına toplumda sıklıkla rastlanılmaktadır. Öte yandan bilinmelidirki, çocuk istismarı tüm sosyo-ekonomik seviyelerde, kültürlerde ve eğitim düzeylerinde görülmekte ve yaşanmaktadır<sup>18</sup>.

1982 Anayasası'nda çocuklarla doğrudan ilgili bir çok hüküm yer almaktadır. Bu düzenlemelerden; 5. maddede, "Devletin temel amaç ve görevleri... insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmasıdır." hükmü; 41. maddede, "Aile toplumun temelidir... Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması... için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar" hükmü yer almaktadır. Burada aileye sunulacak hizmetler için örgütlenmeye gidilmesi ve idarece bu görevlerin yerine getirilmesi vurgulanmaktadır. 42. Maddede eğitim öğretimin hakkını belirterek, "Devlet, maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır" demektedir<sup>19</sup>. 56. Maddede sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması vurgulanırken, 58. maddede ise "Devlet gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan, cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır" ifadesine yer verilmektedir. 59. Maddede sporun geliştirilmesi ilkesi yer bulurken, 62. madde yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının çocuklarının eğitimi, kültürel gereksinimlerinin karşılanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması gibi konularda devletin yerine getirmesi gereken görevleri açıklamaktadır. Ayrıca 61. maddede "... korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması" için devletçe gerekli tedbirlerin alınacağı belirtilmektedir<sup>20</sup>.

Anayasa yanında başta Millî Eğitim Temel Kanunu, Medenî Kanun, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu, Özel Eğitim Muhtaç Çocuklar Kanunu gibi pek çok Kanun doğrudan çocuklarla ilgilidir.

## V. Türk Ceza Kanunu Düzenlemeleri

Türk Ceza Kanunu, Kişilere Karşı Suçların düzenlendiği İkinci Kısımın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölümünde kişilerin bedenleri üzerinde, rızaları dışında cinsel davranışlarda bulunulmasını suç saymış ve yaptırıma tabi kılmıştır. "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Cinsel saldırı* m. 102, *Çocukların cinsel istismarı* m.103, *Reşit olmayanla cinsel ilişki* m.104 ve *Cinsel taciz* m.105 olarak düzenlenmiştir.

<sup>18</sup> <http://www.5te1.cocukhaklarizleme.org/neden-bu-kampanya>, 03.12.2015.

<sup>19</sup> [http://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli\\_Egitim\\_Dergisi/151/acilga.htm](http://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/151/acilga.htm), 07.12.2015.

<sup>20</sup> [http://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli\\_Egitim\\_Dergisi/151/acilga.htm](http://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/151/acilga.htm), 07.12.2015.

Düzenlemeler şu şekildedir:

### **Cinsel saldırı**

**Madde 102.** – (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (Asliye Ceza)

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. (Ağır Ceza)

(3) Suçun;

- a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısmımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,
- d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,
- e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. (Ağır Ceza)

### **Çocukların cinsel istismarı**

**Madde 103.** – (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Ağır Ceza) Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. (Asliye Ceza) Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,  
anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.<sup>21</sup>

3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. (Ağır Ceza)

<sup>21</sup> Bu maddenin ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.2015 gün ve 26/100 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. İptal hükmü, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girecektir (RG 11.12.2015, No.29559).

### Reşit olmayanla cinsel ilişki

**Madde 104.** – (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Asliye Ceza)

(2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (Ağır Ceza)

(3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

### Cinsel taciz

**Madde 105.** – (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına, fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (Asliye Ceza)

(2) Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle,

işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

## VI. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemelere İlişkin Genel Değerlendirme

Türk Ceza Kanunu'nda yetişkinlere yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel amaçlı eylemler, 'Cinsel Saldırı' olarak isimlendirilirken, çocuk olarak adlandırdığımız 18 yaşından küçüklere yönelik saldırılar "Cinsel İstismar" olarak ifade edilmektedir. Türk Ceza Kanunu *cinsel istismar* deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların anlaşılacağını belirtmektedir.

Suçun sarkıntılık düzeyinde kalması da cezalandırmayı gerektirmektedir<sup>22</sup>. Ancak bu durumda verilecek ceza daha azdır. Öte yandan sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismarın faili de çocuk ise bu durumda suçun takibi şikayete tabi kılınmış ve şikayet hakkını kullanacaklar da madde metnin de mağdurun velisi veya vasisi olarak gösterilmiştir (TCK m.103/1).

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı yürürlüğe girinceye kadar, filin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumu cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu suçla cinsel özgürlük yanında özellikle mağdurun erken cinsel deneyimden uzak tutulması ve böylece çocuğun cinsel gelişiminin sağlıklı bir süreçten geçmesi amaçlanmıştır<sup>23</sup>.

Suçun faili kadın veya erkek olabilir. Hem fail ve hem de mağdur aynı cinsiyette de olabilirler<sup>24</sup>.

Suçun mağduru da erkek veya kadın olabilir, ancak mağdurun çocuk olması gereklidir. Kişi evlenme veya mahkeme kararıyla ergin kılınmış olsa da 18 yaşından küçük ise suçun mağduru olabilecektir<sup>25</sup>.

Medeni Kanun hükümleri gereğince 18 yaşından önce evlenmiş eşler bakımından da bu suçun işlenebileceğini ifade etmemiz gereklidir. Ceza Kanunu m.6'da yer alan çocuk tanımı bizi bu sonuca götürmektedir. Öte yandan bu durumdaki çelişki m.102 bakımından eşler arasında sadece nitelikli cinsel saldırı üstelik şikayete tabi olarak kovuşturulabilirken, m.103 bakımından her türlü cinsel istismarın re'sen kovuşturulan bir fiil olmasıdır<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Bak. 18.06.2014 Gün ve 6545 sayılı Kanun m.59'la yapılan değişiklik (RG 28.06.2014, No. 29044).

<sup>23</sup> D.Tezcan/M.R.Erdem/R.M.Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2015, 385.

<sup>24</sup> V.Ö.Özbek/M.N.Kanbur/K.Doğan/P.Bacaksız/İ.Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015, 345; M.E.Artuk/A.Gökçen/A.C.Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015, 309.

<sup>25</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 387; M.Koca/İ.Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015, 311. Farklı görüşler için bak. Ataç, Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu, 116; D.Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, 182.

<sup>26</sup> Aynı yönde bak. Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, 148; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 389-390.



Cinsel istismar suçunun oluşması için çocuğa yönelik olarak «cinsel bir davranış» gerçekleştirilmesi gereklidir. Ancak TCK m.105’de yer alan cinsel tacizin çocuklara karşı da işlenebileceğine ilişkin düzenleme<sup>27</sup> nedeniyle TCK m.103 kapsamına giren cinsel davranışların vücuda teması zorunlu kıldığını ifade etmek gerekmektedir. Nitekim bu durum uzun yıllardır Yargıtay uygulamasında gördüğümüz bir değerlendirmenin kanun hüküm haline gelmesidir<sup>28</sup>.

Cinsel istismar suçu re’sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olmakla birlikte, sarkıntılık düzeyinde kalması ve suçun failinin çocuk olması durumunda soruşturma ve kovuşturma mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlı kılınmıştır (TCK m.103/1).

Ayrıca TCK m.103/3’de yer alan durumların söz konusu olması halinde faile verilecek ceza artırılabacaktır. Bu kapsamda suçun; a)birden fazla kişi tarafından birlikte, b)insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, c)üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından, d)vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, e)kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, cezası ağırlaşacaktır.

Failin cinsel istismar suçunu işlemek için başvurduğu cebir ve şiddet, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olur ise ayrıca hakkında kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler de uygulanacaktır (TCK m.103/5).

Cinsel istismar suçu sonucu mağdur bitkisel hayata girer veya ölür ise fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır (TCK m.103/6).

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olarak isimlendirdiğimiz suç ise TCK m.104’de düzenlenmiştir. 15-18 Yaş arasındaki çocuklarla zor kullanmadan, yani cebir, tehdit ve hile olmaksızın, rıza ile cinsel ilişkide bulunulması durumunda, bireylerin bulunduğu yaş gereği cinsel farkındalık içinde olmaları nedeni ile, bu fiiller de yaptırma bağlanmış, ancak soruşturma ve kovuşturma şikayete tabi kılınmıştır.

Cinsel istismar suçu bakımından rıza, 15 yaşından büyük çocuklar bakımından önem arz etmektedir. Bu çocuklar bakımından rıza ile fiilin gerçekleştirilmesi halinde TCK m.104’de düzenlenmiş bulunan *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki* suçu devreye girmektedir.

<sup>27</sup> 18.06.2014 Tarih ve 6545 sayılı Kanun m.61 (RG 28.06.2014, No.29044).

<sup>28</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 390.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından fail kadın veya erkek olabilir<sup>29</sup>.

Suçun mağduru ise 15 yaşını bitirmiş 18 yaşından küçük algılama yeteneği gelişmiş çocuklar olmalıdır. Mağdurun kadın veya erkek olması mümkündür. Cinsel ilişkinin gerçekleştirildiği tarihe göre çocuğun algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı değerlendirilir<sup>30</sup>.

Fail ve mağdurun her ikisi de 18 yaşından küçük ise kimin fail ve kimin mağdur olacağı tartışmalıdır<sup>31</sup>. Kanunun şu anki düzenlemesini ele aldığımızda failin yaşı bakımından ayırdedici bir unsur getirmediyi görmekteyiz. Bu durumda fail ve mağdurun her ikisinin de çocuk olması halinde fiilin suç teşkil etmeyeceğini ifade etmek kanaatimizce uygun değildir. Bu noktada baskın ve ısrarcı hareketleri yapanın fail olarak kabulü uygun görünmektedir<sup>32</sup>. Ancak doğru çözümün kanuna açık düzenleme getirmek ve tartışmaların sonlanmasını sağlamak olduğunu belirtmek gerekir.

Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde kanuni olarak evlenmesi kabul edilen kişiler arasında gerçekleşen cinsel ilişkinin suç kapsamına girip girmeyeceği hususu da doktrinde tartışmalıdır. Evlenme kişiyi reşit kılar, ancak maddenin düzenlemesine baktığımızda –her ne kadar madde başlığında yazılmış olsa da, ki madde başlığı metne dahil kabul edilemez, reşitlik değil “çocuk” olma kavramına içerikte yer verildiği görülmektedir. Bu durum nedeniyle kanaatimizce evli çocuklar bakımından da fiil suç teşkil etmeye devam edecektir<sup>33</sup>. Ancak bu durumda rızanın varlığı ve şikayet hakkının kullanılmaması fiilin takibini mümkün olmaktan çıkartacaktır.

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket “*cinsel ilişkide bulunmak*” olarak gösterilmiştir. Vajinal ve anal yoldan yapılan cinsel ilişki arasında fark yoktur. Ancak Yargıtay oral seksi cinsel ilişki olarak kabul etmemektedir. Yargıtay uygulaması bakımından ve yasal olarak *cinsel ilişki* kavramı m.104 açısından klasik anlayışla ele alınmaktadır. Dolayısıyla suçun oluşumu için aranan cinsel organın diğer cinsel organa duhulünün gerçekleşmiş bulunmasıdır. Bu nedenle cinsel organa farklı bir cisim sokulması, vücudun diğer boşluklarına cinsel organın sokulması veya sair cisim sokulması ile m.104’ün gerçekleşmesi mümkün değildir<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 402.

<sup>30</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 405.

<sup>31</sup> Konuya ilişkin görüşler için bak. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 403. Cinsel ilişkiye ikna edici davranışta bulunanın fail sayılması görüşü için bak.Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 322. Bu durumda fiilin suç teşkil etmeyeceği görüşü için bak.Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, 329.

<sup>32</sup> Benzer yönde bak. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 322.

<sup>33</sup> Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, 329-330.

<sup>34</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 407; Ataç, Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu, 132-133.

Kanaatimizce TCK m.103 bakımından cinsel davranış aranırken m.104 bakımından cinsel ilişki aranmasını anlamak mümkün değildir. Günümüzde yaşanan cinsel davranış modellerindeki çeşitlilik karşısında bu şekilde bir sınırlamaya giderek katı biçimde konuya yaklaşmak, düzenlenen suçla korunmak istenen hukuki menfaatin tam anlamıyla korunmasını sağlayamayacaktır.

TCK m.104 bakımından soruşturma ve kovuşturma şikayete tabidir. Şikayet hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir haktır ve bu nedenle mağdur tarafından kullanılmalıdır. Ancak öğretilerde çocuklar bakımından ebeveynlerin de bu hakkı kullanabilmek adına söz sahibi oldukları ifade edilmektedir<sup>35</sup>. Bu durum suistimallere kapı aralanmasına neden olacaktır.

TCK m.104'de yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenirse faile verilecek ceza on yıldan on beş yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir. Bu halde soruşturma ve kovuşturma için şikayet koşulunun aranmayacağı da madde metninde açıkça düzenlenmiştir (TCK m.104/2).

Ayrıca suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde de şikâyet aranmayacağı ve verilecek cezanın on yıldan on beş yıla kadar hapis olacağı hükme bağlanmıştır (TCK m.104/3).

Bir kimsenin, vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla rahatsız edilmesi cinsel taciz olarak isimlendirilmekte ve TCK m.105'de yaptırma tabi bir fiil olarak yerini almaktadır. Türk Ceza Kanunu'na göre, bir kimseyi, cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında soruşturma ve kovuşturma mağdurun şikayeti üzerine gerçekleştirilmektedir.

Cinsel taciz fiilinin çocuğa karşı işlenmesi mümkündür. Bu halde faile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilecektir.

TCK m.105'e göre suçun cezası belli hallerde ağırlaşmaktadır: a)Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, b)vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, c)aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, d)posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, e)teşhir yoluyla, fiilin işlenmesi söz konusu olduğunda faile verilecek ceza ağırlaşacaktır.

<sup>35</sup> Y.Ünver, "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi", II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku", 16/17-05-2013, İstanbul/Türkiye, Ed.Y.Ünver, Ankara 2014, 50.

Öte yandan cinsel taciz suçu nedeniyel mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamayacaktır (TCK m.105/2, son cümle).

Ağırlaştırıcı nedenler bakımından belirtilen kişisel ilişkilerin varlığı, oluşan güven ortamı içinde mağdurun gerçekleştirilen fiile karşı savunma mekanizmalarını elinden alacak ve fiilin tekrarını kolaylaştıracaktır. Bu nedenle belli hallerde cezanın ağırlaşması yerinde olarak öngörülmüştür.

TCK m.105'de düzenlenmiş bulunan cinsel taciz suçu ile yasaklanan fiil, bir kişinin cinsel amaçlı olarak taciz edilmesidir<sup>36</sup>.

Cinsel taciz kavramı içinde değerlendirilecek hareketler, mağdur hedef alınarak yapılmış olması koşuluyla, sözlü, el kol hareketleriyle, yazıyla gerçekleştirilebilecektir. Telefon, mektup, üçüncü bir kişi aracılığıyla fiilin işlenmesi mümkündür. *Önemli olan davranışların cinsel saldırı boyutuna ulaşmaması olmasıdır*<sup>37</sup>.

Cinsel taciz sayılacak hareketlerin neler olduğu konusunda yasada açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce **cinsel taciz, bedensel bütünlüğü bozacak nitelikte teması içermeyen, cinsel amaçlı ve cinsel özgürlüğü ihlal edici nitelikte her türlü davranıştır.**

Cinsel taciz kapsamına giren ve bu biçimde algılanan davranışların neler olduğunun tespiti konusunda son otuz yıldır çeşitli açılardan denekler üzerinde araştırmalar yapılmıştır. 1983 Yılında yapılan bir çalışmada, *dikkatlice bakış, kur yapmak, müstehcen el kol hareketleri, seks önerilerinin* denekler tarafından cinsel taciz olarak algılandığı vurgulanmıştır<sup>38</sup>.

Belirttiğimiz üzere cinsel taciz sözlü, sözlü olmayan veya görsel davranışlar şeklinde gerçekleşebilir. Bu halleri örnekeleyecek olursak; biriyle cinsel içerikli konuşmalar sözlü davranışa, dikkatlice veya şehvetle birisinin vücuduna bakmak sözlü olmayan davranışa, bilgisayardaki müstehcen ekran koruyucusu programı görsel davranışa örnek olarak verilebilir. Cinsel taciz en hafif şekliyle hoş karşılanmayan cinsel içerikli bir şaka olabilir<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 415.

<sup>37</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 414-415.

<sup>38</sup> M.Yeşiltaş, "İnsan Kaynakları Yönetimi Açısından Bir Sorun Olarak İşyerinde Cinsel Taciz", [http://journals.manas.kg/mjst/oldarchives/Vol07\\_Issue\\_13\\_2005/424.pdf](http://journals.manas.kg/mjst/oldarchives/Vol07_Issue_13_2005/424.pdf), 03.12.2016; Ö. Yenerer Çakmut, "Cinsel Taciz Suçu Ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Bilirkişilik Kurumu", CHD, 4, 11 (Aralık 2009), 131.

<sup>39</sup> Yeşiltaş, İnsan Kaynakları Yönetimi Açısından Bir Sorun Olarak İşyerinde Cinsel Taciz, [http://journals.manas.kg/mjst/oldarchives/Vol07\\_Issue13\\_2005/424.pdf](http://journals.manas.kg/mjst/oldarchives/Vol07_Issue13_2005/424.pdf), 03.12.2016; Y. F. Saygılar Kırt, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Ed.: N. Centel, İstanbul 2013, 147-149.

Başta rıza olmak üzere hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde fiil suç olmaktan çıkacaktır.

Cinsel taciz suçu kasten işlenebilen suçtur. Failde ayrıca cinsel arzuları tatmin saikinin varlığı aranır. Fail bu saiki taşııyorsa işlediği fiil koşulları varsa Türk Ceza Yasası'nda düzenlenmiş bulunan başka bir suçu (hakaret, tehdit vb.) oluşturabilecektir<sup>40</sup>.

## VII. Sonuç

Şiddet maalesef toplumumuzun en önemli sorunlarından biri haline gelmiş durumdadır. İnsanın salt insan olması nedeniyle kendisine gösterilmesini beklediği ve doğal olarak isteyeceği saygı, şiddet uygulanması durumunda yok olur. Böyle bir davranışa maruz kalan birey önce kendine saygısını, sonrasında çevresine güvenini yitirir. Şiddet gören birey, kendisine uygulananları kabullenmeye başladığında özgüvenini kaybeder. Bu durum onun pasif konuma geçmesine, dünyadan kendisini soyutlamasına neden olur.

Yetişkinlerde ortaya çıkan bu olumsuz etkiler şiddet çocuğa uygulandığında kat be kat artarak karşımıza çıkar. Çocuk savunmasız ve korunmasız olarak güçlüünün karşısında aciz bir biçimde kendisine yapılacaklara boyun eymeğe başladığında ardu arkası kesilmeyen ve giderek bir öncekinden daha da ağır bir şiddet döngüsü içinde bulur kendisini. Özgüveni yerle bir edilmiş ayakları yere sağlam basan bir bireyden çok kendisini hiçbir işe yaramaz, etrafındakilerden uzak duran, içine kapanık, yaşamdan kopmuş, bir an önce bu hayattan göçüp gitmesi gereken bir varlık olarak görür. Bu toplum için kabul edilemez bir durumdur.

Çocuğa yönelik şiddet birçok biçimde karşımıza çıkar. Cinsel şiddet bunlardan biridir. İstatistiklerden anlaşıldığı kadarıyla yaygın olarak yaşanan, ancak gün yüzüne çıkmayan bir gerçeklik. Genellikle çocuğun yakınındaki kişilerden gelen, mağdurun faili bildiği, ancak bunu en yakınına bile söyleyemediği bir durum.

Konunun ciddiyeti ve sorunun büyüklüğü gerek ulusal ve gerekse uluslararası alanda problemin etkin biçimde çözümü için çalışmaların yapılmasını gerekli kılmaktadır. Ulusal mevzuatta düzenlemeler yapılmakta, uluslararası alanda da sözleşmelerle Devletlere iç hukuklarında gerekenleri yapmak bakımından yükümlülükler yüklenmektedir. Ayrıca yapılan ulusal veya uluslararası kuruluşların çalışmaları ile konu hakkında farklı kesimlerin bilgilenmesi ve aydınlanması sağlanmakta, böylece sorunun ortadan kaldırılması veya bu yapılamasa da en aza indirilmesi hedeflenmektedir.

<sup>40</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 415-416.

Geleceğimizi emanet edeceğimiz çocukların sağlıklı, özgüveni olan, kişilikli bireyler olarak yetişmesi son derece önemlidir. Bunun sağlanabilmesi için yetiştikleri ortamın sağlıklı olması gerekir. Bunu sağlamak görevi Devletin olduğu kadar, çocuğun ailesinin, yakınlarının ve etrafında bulunan tüm kişilerindir. Çocuğu eğitmek de koruma için önemli bir unsurdur. Tüm yapılanlara karşın zarar veren kişiler ise etkin biçimde cezalandırılmalıdır. Türk Ceza Yasası'ndaki düzenlemeler bu amaçlara hizmet etmek için yürürlükte, ancak düzeltilmesi gereken hususlar olduğu da muhakkaktır.

Sorunun çözümü sadece yasalarda değişiklikler yaparak gerçekleşmeyecektir. Bilinçlendirmek için öncelikle eğitim ve aydınlatma gereklidir.

## KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Yorum, AÜ.SBF.İnsan Hakları Merkezi, Ankara 1995.
- Artuk, M.Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015.
- Ataç, Selcen, “Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Ed.: N.Centel, İstanbul 2013,
- CAN, Cansu, “Çocuk İstismarı-Fiziksel İstismar”, Kriminoloji Yazıları, Yay.Haz.: T.Yalçın Sancar, Ankara 2015.
- <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=201&CM=8&DF=&CL=ENG;> 27.12.2015.
- [http://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli\\_Egitim\\_Dergisi/151/acilga.htm](http://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/151/acilga.htm), 07.12.2015.
- [http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk\\_cinsel\\_istismar%C4%B1#cite\\_note-s.C3.B6z-1](http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_cinsel_istismar%C4%B1#cite_note-s.C3.B6z-1), 09.12.2015.
- <http://www.5te1.cocuhaklariizleme.org/neden-bu-kampanya>, 03.12.2015.
- <http://www.5te1.cocuhaklariizleme.org/wp-content/uploads/BilgiNotu-Lanzarote-Sozlesmesi-ve-T%C3%BCrkiye1.pdf>, 27.11.2015.
- [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/LCBrochure\\_tur.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/LCBrochure_tur.pdf), 07.12.2015.
- <http://www.sck.gov.tr/usp/Avrupa>, 27.12.2015.
- [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54e49671681f10.56126252](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54e49671681f10.56126252), 18.12.2015.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015.
- Memiş Kartal, Pınar, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014.
- Özbek, V.Özer/Kanbur, M.Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015.
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, M.Ruhan/Önok, R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2015.
- Ünver, Yener, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi”, II.Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, 16/17-05-2013, İstanbul/Türkiye, Ed.Y.Ünver, Ankara 2014.
- Yenerer Çakmut, Özlem, “Cinsel Taciz Suçu Ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Bilirkişilik Kurumu”, CHD, 4, 11 (Aralık 2009).
- Yeşiltaş, Mehmet, “İnsan Kaynakları Yönetimi Açısından Bir Sorun Olarak İşyerinde Cinsel Taciz”, [http://journals.manas.kg/mjsr/oldarchives/Vol07\\_Issue13\\_2005/424.pdf](http://journals.manas.kg/mjsr/oldarchives/Vol07_Issue13_2005/424.pdf), 03.12.2016.





# Anayasa Hukuku ve Şiddet

## (Constitutional Law and Violence)



Yrd. Doç. Dr. Oya BOYAR\*

### ÖZET

Şiddetten korunma ihtiyacı öncelikle devletin temellendirilmesinde kullanılmıştır. Şiddet, anayasaların yapılmasıyla da doğrudan ilgilidir. Ayrıca anayasalar çoğu durumda olağanüstü dönemlerin hukukunu düzenler. “Meşru şiddet kullanma tekeline sahip olan” tek insan örgütlenmesi olarak devlet, bir de egemenlik boyutuyla karşımıza çıkar. Anayasa aynı zamanda devletin hukuksuz şiddetini kontrol altına almaya yönelik bir metindir.

Anayasa hukuku belli haller dışında açıkça bireyler arası şiddeti düzenlemez. Ancak bu dalın şiddetin hukukunu düzenleyişi daha çok devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülükleri ile somutlaştırılabilir. Başka bir deyişle, Anayasada yer alan “sosyal devlet”, “devletin temel amaç ve görevleri” ve bazı temel hak düzenlemeleri devlete bireyler arasındaki ilişkilerde bir takım koruma yükümlülükleri yüklemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa, şiddet, egemenlik, anayasacılık, olağanüstü yönetimler, temel haklar, pozitif yükümlülükler, bireysel özerklik

### ABSTRACT

The need to protection from violence is used primarily in the state construction. Traditionally the violence appears as one of the distinctive features of constitutional moments. The Constitutions also contain the emergency clauses. Furthermore, the state as being the sole power which has the monopoly of violence possesses the sovereignty. The essential objective of the constitutionalism is the control of the governmental actions. Hence the constitution tends to control the illegal state violence as well. Principally, constitutional law does not regulate explicitly the violence between individuals except below-mentioned dispositions. However, the state having positive obligations with regard to eliminate the violence in the social and economic sphere is not except from constitutional responsibilities in this respect. In other words, the dispositions relating to “social state”, “principal duties of state” and certain fundamental rights are the implicit constitutional basis for the protection from violence.

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

**Keywords:** *Constitution, violence, sovereignty, constitutionalism, emergency, fundamental rights, positive obligations, personal autonomy*

## Giriş

Hukukta şiddet kavramı, kullanıldığı hukuki disipline göre anlam kazanır. Örneğin bir kamu hukukçusu açısından, şiddet ve şiddetten korunma ihtiyacı, genel olarak devletin temellendirilmesinde kullanılan kavramlardır. Bir Anayasa hukukçusu şiddet ifadesini anayasaların yapılış süreciyle ilişkilendirebilir. Asli kurucu iktidarı hukuk boşluğuyla ilişkilendiren görüşler açısından şiddet, anayasaların yapılmasıyla doğrudan ilgilidir. Savaşlar, bunların ardından gelen barışlar, yeni devletlerin kurulması, mevcut devletlerin dağılması, yahut da askeri darbeler yeni anayasacılık süreçlerinin ortaya çıkmasında doğrudan belirleyici olmuştur. Ayrıca anayasalar çoğu durumda olağanüstü dönemlerin hukukunu da düzenler. Olağanüstü yönetim usullerinin yürürlükte olduğu dönemlerde ne tür bir hukukun uygulanacağını anayasalar belirler. Ayrıca Weber'in deyişiyle “*meşru şiddet kullanma tekeline sahip olan*” tek insan örgütlenmesi olarak devlet, bir de egemenlik boyutuyla karşımıza çıkar. Anayasanın kişi güvenliği hakkını ve bu hakkın sınırlandırma sebeplerini düzenleyen hükümleri bu noktada akla gelmektedir. Ancak anayasa hukukunun diğer hukuki disiplinlerden şöyle bir farkı vardır: Anayasa bir yönüyle de devletin şiddetini kontrol altına almaya yönelik bir metindir. Gerçekten de “*meşru şiddet kullanma tekeli*”ne sahip olan devlet iktidarının sınırlandırılması anayasacılığın temel konusunu oluşturur. Dolayısıyla hukukun aşağıda anılan disiplinlerinden farklı olarak Anayasa Hukuku, bireyler arası şiddetin ötesinde, devlet şiddetinin kontrol altına alınmasına yönelmiştir. (I)

Bununla birlikte, şiddet hukuk ilişkisini başka şekilde kurmak da mümkündür. Bir ceza hukukçusu açısından şiddet, çeşitli tezahürleri cezai yaptırımlarla kontrol altına alınmaya çalışılan bir olgudur. Bir medeni hukukçu için bu kavram, öncelikle aile içi şiddeti ya da ev içi şiddeti çağrıştırabileceği gibi; boşanma sebeplerini ya da belli şartlar altında haksız fiilleri de düşündürebilir. Ancak dikkat edilirse, bu hallerin hepsinde şiddet bireyler ekseninde kavranmaktadır. Bu hallerde hukuk şiddete karşı diğer bireyleri koruyan bir kimliğe bürünmüştür. Bu incelemede kişiler arası şiddeti önlemeye ve bastırmaya yönelik hukuki mekanizmaların bütünü “*şiddetin hukuku*” olarak isimlendirilmektedir. Anayasa hukuku ise aşağıda sayılan haller dışında açıkça bireyler arası şiddeti düzenlemez. Ancak bu dalın şiddetin hukukunu düzenleyişi daha çok devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülükleri ile somutlaştırılabilir. Başka bir deyişle, Anayasada yer alan “*sosyal devlet*”, “*devletin temel amaç ve görevleri*” ve bazı temel hak düzenlemeleri devlete bireyler arasındaki ilişkilerde bir takım koruma yükümlülükleri yüklemektedir. (II)

## I. Hukukun Şiddeti

Modern devletin en önemli varlık nedeni şiddete karşı korunma olarak düşünülmüştür. Bu şiddet iki yönlüdür: Devlet bir yandan bireylerin birbirlerinin şiddetine karşı korunmasını sağlar; diğer yandan da diğer devletlere karşı kendi egemenliğine dayanır. Başka bir deyişle aşağıda detaylı olarak görüleceği üzere, birey ne kadar diğer bireylere karşı özerkliğe sahipse, devlet de kendi ülkesi üzerinde egemenlik yetkisine sahiptir. Dolayısıyla özerklik ve egemenliğin birbirini desteklediği söylenebilir. (A)

Hukuk - şiddet ilişkisinin bir diğer boyutu devlet yetkilerinin kullanılması esnasında ortaya çıkar. Modern devletin güvenliği sağlama nedeniyle ortaya çıkmasıyla eş zamanlı olarak şiddet tekeline eline alması söz konusu olmuştur : zira özel alanın şiddetten arındırılması için devletin koyduğu kuralları uygulaması gerekmektedir ve devlet bunu örgütlü bir biçimde gerekirse zor kullanımı yoluyla yapmaktadır. (B)

Bununla birlikte, bir devleti anayasal devlet kılan husus, bu şiddet kullanma tekelinin anayasal sınırlara tabi olarak kullanılmasıdır. Anayasa bu sınırların neler olduğunu aşağıda anılacak olan farklı maddelerinde düzenlemiştir. Ancak bu noktada şu hususu hatırlamak gerekir: Anayasanın kendisi de bizi belli bir kriz ortamında yapılmış olabilir. Kurucu iktidar yetkisinin kullanımı da şiddete bağlı olarak ortaya çıkmış olabilir. (C)

Nihayet hukuk - şiddet ilişkisi anayasaların olağanüstü dönemlere ilişkin düzenlemeleri vasıtasıyla da okunabilir. (D)

### A. Devletin Temellendirilmesi Açısından Şiddet

Aydınlanma düşünürlerinin büyük bölümü Devletin ortaya çıkışını şu ya da bu şekilde şiddetle ilişkilendirmiştir.

Hobbes'a göre, devlet, doğal halin acımasız ortamından kurtuluşu ifade eder. Yazarın bu sonuca varırken hareket ettiği temel fikir ise "eşitlik"tir. Hobbes doğanın insanları bedensel ve zihinsel bakımdan eşit yarattığını söylerken bunu iki yönde gerekçelendirmektedir<sup>1</sup>: İnsanlar bedensel bakımdan eşittirler; zira en zayıf kişi, başkalarıyla birleşerek ya da gizli bir düzenle en güçlü kişiyi öldürebilir. İnsanlar zihinsel bakımdan da eşittirler<sup>2</sup>; zira "*basiret, eşit zamanın bütün insanlara eşit olarak bahşettiği ve insanların kendilerini eşit ölçüde verdikleri işlerde eşit ölçüde edindikleri deneyimden başka bir şey değildir*"<sup>3</sup>. Zihinsel eşitliğin en büyük kanıtı insanların kendi zekalarından

<sup>1</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, YKY yay., Çev. Semih Lim, 4. Baskı, İstanbul 2004, ss. 92-93.

<sup>2</sup> Hatta yazara göre zihinsel yetenekler konusunda eşitlik, fiziki eşitliğe göre daha da güçlüdür, bkz. s. 92.

<sup>3</sup> Hobbes, ss. 92-93.

memnun olmalarıdır; zira bir şeyin eşit pay edildiğinin en büyük kanıtı herkesin kendi payından memnun olmasıdır.<sup>4</sup> Eşit olan insanlar birbirlerine en büyük kötülüğü yapabilirler : birbirlerini canına kastedebilirler.

Doğal halde eşitlik unsuru, ikinci bir unsurla tamamlanmaktadır: “şeylerin kısıtlılığı”.<sup>5</sup> Eşit olan insanlar bazen aynı şeyleri arzularlar. Ancak bu “şeyler” sınırlı olduğu için savaş kaçınılmazdır.

Bu şekilde eşitlik, şeylerin kısıtlılığıyla birlikte insanların birbirlerine güvensizlik duymalarına neden olan objektif bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı hedefe yönelen ve eşit durumda bulunan kişiler birbirlerini yok etmeye ve birbirleri üzerinde hakimiyet kurmaya çalışırlar. Güvensizlik ise savaşa neden olur:

“Herhangi bir kimsenin başkalarına olan güvensizliğinden kurtulması için, kendisi için tehlikeli olabilecek kadar büyük başka bir kuvvet kalmadığını görünceye kadar, cebren veya hileyle, olabildiği kadar çok insanı hakimiyeti altına almasından başka akla yatkın bir yol yoktur ve bu o kişinin kendi varlığını koruması için gerekli olanın ötesinde bir şey değildir ve buna genellikle cevaz verilir. Ayrıca, fetihler yoluyla güçlerini, güvenliklerinin gerekli kaldığından daha fazla arttırmak isteyenler olduğu için; durum böyle olmasaydı mütevaazı sınırlar içerisinde kalmakla yetinecek olan başkaları istila yoluyla kendi güçlerini arttırmazlarsa **sadece savunma yaparak uzun zaman dayanamazlar. Bir insanın kendi varlığını korumak için başkaları üzerindeki hakimiyetini arttırması gerekir. Hepsinin korkutmaya yeterli bir güç olmadığı vakit**, insanlar arkadaşlıktan zevk almazlar, tersine bir hayli üzüntü duyarlar. Çünkü herkes, kendine biçtiği değer ölçüsünde arkadaşı tarafından değer görmek ister ve **hakir görme ve küçümsenme** belirtileri gördüğünde (...) başkalarından korkutma yoluyla daha büyük bir değer koparmaya çalışır”.<sup>6</sup>

Hobbes’un “hak anlayışı” da, bu eşitlik ve sınırlılık fikrinin üzerinde şekillenir. Doğal halde herkesin her şeye hakkı vardır : *ius in omnia*

Yazar *De Cive*’de hak anlayışı açısından şunları söylemektedir:

“Doğal **hakkın** birinci temeli şudur: her insanın özünde kendisini ve ailesini koruma çabası vardır. Şayet bir kişiye gerekli araçlara sahip olma

<sup>4</sup> Hobbes, s. 93.

<sup>5</sup> Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes and The Natural Law Tradition*, Çev. Daniela Gobetti, University of Chicago Press, Chicago, London, 1993, s. 39.

<sup>6</sup> Hobbes, ss. 93-94. (Vurgular bize ait)

*hakki verilmemişse, bu kişinin sonuca ulaşma hakkının bulunması da boşunadır. Herkesin kendini korumaya hakki olduğu için, yokluklarında kendisini koruyamayacağı bütün araçları kullanma ve her şeyi yapma hakkı da bulunmalıdır (Sonuç hakkı araç hakkını da içerir)".<sup>7</sup>*

Bobbio, Hobbes düşüncesindeki her şeye sahip olma hakkının iki şekilde yorumlanabileceğinden bahsetmektedir<sup>8</sup>: birinci yoruma göre, söz konusu hak, kendini korumak için her şeye sahip olabilme imkanını içerir. İkinci bir yoruma göre ise, bana ait olanla sana ait olanı ayırtetme kriterlerini içeren insan yasalarının (*civil law*) oluşturulmadığı yerde, her şeye sahip olma hakkının anlamı, herkesin kendi iktidar alanına düşen her şeye sahip olabilmesidir.

Hobbes düşüncesinde insanın, tutkularıyla hareket eden ve asosyal özellikleri sosyalliğine galebe çalan bir varlık olarak tasvir edildiğini görürüz.<sup>9</sup> Buna göre, Yazar, insan doğasında savaşıma neden olan üç temel itkinin var olduğunu söylemektedir: rekabet, güvensizlik ve şan ve şöhrat:

*"Birincisi başka insanların kişiliklerine, karılarına, çocuklarına ve hayvanlarına egemen olmak için şiddet kullanır; ikincisi, kendilerini korumak için; üçüncüsü ise, kendi kişiliklerine yönelik olarak doğrudan doğruya veya hısmımları, arkadaşları, milletleri, meslekleri veya adları dolayısıyla (...) küçümsenmelere karşı şiddet kullanır".<sup>10</sup>*

Hobbes, ancak, insanların hepsini korkutmaya yeterli bir güç olarak gördüğü devletle savaş halinin önüne geçilebileceğini söyler: Egemenle. Devletin olmadığı yerde herkes herkesle savaş halindedir. Ancak buradaki doğal hal tasvirinin sadece uygarlaşma sürecinin öncesini anlatmadığını, Hobbes hemen tüm eserlerinde belirtir. Doğal hal ve buna bağlı olarak savaş ve savaş tehdidi üç şekilde ortaya çıkmaktadır<sup>11</sup>: (i) ilkel toplumlarda (bu kapsamda hala Amerika'nın belli bölgelerinde yaşayan çağdaş yaban toplulukların yanında, antik topluluklar da anlatılmaktadır); (ii) iç savaş durumunda (bu varsayımda varolan devlet çeşitli nedenlerle dağılmıştır); (iii)

<sup>7</sup> **Hobbes**, *De Cive (English Version)*, The Clarendon Edition of The Philosophical Works of Thomas Hobbes, Vol. III, Oxford University Press, ed. by Howard Warrender, 1984, s. 47.

<sup>8</sup> **Bobbio**, *Thomas Hobbes and The Natural Law Tradition*, s. 39.

<sup>9</sup> Doğal hukukçuların Hobbes'a yönelttiği en büyük eleştiriler de bu eksenle ortaya çıkacaktır. Örneğin Pufendorf, Hobbes'u doğal hali eksik tanımlamakla eleştirmiştir. Yazara göre Hobbes, doğal hali sadece fiziki özellikleriyle tanımlamış ve ahlaki özelliklerini yadsımıştır. Ayrıca yine Pufendorf'a göre, doğal hale hukuki sonuçlar bağlamak da hatalıdır. Bkz. **Daniel Shulthess**, "Modes et modalités dans le système de droit naturel de Samuel Pufendorf", *Liber Amicorum Pascal Engel*, s. 887, <https://www.unige.ch/lettres/philo/publications/engel/liberamicorum/schulthess.pdf>, (01.12.2015).

<sup>10</sup> **Hobbes**, *Leviathan*, s. 94.

<sup>11</sup> **Bobbio**, ss. 41-42.

uluslararası toplumda (devletler arasındaki ilişkiler paylaşılmış bir iktidar tarafından düzenlenmemektedir). Bobbio bu durumları sırasıyla, siyasi toplum öncesi durum, siyasi toplum karşıtı durum ve siyasi topluluklar arası durum olarak adlandırmaktadır.<sup>12</sup>

Dolayısıyla Hobbes düşüncesinde şiddet, devletin olmadığı ya da zayıfladığı her durumda bulunduğu için, devlet-şiddet karşıtlığından bahsetmek mümkündür.

Buna karşılık Locke'un "doğal hal"i, Hobbes'un aksine tam bir özgürlük ve eşitlik mekanıdır.<sup>13</sup> Locke düşüncesinde doğal hal, zorunlu olarak savaş hali değildir. Hatta Locke ikisi arasındaki ilişkiyi açıklamaya, bu iki hali birbirinden tamamen ayırarak başlar:

*"Burada bazılarınım birbirlerinden son derece farklı ve uzak durumlar olmasına rağmen karıştırdıkları doğal halle savaş hali arasındaki farklar ortaya çıkıyor: bu farklılıklar, barış, iyiniyet, karşılıklı yardımlaşma ve koruma durumuyla, düşmanlık, kötülük, şiddet ve karşılıklı yok etme durumlarıdır. İnsanlar, dünya üzerinde aralarındaki uyumsuzlukları yargılama gücüne sahip herhangi bir üstleri olmaksızın akla uygun olarak beraberce yaşadıklarında tam olarak doğal halde bulunmaktadırlar. Buna karşılık, bir insanın diğerine karşı şiddet ya da şiddet niyeti göstermesi, dünya üzerinde başvurabilecek hiçbir ortak üstlerinin bulunmadığı durumda savaş halini üretmektedir. Saldırganı yargılayabilecek bir yargıcm bulunmadığı durumda, kişi, aynı toplumun üyeleri ya da aynı ülkenin vatandaşı olsalar dahi saldırganla savaşa hakkına sahiptir".<sup>14</sup>*

Görüldüğü gibi Locke'un doğal halinde yargılama yetkisini de bireyler bizzat kullanmaktadır, ama bunun sonucu da yine savaştır:

*"Böyle olunca, kendi çıkarını korumak için karşısındakini suçlayan, onu yargılayan bu insan, kin, nefret, intikam gibi çeşitli duyguların etkisi altında kalacak, dolayısıyla adil biçimde cezalandırma hakkını kullanması hem çok zor olacak, hem de adaleti zedeleyecektir".<sup>15</sup>*

Görüldüğü gibi doğal halde insanlar akla uygun biçimde yaşayabilirler; aralarındaki uyumsuzlukları çözmek üzere kendilerinin üstünde bir güç yoktur. Savaş hali

<sup>12</sup> Bobbio, ss. 41-42.

<sup>13</sup> John Locke, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, Yale University Press, ed. by Ian Shapiro, New Haven London, 2003, s. 101.

<sup>14</sup> Locke, s. 108.

<sup>15</sup> Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol/Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, Der yay., 10. Bası, İstanbul 2014, ss. 129-130.

ise şiddet kullanımının doğal hali bozmasıyla meydana gelir. Ancak savaş bir kere başladığında bunu durdurmanın tek yolu siyasi iktidarın oluşturulmasıdır.

Locke’da mülkiyet sahibi bireylerin önce kural koyan yasama erki yoluyla birbirlerine karşı, sonra da bireylerin oluşturduğu siyasal toplumun bir bütün olarak, savaşa ve barışa karar veren yürütme erki yoluyla, diğer egemen devletlere karşı korunması söz konusudur.<sup>16</sup> Locke yürütme erki üzerinden, bireyle bir bütün olarak siyasal toplum arasında özdeşlik kurmaktadır: Tuck’ın Locke’u yorumlayış biçimine göre, yürütme kimin düşman olduğuna, başka bir deyişle kimin öldürülmesi gerektiğine orijinal savaş halinde bireyin verdiği şekilde karar vermektedir.<sup>17</sup> Yine yazara göre Locke düşüncesinde egemen devletin sahip olduğu ayrıcalık, politik yapının şiddet üzerine temellendiğinin sürekli hatırlatıcısıdır.<sup>18</sup> Şayet yasama organı sosyal ilişkileri düzenleme ve bu surette bireyleri birbirlerine karşı koruyarak şiddeti insan bünyesinden atma amacını temsil ediyorsa; yürütme organı da gerektiğinde şiddete şiddetle cevap veren ve kendi güvenliğini sağlamak için öldüren bireyin temel özerkliğinin yansımalarıdır.<sup>19</sup>

Görüldüğü gibi, Locke’da erkler ayrılığına sebebiyet veren temel husus, yine önce insanların birbirlerine karşı, ardından da bir devletin diğer devletlere karşı şiddetten korunmasıdır.

Montesquieu, Hobbes ve Locke’ta kendisini gösteren egemenlik/özerklik benzerliğini kabul etmekle birlikte; devletin insani ilişkilerden çok korkuyla yönetildiğini ifade etmektedir.<sup>20</sup> Montesquieu’nün siyasi erki düşünüş biçimi de kendisinden önce Locke’da gördüğümüz erkler ayrılığından farklılaşacaktır. Hatırlanacağı gibi Locke yasama ve yürütmeyi birbirinden ayırdederken, yasamaya kural koyma ve bu surette bireyleri birbirlerine karşı koruma işlevlerini vermişken; yürütme organına dış ilişkiler alanını, başka bir deyişle savaşa ve barışa karar verme yetkisini vermişti. Oysa Montesquieu yürütmece kontrol edilen dışsal alanla, yasama tarafından kontrol edilen içsel alanı birbirinden kesin bir biçimde ayırmanın mümkün olmadığını söyleyecektir.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> David Bates, “Constitutional Violence”, *Journal of Law and Society*, Vol. 34, N.1, March 2007, s. 20.

<sup>17</sup> Bates, s. 20. Aslında Bates de bu görüşünü Richard Tuck’a dayandırıyor. Bkz. Richard Tuck, *The Rights of War and Peace, Political Thought and The International Order From Grotius to Kant*, Oxford University Press, Oxford New York, 2002.

<sup>18</sup> Bates, s. 21.

<sup>19</sup> Bates, s. 21.

<sup>20</sup> Tuck, s. 186.

<sup>21</sup> Bates, s. 23.

“İnsanlar toplum halinde yaşamaya başlar başlamaz zayıflık duygularını yitirirler: aralarındaki önceden varolan eşitlik yok olur, savaş hali başlar.

Her özel toplum, kendi gücünün farkına varır; bu da milletlerarasında savaş durumunu meydana getirir. Her toplumda kişiler, kendi güçlerinin farkına varmaya başlarlar: toplumun sağlayacağı başlıca menfaatleri kendilerinden yana çevirmeye çalışırlar; bu da bu kişiler arasında savaş durumunu meydana getirir.

Bu iki çeşit savaş durumu, insanlar arasında kanunların yerleşmesine sebep olur. Böyle, bu kadar büyük bir gezegende oturdıklarına göre yeryüzünde çeşitli toplumların bulunması gerektiğini düşünen insanlar, bu toplumların aralarındaki bağları düzenlemek için kanunlar ortaya atmışlar: böylece Devletler Hukuku meydana gelmiş. Devam ettirilmesi gereken bir toplumda yaşadıklarını gözönünde bulunduran insanlar, yönetenlerle yönetilenler arasındaki bağları düzenleyecek kanunlar yapmışlar; böylece Siyasi Hukuk meydana gelmiş. Bütün vatandaşlar arasındaki bağları düzenlemek için de kanunlar meydana getirmişler; adına da Medeni Hukuk demişler.”<sup>22</sup>

Görüldüğü gibi Montesquieu’de şiddet sosyallikle ilintilendirilmiştir ve iki boyutlu olarak kendisini gösterir. Gerek içsel alanla ilgili olsun, gerekse dışsal alanla ilgili olsun şiddet hukuka bağlanmıştır.

Rousseau şiddete karşı korunmanın yolunun siyasi birlikten geçtiğini söyleyecektir.

“İnsanoğlunun gelişiminde öyle bir aşamaya gelineceğini varsayalım ki doğal halde kişinin kendisini koruması önündeki engeller, bu halde kalabilmek için sarf etmesi gereken güçten büyük olsun. Bu durumda orijinal durumun sürdürülmesi mümkün olmaz ve şayet varoluş biçimini değiştirmesse insan ırkı yok olur.

Oysa insanlar yeni güçler üretemeyip sadece mevcut olan güçleri birleştirip bunları yönetebildiklerinden, kendilerini korumak için ellerinde hala sahip oldukları tek araç, birleşme yoluyla bir güç birliği yaratmak, bunun kullanımını tek itkiyle yönetmek ve birlikte hareket etmelerini sağlamaktır.”<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Çev: Şevki Özbilen) Seçkin yay., I. Cilt, Ankara 2014, s. 52.

<sup>23</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Le Contrat social ou principe du droit politique*, Chez Gerard Fleischer, Leipzig 1796, s. 29.



Başka bir deyişle, kişinin doğal halde yaşamasına engel durumlar ortaya çıktığında, insanlar tarafından karşı-güçler yaratılmalıdır. Doğal halde yaşamak imkansız hale geldiğinde ancak *kurulmuş bir toplum* insanın yaşayabileceği çevreyi oluşturur.<sup>24</sup> İnsanlar arasında bir güç birliği yaratılmalıdır. Rousseau buradan yola çıkarak da genel irade kavramına ulaşacaktır.

Rousseau, kişinin varlığının başkasının refahıyla ya da yaşamıyla tezat içerdiğini anlamasıyla kendini korumak, başkasını yok etmek için giriştiği faaliyeti savaş olarak tanımlar:

“İşler, akıl sahibi olan insanın kendi varlığının, başkasının sadece refahıyla değil aynı zamanda varoluşuyla çeliştiğine ikna olduğu noktaya geldiğinde, kişi diğerinin yaşamına karşı silahlarını kuşanır; kendisini koruma isteğiyle karşısındakini yok etmeye çalışır. Birinin diğerini yok etme yönündeki açık arzusu ve bundan doğan tüm eylemler iki düşman arasında savaş adı verilen ilişkiyi meydana getirir”.<sup>25</sup>

Dolayısıyla aydınlanma düşünürleri şiddeti devletin ürettiği hukuktan tamamen farklı ve hatta ona zıt bir kavram olarak ele almışlardır. Günümüzde de bu anlayış şu ya da bu şekilde temel hukuk kitaplarında yer alır: Devletin temel kuruluş nedeni güvenliğin sağlanmasıdır; devletin ürettiği hukuk keyfiyetten uzak biçimde herkese uygulanır; bu surette hukukun güçlü olanın değil, herkesin hukuku olması sağlanır; hukuk insanlar arasında barışın tesisine hizmet eder.<sup>26</sup>

Ancak bu bakış açısı madalyonun bir yüzünü oluşturur ve diğer yüzüyle, başka bir deyişle hukukun da uygulanabilmek için güce ihtiyaç duyduğu gerçeğiyle bir bütün teşkil eder.

### **B. Egemenlik Yetkisinin Kullanımı Açısından Şiddet**

Devlet toplumu şiddetten arındırmaya yönelmiştir. Bu arındırma ise egemenlik yetkisinin kullanımıyla gerçekleşmektedir. Devlet, sahibi olduğu egemenlik yetkisiyle kural koymakta ve bu kurallara uyulmasını gerekirse zor kullanarak sağlamaktadır.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> **Emile Durkheim**, *Montesquieu and Rousseau: Forerunners of Sociology*, University of Michigan Press, 1965, s. 92.

<sup>25</sup> **Bates**, s. 29.

<sup>26</sup> **Michel Mialle**, “Le droit-violence”, *Déviance et société*, 1980, Vol. 4, N°2, s. 168, [http://www.persee.fr/doc/ds\\_0378-7931\\_1980\\_num\\_4\\_2\\_1045](http://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1980_num_4_2_1045) (16.10.2015).

<sup>27</sup> Anayasanın uygulanışında klasik olarak görülen mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ya da güvenlik tedbirleri dışında zımnî şiddet öğeleri olduğunu iddia eden değişik bir inceleme olarak bkz. **Antoni Abat i Ninet**, *Constitutional Violence, Legitimacy, Democracy and Human Rights*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013.

Nitekim Weber modern devleti, sosyolojik olarak fiziki güç ve şiddet kullanımıyla tanımlamaktadır:

“Trotsky Brest-Litovsk’da ‘Bütün devletler güç ve şiddet üstüne bina edilmiştir’ demişti. Gerçekten haklıdır. Şiddet kullanmasını bilen sosyal kurumlar olmasaydı devlet kavramı ortadan kalkar, sözcüğün tam anlamıyla anarşi denilen bir ortam doğardı. **Elbette şiddet, devletin olağan ya da tek aracı değildir -zaten kimse bunu söylemiyor- ama şiddet kullanımı devlete özgü bir araçtır.** Bugün devlet ve şiddet ilişkisi özellikle yakın bir ilişki haline gelmiştir, geçmişte çok çeşitli kurumlar -”sib”le başlayarak- fiziksel şiddet kullanımını oldukça normal saymışlardır. Ama bugün şunu kabul etmek zorundayız: **Devlet, belli bir arazi içinde fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde (başarıyla) bulunduran insan topluluğudur.** ‘Arazi’nin devletin özelliklerinden biri olduğuna dikkat edilmelidir. Ayrıca, bugün, fiziksel şiddet kullanma hakkı başka kurumlara ya da bireylere yalnızca devletin izin verdiği ölçüde tanınmaktadır. Devlet, şiddet kullanma ‘hakkı’nın tek kaynağı kabul edilmektedir. Böylece, ‘siyasetin bizim için anlamı, devletler arasında ya da devlet içindeki gruplar arasında gücü paylaşmaya ya da gücün dağılımını etkilemeye çalışmak’ olarak belirmektedir”<sup>28</sup>

Görüldüğü gibi Weber özel alanı şiddetten arındırmanın yolunun tam olarak bireylerin hepsinin üzerinde bir siyasal gücün yaratılmasından ve şiddetin de bu gücün araçlarından sadece biri olmasından geçtiğini ifade etmektedir. Sınırları belli bir coğrafi alanda devlet kapsayıcı bir biçimde egemenliğini gerçekleştirmektedir. Bodin bu kapsayıcı üstünlüğe bir nitelik daha eklemiştir: süreklilik.<sup>29</sup> Şiddetin bu şekilde politik toplumun kurumsal düzeninde tekelleşmesi, modern devletin gelişiminin bir sonucudur.<sup>30</sup> Eskiden özel kişilerin elinde bulunan hizmetlerin kurumsallaşarak devlet elinde toplanması, şiddetin de tekelleşmesine neden olmuştur. Aynı şekilde egemenliğin sürekliliği, fiziksel şiddetin devamı için gerekli maddi araçların sürekli denetlenmesine bağlıdır.<sup>31</sup> Aksi takdirde egemenlik ortadan kalkabilir.

Kelsen, devletin güç kullanımıyla basit bir çetenin güç kullanımı arasındaki farkı açıklarken devletin güç kullanma yetkisini temel yasadan aldığını söyleyecektir.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, İletişim yay., Çev. Taha Parla, 1. baskı, İstanbul 1996, s.132-133.

<sup>29</sup> Norberto Bobbio, “Le Pouvoir et le droit”, s. 22, [http://www.fondation-veillon.ch/data/documents/plaquette\\_1981\\_norberto\\_bobbio.pdf](http://www.fondation-veillon.ch/data/documents/plaquette_1981_norberto_bobbio.pdf) (02.12.2015)

<sup>30</sup> Max Weber, *Economy and Society*, ed. by Guenther Roth-Claus Wittich, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1978, ss. 904-905.

<sup>31</sup> Weber, *Sosyoloji Yazıları*, s. 135.

<sup>32</sup> Bobbio, “Le Pouvoir et le droit”, s. 23.

Modern devletlerde anayasalar devletin şiddet kullanımının hem kaynağını hem de bunun sınırını oluşturmaktadır.

### C. Şiddetin Sonucu ve Sınırı Olarak Anayasa

Anayasaların şiddetle ilişkisi birkaç şekilde kurulabilir. Öncelikle anayasaların yapılması şiddet açısından ele alınabilir. Ülkelerin siyasal sistemlerinin tıkanma içine girdiği durumlarda ya da savaş sonrasında<sup>33</sup> veya uluslararası konjonktürün zorladığı anlarda<sup>34</sup>, çoğu zaman bir kurtarıcı olarak görülen anayasaların baştan yapıldığı ya da mevcut anayasalarda köklü değişiklikler yapıldığı görülür.<sup>35</sup>

Klasik anayasa hukuku öğretisinde kurucu iktidar ve kurulu iktidar ayrımı bu açıdan özellikle önem taşır. Kurucu iktidar kavramının ortaya çıkışında da yukarıda anılan sözleşmecilerin büyük bir etkisi olmuştur. Aslında Hobbes'da ve Locke'da normatif işlev dendiği zaman yasama organı akla gelir. Anayasanın klasik yasalardan ayrılmasıysa daha sonra gerçekleşmiştir. Kurucu iktidar / kurulu iktidar ayrımı sosyal sözleşme kuramının yeniden uyarlanmasıyla ortaya çıkmıştır: devlet organları kurulduğunda yönetenlerle yönetilenler arasında iki tarafın karşılıklı yükümlülükler üstlendiği bir sözleşme yapılıdır (Prens in güvenliği sağlama, tabiyetinde bulunanların da itaat etme yükümlülüğü).<sup>36</sup> Pimentel, sözleşmeye uymama halinde Locke'un öngördüğü direnme hakkının yeni bir görünümünün, kurucu iktidar kavramının ortaya çıkmasına temel hazırladığı görüşündedir. Yazar kamu güçlerinin üstünde hukuki olarak bağlayıcı bir anayasa kavramını ilk dile getiren kişinin Bolingbroke olduğunu belirtmektedir.<sup>37</sup> Bolingbroke anayasanın, milletle temsilcileri arasında olduğu gibi, prensle halk arasında şarta bağlı bir sözleşme olduğunu belirletmekte ve şunu ifade etmektedir:

<sup>33</sup> Almanya ve Japonya örnekleri bu kapsamda ilk akla gelen örnekler sayılabilir. II. Dünya Savaşı sonrası anayasacılığı, Avrupa'ya özellikle Anayasa yargısının rolünün pekişmesi ve temel haklar alanında uluslararasılaşmanın gelişmesi anlamında yansımıştır.

<sup>34</sup> Berlin duvarının yıkılmasının ardından eski Doğu Bloku ülkelerindeki anayasacılık hareketleri, 90'lı yılların başında dünya anayasacılığında hem kurucu iktidar yetkisinin kullanılmasında uluslararası etkiler açısından, hem de karşılaştırmalı anayasa hukukunun gelişimi açısından önemli bir yere sahiptir.

<sup>35</sup> Ülkemizdeki anayasal hareket üzerinde de bu olağanüstü koşullar oldukça belirleyici olmuştur: 1876 Kanuni Esasi Tersane konferansının toplandığı gün ilan edilmiş; 1909 anayasa değişiklikleri II. Meşrutiyet ve 31 Mart Ayaklanmasının ardından gerçekleşmiş; 1921 Anayasası savaş döneminde ve bu dönemde ülkenin temel kurumlarını belirlemek için yapılmış; 1961 ve 1982 Anayasalarıysa askeri müdahalelerin ardından sıkıyönetim dönemlerinde yapılmıştır.

<sup>36</sup> Carlos-Miguel Pimentel, "Du contrat social à la norme suprême: l'invention du pouvoir constituant, *Jus politicum*, N.3, 2009, ss. 12-13, <http://juspoliticum.com/article/Du-contrat-social-a-la-norme-supreme-l-invention-du-pouvoir-constituant-145.html> (01.02.2016)

<sup>37</sup> Pimentel, s. 13.

*“Şayet parlamentodaki iki meclis hükümdar lehine haklarından feragat etme saçmalığına kapılırsa, bundan böyle milletin bütünüünün yüce yasa- ma iktidarına direnme hakkına sahip olacağı açıktır”.*<sup>38</sup>

Pimentel, Bolingbroke’la birlikte Prensle halk arasında kurulan hükümet sözleşmesinin retorik hale geldiğini; başka bir deyişle, kamu güçlerini bağlamak için var olduğunu, bir kere bu bağ oluşturulduğunda, sözleşmenin bireyler arasında bir birleşme sözleşmesi haline dönüştüğünü ifade etmektedir:

*“Şayet anayasa gerçekten işlemez kılınırsa, halk anayasayı yeniden yürürlüğe koymak ya da yeniden yapmak şeklindeki başlangıçtaki doğal hakkına sahip olur”.*<sup>39</sup>

Görüldüğü gibi kurucu iktidarın ortaya çıkışında direnme hakkı belirleyici kavramlardan biri olmuştur. Üstelik kurucu iktidarın sınırları da belirsizdir. Ancak bir kere anayasa kabul edildiği zaman, onunla birlikte bir hukuk düzeninin kurulduğu, bu düzen içerisinde devlet organlarının da kendilerine verilen yetkiler çerçevesinde hareket ettiği, bu yetkilerin yer yer şiddet kullanımını da içerdiği görülür. Buradaki şiddet kullanımı, ya geniş anlamda *kamu düzeni* gerekçesiyle ya da bir *yaptırım hükmünün uygulanması amacıyla gerçekleştiriliyor olabilir*.

Bu açıdan Anayasanın 18. maddesindeki “zorla çalıştırma ve angarya yasağı” ve 19. maddesindeki “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı”, devletin bireyler üzerindeki güç kullanımının anayasadaki tipik örnekleri olduğu için özellikle anılabilir. Ancak anayasanın özelliği bir yandan bu güç kullanımını düzenlerken, aynı zamanda kullanımın sınırlarını da çizmesidir.

Anayasanın 18. maddesinin ilk fıkrasında zorla çalıştırma yasaklanmış, bununla birlikte ikinci fıkrada zorla çalıştırma sayılmayacak haller sayılmıştır:

*“Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kaldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz”.*

Anayasa Mahkemesi de “angarya”yı “bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma” olarak tanımlamış; “zorla çalıştırma”nın tanımında ise uluslararası sözleşmelerden yararlanmıştır:

<sup>38</sup> Aktaran Pimentel, s. 13.

<sup>39</sup> Aktaran Pimentel, s. 13.

“Anayasa’da ‘zorla çalıştırma’ yasaklanmakla birlikte bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Bu kavramın tanımı ve içeriği belirlenirken, temel insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden ve ilgili uluslararası otoritelerin yorum ve uygulamalarından yararlanılabilir. Zorla çalıştırma yasağına ilişkin uluslararası kurallar, 29 Numaralı Cebri ve Mecburi Çalıştırmaya İlişkin ILO Sözleşmesi’nde düzenlenmiştir. Anılan Sözleşme’nin 2. maddesinde yapılan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 4. maddesinde yer alan zorla çalıştırma yasağının kapsamının belirlenmesinde esas alınan tanıma göre, **zorla çalıştırma, ‘herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetleri’** ifade etmektedir. Buna göre, zorla çalıştırmadan söz edilebilmesi için, kişinin ceza tehdidi altında ve rızası bulunmaksızın çalıştırılması gerekmektedir”.<sup>40</sup>

Anayasa 19. maddesinde de kişilerin anayasada gösterilen herhangi bir nedene dayanmaksızın ve anayasanın öngördüğü şartlar dışında yakalanmalarını<sup>41</sup> ya da tutuklanmalarını yasaklamıştır. Anayasaya göre kişi özgürlüğü ve güvenliği kural, buna getirilecek sınırlandırmalar istisnadır. Mutlaka yasaya dayanması gerekir. Ayrıca bir tutmanın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale sayılması için sadece resmi bir kurum olması gerekmez; ev hapsi, oda hapsi, yabancıların tutulduğu kabul ve barınma merkezleri, transit geçiş bölgelerindeki tutulmalar ya da özel hastanelerdeki tutulmalar da bu kapsama dahildir.<sup>42</sup> Anayasa Mahkemesi bu hakkı şu şekilde tanımlamaktadır:

“Anayasa’nın 19. maddesi kişi özgürlüğünü ve güvenliğini korumaya yönelik hükümleri içermektedir. Madde, sadece keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı bir güvenceden ibaret olmayıp, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan özgürlükler alanını kapsamakta ve bir

<sup>40</sup> AYMK, E. 2011/150, K. 2013/30, K.T.: 14.02.2013, R.G.: 25.06.2013-28688. (vurgular bize ait)

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesi yakalamayı şu şekilde tanımlamaktadır: “Yakalama, kişi özgürlüğünün yargıç kararına dayalı olması zorunluluğu aranmaksızın geçici olarak ve genellikle tutuklama amacıyla polis tarafından kısıtlanmasıdır. 1982 Anayasasında yakalama kavramına klasik anlayıştan daha kapsamlı bir içerik kazandırılmış, suç olmayan durumlar için de toplumsal savunma amacıyla yakalanma olanağı sağlanmıştır. (...) Hangi tür yükümlülüklerin yakalamaya neden olacağı bu kurumun niteliğinden çıkarılmalıdır. Yakalama bir yaptırım değil, belli bir yaptırımın ya da sağlık veya güvenlik önleminin uygulanmasına olanak sağlayan bir kurum, kişinin el altında bulundurulması zorunlu durumlar için kaçınılmaz bir önlemdir. Şu halde ancak tanıklık görevi, askerlik görevi gibi mutlak olarak kişinin fiziki varlığını gerektiren yasal yükümlülükler söz konusu ise ilgilinin yakalanması yoluna gidilebilir. Yakalamayı gerektiren durumların tek tek sayıldığı bir Anayasa yükümlülük kavramının geniş biçimde yorumlanmasına olanak tanımaz”. Bkz. AYMK, E. 1985/8, K. 1986/27, K.T.: 26.11.1986, R.G.: 14.08.1987-19544.

<sup>42</sup> Ulaş Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, s. 181-182.

*kimsenin başkasına zarar vermeden, vücut ve hareket serbestisine sahip olması, dilediği gibi dolaşabilmesi ve yasayla belirlenen ve sınırlanan durumlar dışında hareket ve gidip-gelme özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını ifade etmektedir”.*<sup>43</sup>

Ayrıca yine Anayasa Mahkemesine göre devlete kişi özgürlüğü ve güvenliği alanında yüklenen özel bazı yükümlülükler vardır :

*“Anayasa’nın 19. maddesinde ‘Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir’ denilmiş ve maddede sayılan istisnalar dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılmayacağı vurgulanmıştır. Kişi hürriyeti, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel haklardandır. Bundan mahrumiyet, diğer bazı temel hak ve özgürlüklerin kullanımını doğrudan ve olumsuz etkiler. Hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakılan kişinin bu durumdan bir an önce kurtarılması için gerekli ve etkili tedbirlerle, bu ihlallerin tekrarını önlemek bakımından caydırıcı yasal düzenlemeleri yapmak devletin pozitif yükümlülüklerindedir”.*<sup>44</sup>

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi kişi özgürlüğünün diğer hak ve özgürlüklerle olan doğrudan ilişkisini göz önünde bulundurarak, Devlete hukuka aykırı biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler hakkında etkili önlem alma yükümlülüğünü hatırlatmaktadır. Ayrıca kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin müdahaleler sadece 19. maddenin belirttiği şartlara değil; aynı zamanda Anayasanın 13. maddesindeki genel koruma hükmüne de uygun olmak zorundadır.<sup>45</sup>

Görüldüğü üzere, Anayasa bir yandan kişilere dönük olarak Devletin ne tür eylem ve işlemlerde bulunabileceğini göstermiş; bununla birlikte bu işlem ve eylemlerin tabi olduğu şartları da düzenlemiştir. Ayrıca bu şartlara riayet edilip edilmediğini “insan haklarına saygılı (...) hukuk devleti” (Any., md. 2) ifadesinin bir gereği olarak anayasa yargısıyla (Any., md. 146 ila 153) güvence altına almıştır.

<sup>43</sup> AYMK, E. 2000/82, K. 2002/193, K.T.: 26.11.2002, R.G.: 26.02.2003-25032.

<sup>44</sup> AYMK, E. 2009/6, K. 2010/19, K.T.: 28.01.2010, R.G.: 18.05.2010-27585. (Vurgular bize ait)

<sup>45</sup> AYMK, E. 2012/100, K. 2013/84, K.T.: 4.07.2013, R.G.: 2.08.2013-28726: “Öte yandan, özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılabilmesi için Anayasa’nın 19. maddesinde belirtilen koşulların yanısıra temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa’nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, Anayasa’nın 19. maddesinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ancak getirilen bu sınırlamalar hakkın özüne dokunamayacağı gibi, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olamaz”.

#### D. Olağanüstü Yönetim Usullerini Düzenleyen Metin Olarak Anayasa

Hukuk - şiddet ilişkisinde, devletin olağanüstü yönetim usullerine ilişkin sahip olduğu yetkiler ve bunun düzenleniş şekli üzerinde de durulmalıdır. Zira olağanüstü yönetim usulleri, devletlerin olağan dönemdeki hukuki araçlarla baş edilemeyen, halkın yaşamına dönük tehditleri ortadan kaldırmaya yönelik hukuki mekanizmaların bütünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Olağanüstü yönetim usulleri ve bu kapsamda devlet organlarının yetki dağılımı o kadar önemlidir ki, bazı yazarlar tarafından egemenlik yetkisinin tanımlanmasında da kullanılmıştır. Carl Schmitt, egemeni “*olağanüstü dönemlerde karar verme yetkisine sahip olan*” kişi olarak tanımlar.<sup>46</sup>

Klasik olarak olağanüstü yönetimler savaş ve seferberlik hallerinde sıkıyönetim durumlarında uygulanan yöntemler olarak ortaya çıkmıştır. Anayasa’da da üç ayrı olağanüstü yönetim usulü öngörülmüştür.<sup>47</sup>

Olağanüstü hallerin en önemli gerekçesi güvenliğin tesisi ve milletin yaşamına yönelik tehdidin bertaraf edilmesidir. Anayasa hukuku açısından olağanüstü dönemlerin zorluğu bu dönemlere bir kez geçildikten sonra anayasal güvencelerin “kısmen ya da tamamen” (Any., md. 15) ortadan kaldırılabilmesidir. Dolayısıyla bu rejimlere ilişkin olarak anayasanın öngörmüş olduğu “hukuki güvenlik” ve “ölçülülük” gibi ilkelere riayet edilip edilmediğinin denetimi açısından ciddi sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Zira bir kez olağan hukuk düzeninin dışına çıkıldığında keyfiyetin önüne geçilmesi zorlaşmaktadır. Aslında olağanüstü yönetimler yöneticiler ve özellikle bu

<sup>46</sup> Carl Schmitt, *Political Theology - Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, çev: George Schwab, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, and London, England 1985, s. 5.

<sup>47</sup> Bkz. Oya Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 102-103: “1982 Anayasası olağanüstü yönetim usullerini üç ayrı başlık altında düzenlemiştir. Anayasanın 119. maddesi ‘tabii afet ve ağır ekonomik bunalım nedeniyle olağanüstü hal’i düzenlemekte; 120. maddesi ‘şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması’nu olağanüstü hal nedeni saymakta; 122. maddesi ise ‘sıkıyönetim’ halini düzenlemektedir. Her üç rejimin yürürlüğe konması için de cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun kararı aranmış; yine her üç rejim döneminde de cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna olağanüstü yönetimin gerekli kaldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu üç olağanüstü yönetim usulüne ilişkin diğer bir ortak husus da, söz konusu rejimlere geçişe ilişkin kararın Resmi Gazetede yayımının ardından Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulmasıdır. Meclis olağanüstü yönetim usulünü kaldırabileceği gibi, süresini kısaltıp uzatabilir. Dolayısıyla Anayasamızın sistematığına göre olağanüstü rejimlere geçiş birbirini tamamlayan iki işlemden oluşmaktadır: cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun olağanüstü yönetimin ilanı kararı ve TBMM’nin olağanüstü yönetim ilanını onama kararı. Öğretide bu iki işlemin yargısal denetime tabi olup olmadığı tartışılmış, her iki yönde de görüş belirtilmiştir. 1961 Anayasası döneminde Danıştay, olağanüstü rejimin ilanı kararının yasama tarafından onaylanmakla yasama tasarrufu haline dönüştüğü gerekçesiyle bu işlemlerden ikini denetlemekten kaçınmıştır. Anayasa Mahkemesi ise bu konuda 1961 Anayasası döneminde benimsediği tavrı, 1982 Anayasası döneminde de sürdürmüştür; TBMM’nin savaş haline ve silahlı kuvvetler kullanılmasına izin verilmesine ilişkin yetki kullanımını Meclis kararı niteliğinde kabul ederek, denetlemekten imtina etmiştir”.

rejimlere geçmeye karar veren siyasetçiler açısından zordur: çünkü bir yandan olağan dönem araçlarıyla sorunlarla baş edemediklerini kabul etmiş olurlar; diğer yandan kendilerine bağlı çalışanlar üzerindeki kontrol yetkileri zayıflayabilir. Bu dönemlerde Devlet organlarının takdir yetkileri olağanüstü durumun gereklerine paralel olarak artmakta, kuşkusuz bu olanak da gücün kötüye kullanılmasını kolaylaştırmaktadır.<sup>48</sup>

Bununla birlikte, günümüzde özellikle silah ve istihbarat teknolojisinin geldiği boyutla örgütlü yerel ve uluslararası terörün gösterdiği yayılım artık olağan hukuk / olağanüstü hukuk ayrımını da tartışılan hale getirmiştir. Hatta bu nedenle Rosenfeld gibi olağan / olağanüstü hukuk (ya da kriz hukuku) ayrımı yerine üçlü ayrım öneren yazarlar da vardır. Rosenfeld bu iki uçlu ayrım yerine, olağan hukukla olağanüstü hukuk ya da kriz hukuku arasında üçüncü bir kategoriye “*stres hukuku*”nu da dahil etmeyi önermektedir.<sup>49</sup> Yazar stres hukukunu yoğunluk, ağırlık ve süre bakımından olağanüstü hukuktan ayırır ve bu dönemlerde dikkate alınacak öğelerin değiştiğinden bahseder. Örneğin süre, stres hukukunda, kriz hukukuna nazaran daha uzundur; bununla birlikte alınabilecek önlemler kriz hukukunda daha ağırlaşabilmektedir. Rosenfeld, stres dönemlerini orta güvenceli dönemler olarak görmekle birlikte; bu dönemde alınabilecek önlemlerin değiştiğini; ancak bu değişimin olağan döneme göre zorunlu olarak sınırlandırmaların ağırlaşması anlamına gelmediğini belirtmektedir.<sup>50</sup>

Aynı şekilde Ackerman da klasik olağanüstü hal düzenlemelerini günümüzdeki terörist saldırıların ayırdedici özellikleriyle baş edebilecek nitelikte görmez. Örneğin, Fransa’da V. Cumhuriyet Anayasasının 16. maddesinde yer alan olağanüstü hallerle ilişkin düzenlemeyi<sup>51</sup>, 21. yüzyılın olgun demokrasileri için terörist saldırılara karşı uygun bir model olarak değerlendirmez; zira 16. madde daha varoluşsal tehditler için geçerli olabilecek bir maddedir ve isteyecekleri son şey, başkanı gerekli gördüğü her şeyi kendi uygun bulduğu süre için yapmaya yetkili kılmaktır.<sup>52</sup> Bununla birlikte Ackerman, temel hakların askıya alınmaması gerektiğini ileri sürenlere de

<sup>48</sup> Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Second ed., New York 2009, s. 618.

<sup>49</sup> Michel Rosenfeld, “Should Constitutional Democracies Redefine Emergencies and the Legal Regimes Suitable for Them?”, *Sovereignty, Emergency and Legality*, ed. Austin Sarat, Cambridge University Press, New York 2010, s. 241.

<sup>50</sup> Rosenfeld, s. 259.

<sup>51</sup> Md. 16: “Cumhuriyet kurumları, milletin bağımsızlığı, toprak bütünlüğü veya uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi ağır ve yakın bir tehditle karşılaşır ve anayasal hükümet kurumlarının düzenli işleyişi aksarsa, Cumhurbaşkanı, Başbakanı, Meclislerin ve Anayasa Konseyinin Başkanlarına resmi olarak danışmasının ardından, durumun zorunlu kıldığı önlemleri alabilir. Bu tedbirleri bir mesajla millete duyurur. Bu tedbirler, mümkün olan en kısa zamanda anayasal hükümet kurumlarının kendilerine verilmiş görevleri yerine getirmelerini sağlama amacına yönelik olmak zorundadır”.

<sup>52</sup> Bruce Ackerman, “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004, s. 1040.



yine demokratik argümanla karşı çıkmaktadır: “Hiçbir demokratik hükümet panik halini geçirmeden ve ikinci bir terörist saldırıyı önlemeden halk desteğini koruyamaz. Ciddi bir politikacı, temel hakların hükümetin hareketsiz kalmasına neden olması halinde teröre karşı savaşta hakları sınırlandırmakta tereddüt etmez. Sürekli bastırma rejiminin uygulanmasına engel olmak için özgürlük savunucularının daha mantıklı doktrinler geliştirmeleri gerekir. (...) Uygun önlemler alınmazsa, olağanüstü önlemlerin gerekli olduğu süreden uzun sürme alışkanlığı vardır. Bununla birlikte bilinçli bir olağanüstü rejim tasarımı, paniğin yönlendirdiği sürekli yıkım döngüsüne karşı en iyi savunmadır”.<sup>53</sup> Yazar olağanüstü rejimler açısından Anayasada açıkça çerçevenin belirlenmesinden yanadır: hangi hallerde olağanüstü rejimlere geçileceği ve yönetenlerin hangi yetkileri kullanabileceğinin açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.<sup>54</sup> Ancak bu noktada da yazar anayasacılık için en önemli hususun altını çizmektedir: Anayasada bu şekilde olağanüstü dönemlere dair bir çerçeveleme yapılsa bile, bunun asıl güvencesi erkler ayrılığıdır; başkanı dengeleyecek kurumsal bir fren ve denge mekanizmasının bulunmaması halinde, sadece metinde düzenleme yapılması başkanı anayasal çerçevesinde tutmaya yetmeyecektir.<sup>55</sup> Aslında aynı durum olağan dönemler için de geçerlidir. Olağan dönemde de yönetenleri keyfi yetki kullanımından uzak tutan ilk ve en önemli unsur, erkler ayrılığı ya da frenler dengeler sistemidir.

## II. Şiddetin Hukuku

Anayasaların kural olarak bireylerarası ilişkileri düzenlemediği varsayılır. Bireylerin birbirlerine karşı şiddet uygulamalarının hukuki sonuçlarını daha çok ceza hukukunun ve medeni hukukun çizdiği söylenir. Bununla birlikte, Anayasa şiddeti sosyal alandan dışlamaya dönük genel düzenlemeler içermektedir. Bu bölümde bu düzenlemeler dört başlık altında incelenecektir.

Anayasanın bazı hükümleri, devlete bireyleri birbirlerine karşı koruma yükümlülüğü yanında başkaca ödevler de yüklemektedir. (A)

Bireyler arası şiddet çoğu zaman ayrımcılık kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır. Kişiler kendilerine eşit görmediklerine yönelik olarak şiddet kullanma eğilimi göstermektedirler. (B)

Kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü hakkı bireylerin hem dikey ilişkilerde, hem de yatay ilişkilerde şiddetten korunmasına yönelmiştir. (C)

<sup>53</sup> Ackerman, s. 1030.

<sup>54</sup> Ackerman, s. 1056.

<sup>55</sup> Ackerman, s. 1056.

Ancak bazı temel haklar da özleri itibarıyla her türlü müdahaleden ari olmayı gerektirir. Başka bir deyişle, bu haklar, hem devlete, hem de diğer bireylere karşı kişinin müdahale edilmemesi gereken alanını işaret eder. (D)

### A. *İnsan Haklarına Saygılı (...) Sosyal Hukuk Devleti ve Devletin Temel Amaç ve Görevleri*

Anayasanın 2. maddesinde “Cumhuriyetin nitelikleri” sayılırken “insan haklarına saygılı” devlet ifadesi de kullanılmıştır. Özellikle 1982 Anayasasının uygulandığı ilk dönemlerde bu maddede kullanılan “saygılı” ifadesi çok tartışılmış; 1961 Anayasasının 2. maddesinde yer alan “insan haklarına dayanan” devlet ifadesi yerine bunun tercih edilmesinin, iki anayasa arasındaki anlayış farkını yansıttığı söylenmiştir.<sup>56</sup> Metinler arasındaki “saygılı”, “dayanan” farkı, iki anayasayı tamamen başkalaştıran ve birbirinden bağımsız kılan bir değişiklik değildir. Bununla birlikte, iki anayasayı özellikle temel haklara bakış açısından birbirinden farklılaştıran başkaca faktörler de vardır: devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülükleri ya da tasavvur edilen sivil toplum anlayışı gibi. Devletin sosyal ve ekonomik anlamda yükümlülükleri ifadesi yine Anayasanın 5. maddesiyle, yani devletin temel amaç ve görevleriyle birlikte düşünülmelidir: “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*”. Ayrıca Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığına ilişkin hüküm düzenlemesinde devlet organları yanında kişiler de sayılmıştır: “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır*”.

Bu hükümlerin şiddete karşı korunma açısından birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasanın 2. maddesi gereğince insan haklarına saygılı olan, başka bir deyişle kişiler tarafından temel hakların kullanılmasına saygı gösteren devletin sosyal alandaki işlevleri burada bitmemektedir. Ayrıca Anayasanın 5. maddesi gereğince, devletin kişinin hak ve özgürlüklerini kullanması önündeki engelleri kaldırma ve yine kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirmeleri yönünde önlem alması gerekmektedir. Başka bir deyişle, temel haklar alanında devletin saygı gösterme ediminin yanında, kişiyi diğer bireylere karşı *koruma* ve özellikle sosyal devlet ilkesi gereğince ekonomik ve sosyal boyutlu haklar için *gerçekleştirme* yükümlülükleri de vardır.

Bir hukuk devletinde bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde kişiye usuli başvuru imkanlarının da tanınmış olması gerekir.

<sup>56</sup> Bülent Tanör, İki Anayasa (1961-1982), Oniki Levha yay., 4. Baskı, İstanbul 2012, s. 118-119.

Tüm bu yükümlülükleri şiddet alanına uyarladığımızda şu sonuçlar karşımıza çıkmaktadır: Öncelikle devletin kendisi, yetkilerini anayasanın çizdiği çerçeve içerisinde kullanılmalıdır (saygı yükümlülüğü). Devlet, bireyleri birbirlerinden gelecek tehditlere karşı<sup>57</sup> koruyacak idari ve hukuki bir sistem kurmalıdır (koruma yükümlülüğü). Devlet bireylerin birbirlerine şiddet uygulamasına engel olacak bir sosyal ortam hazırlamalıdır (gerçekleştirme yükümlülüğü).<sup>58</sup>

Anayasa Mahkemesi bu yükümlülüklerin bütününi aşağıda alıntılanan kararda şöyle ifade ediyor:

“Anayasa’nın 17. maddesinin ilk fıkrasında da herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kişinin yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, birbiriyle sıkı bağlantıları olan, devredilemez ve vazgeçilemez haklardandır. Devlet, yaşam hakkının bir gereği olarak, bireylerin yaşamlarına **saygı göstermekle (saygı yükümlülüğü)** ödevli olduğu gibi bireyleri, gerek üçüncü kişilerden ve gerekse sorumluluğunda bulunan personelin eylemlerinden kaynaklanan risklere karşı **koruma yükümlülüğü** altındadır. (...)

Ayrıca deniz adamlarının, uluslararası taşımacılık kapsamında açık denizlerde buldukları sürece iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin korumalardan yoksun bırakılması, Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkının yanında, Anayasa’nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi (**gerçekleştirme yükümlülüğü**) için çalışanların korunması ödevinin de ihlali sonucunu doğurmaktadır”.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Avrupa Mahkemesi uygulamasında devletin koruma yükümlülüğü bazen başka Devletlere karşı bireyi koruma şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Şayet bir kimse, başka bir ülkeye iade edildiği ya da sınır dışı edildiği takdirde kötü bir muamele ya da cezaya maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya ise, yine Devletin koruma yükümlülüğü devreye girebilmektedir. (Bkz. *Soering v. The United Kingdom*, Appl. No. 14038/88, 7.07.1989; *Chahal v. The United Kingdom*, Appl. No. 15.11.1996; *Ahmed v. Austria*, Appl. No. 25964/94, 17.12.1996; *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, Req. No. 27765/09, 23.02.2012; *Iskandarov v. Russia*, Appl. No. 17185/05, 23.09.2010; *Daoudi c. France*, Appl. No. 19576/08, 3.12.2009; *Jabari v. Turkey*, Appl. No. 40035/98, 11.07.2000; *Saadi c. Italie*, (Grande Chambre) Req. No. 37201/06, 28.02.2008.)

<sup>58</sup> Bu yükümlülüklerle ilişkin açıklamalarla, konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi ve Avrupa Mahkemesi kararları için bkz. **Oya Boyar**, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 53-80.

<sup>59</sup> AYMK, E. 2014/177, K. 2015/49, K.T.: 14.05.2015, R.G.: 11.06.2015-29383. (Vurgular ve parantezler bize ait)

Ancak pozitif yükümlülükler kuramının çok geniş bir biçimde uygulanması, devletin de her alana dahil olması bireysel özerkliklere aşırı müdahale sonucunu da doğurabilir. Dolayısıyla anayasacılıktaki pek çok sorunun temelinde olduğu gibi, kişileri korumasız bırakmaksızın, ancak birey özerkliğini de yok saymaksızın bu noktada da ölçüyü bulmak anayasal devletin en önemli meselelerinden biridir.

Anayasada yukarıda andığımız hükümler yanında, şiddetin asli nedenlerinden birini ilgilendiren bir düzenleme de bulunmaktadır: ayrımcılık.

### B. Eşitlik İlkesi

Şiddet ayrımcılıktan beslenir. Ekonomik eşitsizliğin, yoksulluğun ve ekonomik krizlerin şiddet üzerindeki etkileri üzerine diğer disiplinler yanında hukuksal alanda da çalışmalar bulunmaktadır.<sup>60</sup> Ancak en az ekonomik eşitsizlik kadar önemli konulardan biri de ayrımcılıktır.

Anayasanın 10. maddesi kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemektedir. Ancak gerek 2004 gerekse 2010 yılında yapılan değişikliklerle madde sadece “yasa önünde eşitliği” düzenleyen bir madde olmaktan çıkmış; aynı zamanda “fili eşitliği” de düzenler hale gelmiştir:

*“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

**(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1)** Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. **(Ek cümle: 7/5/2010-5982/1)** Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz (...).”

Ancak yapılan anayasa değişikliğine rağmen, özellikle 2010 yılında yapılan ve “pozitif ayrımcılık” olarak adlandırılan düzenlemenin yasal düzeye yansımaları söz konusu olmamıştır. Eşitlik ilkesinin güvencelemesine ilişkin olarak anayasal/yasal düzenlemelerin bulunması kuşkusuz önemlidir. Ancak daha da önemlisi şiddete neden olan eşitsiz güç ilişkilerinin ve sosyal rollerin değişmesidir. Bu da ancak devletin yasa, yürütme ve yargı organlarıyla şiddete karşı kararlı bir biçimde mücadelesi yoluyla gerçekleşebilir. Değişimin diğer bir yönünü de sivil toplum oluşturur. Ancak sivil toplumun gerçekten kendisinden beklenen amaçlara hizmet edebilmesi için özellikle üç anayasal şarttan bahsedilebilir<sup>61</sup>: (i) hukuki öngörülebilirlik ya da aleniyet ilkesi:

<sup>60</sup> Douglas Hay, “Time, Inequality, and Law’s Violence”, *Law’s Violence*, ed. Austin Sarat, Thomas R. Kearns, The University of Michigan Press, 1993 ss. 141-173.

<sup>61</sup> Benoît Frydman, “La société civile et ses droits”, *La société civile et ses droits*, ed. Benoît Frydman, Bruylant, Bruxelles 2004, ss. 9-10.

devlet işlemlerinin hem hukuken öngörülebilir hem de şeffaf nitelikte olması. (ii) vatandaşların iktidarın işlem ve eylemlerinden haberdar olması (bilgi edinme hakkı) ve kendi görüş ve önerilerini kamu makamlarına iletebilme imkanlarının olması: ifade, toplantı ve örgütlenme özgürlüklerinin güvenceli olması. (iii) basın özgürlüğü ve genel olarak medyanın önemi: basın özgürlüğünün demokrasi için vazgeçilemez ve yeri doldurulamaz bir niteliği bulunmaktadır.

### C. Kişinin Yaşama, Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, Anayasanın 17. maddesinde yaşama hakkıyla birlikte düzenlenmektedir.

*“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”.*

Esasen her iki hak da, öncelikle egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak zor kullanma yetkisine sahip olan devlete hitap etmektedir. Bu haklara yönelik olarak getirilebilecek devlet müdahalesini Anayasaya uygun hale getiren husus, 17. maddenin son fıkrasındaki şartlara riayet edilmesidir:

*“(…) meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır”.*

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları ise daha çok kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğünün korunmasıyla ilgilidir. İkinci fıkra kişinin vücut dokunulmazlığına hangi hallerde müdahale edilebileceğini düzenlemektedir:

*“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”.*

Kişinin “maddi ve manevi varlığının korunması” hakkının bir yönü de kimşenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye uğramamasıdır ve bu husus Anayasanın 15. maddesinin son fıkrası gereğince de olağanüstü yönetim usullerinin geçerli olduğu dönemlerde bile dokunulmaması gereken alan olarak sayılmıştır:

*“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz”.*

Dolayısıyla, hem yaşama hakkına, hem de kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü hakkına *Anayasadaki şartlara riayetle* sınır getirilebilmektedir. Ancak Anayasada, kişilere işkence ve eziyet yapılması ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza verilmesi ya da bu tür bir muamelede bulunulması kesinlikle yasaklanmıştır. Bu yasak, bireylerin insan onurundan kaynaklanan iç değerlerini korumaya yönelmiştir ve bu yasağın verdiği güvenceden yararlanılması herhangi bir şarta ya da ölçülülük testine tabi tutulamaz.<sup>62</sup> Bu anlayış, insanın kendisini iç değeri olan bir varlık olarak ele alan Kant felsefesine dayanır<sup>63</sup>: İç değeri olan insan, araçsal değil başlı başına amaçsal olarak ele alınmalıdır. Bu nedenle insanı araçsallaştıran, bir vücuda indirgeyen, onun iç değerini ya da insan onurunu yok sayan muameleler yasak kapsamında kabul edilir.<sup>64</sup> “İnsan onuru”, birey özgürlüğüyle doğrudan ilgili bir kavramdır. Ancak insan onurunun hukuki niteliği konusu tartışmalıdır. Bir görüş, kavramın maddi ve manevi varlığın bütünlüğüyle kişinin çekirdek haklarını koruduğunu ifade eder.<sup>65</sup> Diğer görüşe göre bu kavram belli bir insan davranışını koruma altına almadığı için özgürlük olarak değerlendirilemez; hukuk devleti kapsamında ileri sürülebilecek bir usuli güvence de değildir, ancak devlet faaliyetlerini yönlendirici bir ilkedir.<sup>66</sup> Bununla birlikte bu tartışma şu hususa gölge düşürmemektedir: insan onuru kavramı Roma Hukukuna ve dini temalara dayanan köklerine rağmen, modern dönemde Kant felsefesinde kendi içinde değeri olan bireyin en geniş bireysel özerkliklere sahip olması gerektiği anlayışıyla yoğurulmuş, II. Dünya Savaşından sonra da İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve ulusal anayasalarda yerini almaya başlamıştır. İnsan onuru kavramı mahkemeler

<sup>62</sup> Konuyla ilgili kaynaklar yanında, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa Mahkemesinin kararlarının değerlendirilmesi ve daha detaylı açıklama için bkz. **Oya Boyar**, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 137-157.

<sup>63</sup> **Emmanuel Kant**, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, (Çev: İoanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu, 4. Bası, Ankara 2009, s. 52.

<sup>64</sup> **Matthias Mahlmann**, “The Basic Law at 60: Human Dignity and The Culture of Republicanism”, *German Law Review*, Jan. 2010, s. 24.

<sup>65</sup> **Stephen Riley**, “Human dignity: comparative and conceptual debates”, *International Journal of Law in Context*, ss. 2010, 6(2), ss. 117-138.

<sup>66</sup> **Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier**, *Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux*, Stampfli Editions SA Berne, 2ème éd., 2006, s.144. Aslında bu noktada 1949 Bonn Anayasası akla gelmektedir. Temel Yasanın 1. maddesinde yer alan insan onuru kavramı, Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal bir değer olarak yorumlanmış ve Anayasanın sadece bireylerin devlete karşı ileri sürdüğü subjektif hakları değil; aynı zamanda Devletin tüm işlemlerinde gözetmesi gereken objektif bir değerler sistemini içerdiğine vurgu yapılmıştır, bkz. **Donald S. Kammers**, “Germany: Balancing Rights and Duties” in *Interpreting Constitutions*, ed. Jeffrey Goldsworthy, Oxford University Press, 2006, s. 180. Karşılaştırma için **Rex D. Glensy**, “The Right to Dignity”, *Columbia Human Rights Law Review*, Fall 2011, ss. 65-142.

tarafından özellikle “kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü hakkı”, “kişi güvenliği hakkı” ve “bireysel özerkliğe ilişkin haklar” kapsamında kullanılmıştır.<sup>67</sup>

Bu doğrultuda Anayasanın 17. maddesi hem devletin hukuka uygun olmayan şiddetine karşı, hem de üçüncü kişilerin şiddetine karşı bireyleri korumaktadır.

#### D. Bireysel Özerklik

Aslında temel hakların ortaya çıkışı bireysel özerklikle el ele yürütmüştür. İnsanların herhangi bir müdahaleyle karşılaşmaksızın kendilerine ait yaşam alanlarını oluşturabilmeleri, kendi seçimleri doğrultusunda kişiliklerini oluşturabilmeleri, kendi kararlarının sonuçlarına katlandıkları bir hukuki düzeni yaratılması anayasacılığın temel amaçlarından olmuştur. Her insan aynı şekilde bu haklardan yararlandığı için, liberal anayasacılığın bu noktadaki çözümü herkesin özgürlüğünün başkasının başladığı yerde bitmesi olmuştur. Bir nevi “kendine yapılmasını istemediğini başkasına yapma” düsturu.

1982 Anayasası bireysel özerkliğe ilişkin olarak 20, 21, 22 ve 23. maddeleri içermektedir<sup>68</sup>: sırasıyla özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, yerleşme ve seyahat hürriyeti bireysel özerkliğin sağlanmasına dönük düzenlemelerdir. Aslında 17. maddede yer alan kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğünün korunması hakkı da doğrudan doğruya bu tür bir boyut içermektedir. O nedenle bu maddelerin koruduğu değerler açısından bir çakışma olduğu söylenebilir. Özellikle 20. maddenin yapısına bakıldığında, ilk fıkrada genel bir biçimde özel hayata ve aile hayatına saygı hakkında bahsetmek mümkündür: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”.<sup>69</sup> Ancak maddenin devamında sadece özel hayatın gizliliğine

<sup>67</sup> Örneğin Avrupa Mahkemesi, bu kavramı 3, 5 ve 8. maddelere ilişkin içtihadında kullanmaktadır, bkz. Riley, ss. 124-125.

<sup>68</sup> Bununla birlikte anayasal hakların bütününe bireysel özerklik üzerinden okuyan Kai Möller gibi yazarlar da vardır: “Artık hakların amacı devletleri hareketsiz hale getirmek değil, bireylerin hayatlarının kontrolünü ellerine almalarını sağlamaktır. Anayasa yargısında bu doğrultuda üç eğilim görülmektedir. İlk olarak, bazı yargı organlarınca yatay etkinin kabul edilmesiyle, bir kişinin sahip olduğu özgürlüğün, onu sadece devlet müdahalelerine karşı değil, aynı zamanda işverenine ya da mülk sahibine karşı da koruduğu anlayışı görülmektedir. İkinci olarak devletin pozitif yükümlülüklerinin özellikle fiziksel bütünlük ve mahremiyet gibi alanlarda artarak tanınması özerklik eksenli yoruma işaret etmektedir. Son olarak da beslenme, sağlık ve eğitim gibi sosyal ve ekonomik hakların tanınmasıyla da özerkliğin ön koşulları oluşturulmaktadır”. Kai Möller, “Two Conceptions of Positive Liberty : Towards an Autonomy Based Theory of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 4, 2009, s. 758.

<sup>69</sup> Anayasa Mahkemesi de maddeyi şöyle yorumluyor: “Özel hayat geniş bir kavram kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup, bu koruma herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmekle birlikte, özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını

dönük özel sınırlandırma rejimi ve 2010 değişikliğinde yapılan eklemeye kişisel verilerin korunması hakkı düzenlenmektedir.<sup>70</sup> Bu durumun pratik sonucu şudur: 2001 değişikliklerinden sonra 13. maddeden temel haklara ilişkin genel sınırlandırma sebeplerinin kaldırıldığı ve 20. maddede de sadece haberleşmenin gizliliğine ilişkin sınırlandırma sebebi bulunduğu göz önüne alındığında, kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının diğer boyutlarına ilişkin olarak şu anda Anayasada bir sınırlandırma sebebi bulunmamaktadır. Ayrıca yukarıda anılan 17. maddede de maddi ve manevi varlığın bütünlüğünün korunması hakkının, sadece maddi varlığın bütünlüğüne ilişkin bölümüne dair bir rıza ve rızaya gerek olmayan hal düzenlemesi vardır (md. 17/II). Onun dışında kişinin manevi varlığının bütünlüğüne ilişkin herhangi bir sınırlandırma düzenlemesi yoktur. Bu hususların birlikte değerlendirilmesi sonucunda şu tespitler yapılabilir: (i) öncelikle, Anayasada, Avrupa Sözleşmesinde olduğu gibi bireysel özerkliğe ilişkin tek bir madde yerine (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, md. 8), beş ayrı madde vardır (md. 17, 20, 21, 22 ve 23). (ii) Anayasadaki maddelerden ikisinin başka bir deyişle, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğünün korunmasıyla özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının arasında koruma alanı bakımından örtüşme vardır. (iii) İlgili maddelerde, özel hayatın gizliliği dışında, kişinin manevi varlığının bütünlüğü hakkı için özel olarak öngörülmuş bir sınırlandırma sebebi yoktur. (iv) Kuşkusuz, nesnel sınırlar öğretisi ve Anayasanın diğer maddelerinde yer alan ilkeler dikkate alındığında, bir maddede sınırlandırma nedeni olmaması o hakkın sınırlandırılmayacağı anlamına gelmemektedir.<sup>71</sup> Bununla

---

istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu alandan uzak tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır.

Özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp, bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilgini, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılmaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir". AYMK, Şengül Kayan, B.N. 2013/1614, K.T.: 3.04.2014, para. 31-32.

<sup>70</sup> "(Değişik: 3/10/2001-4709/5 md.) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kalmış mercîin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili mercîin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir".

<sup>71</sup> AYMK, Şengül Kayan, B.N. 2013/1614, K.T.: 3.04.2014, para. 39: "Anayasa'nın 20. maddesinde, özel hayatın gizliliği hakkı açısından, bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebep-



birlikte, Anayasanın kişinin manevi varlığının bütünlüğünün korunması ve bireysel özerkliğin gizlilik dışındaki boyutlarının korunmasına<sup>72</sup> ilişkin sınırlandırma sebebi öngörmemiş olmasından yola çıkılarak, bu alanları çok daha güvenceli bir biçimde düzenlediği iddia edilebilir.

Anayasanın bu düzenlemelerinin özellikle şiddet açısından tekrar hatırlanması uygun olabilir. Zira bireysel özerkliğin en önemli amacı kişilerin ahlaki ya da paternalist sınırlamalara maruz kalmasının önüne geçilmesidir. Bu konunun özellikle kadına yönelmiş şiddet açısından ayrıca bir önem taşıdığı görülmektedir. Kadına yönelmiş şiddet, ayrımcılığın en görünür tezahürüdür. Bu ayrımcılık, hem koyu bir paternalizmin, hem de geleneksel kalıpların izlerini taşır. Bireysel özerkliğin kadına yönelik şiddet konusunda ayrıca önemi vardır: çünkü kadının kararlarına, seçimlerine ve tercihlerine saygı duyan bir anayasal rejim şiddeti de, şiddet tehdidini de dışlar.

### Değerlendirme

Hukuk-şiddet ilişkisi farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Devlet özel alanı şiddetten arındırmak için tasarlanmıştır, ancak kendisinin koyduğu kuralların uygulanabilmesi için de şiddete ihtiyaç duymaktadır. Şiddet olayları anayasaların yapılışına hatta anayasacılık akımlarının doğuşuna da neden olabilmektedir. Fransa'da 1789 ihtilali, Amerika Birleşik Devletlerindeki iç savaş liberal anayasacılığın doğumunu hazırlarken, II. Dünya Savaşı hem tek tek Almanya ve Japonya Anayasaları için ve daha önemlisi ulus-ötesi anayasacılık başlangıç niteliğini taşımaktadır. Osmanlı-Türk anayasal gelişiminde de hem anayasacılık hareketinin ortaya çıkışı esnasında hem de ulusal devletin kuruluşu esnasında savaşların etkilerini görmek mümkündür. Yine Türkiye, Yunanistan gibi örneklerde askeri darbelerin anayasa yapılmasına neden olabildiği görülmüştür. Anayasalar aynı zamanda olağanüstü rejimleri de düzenleyen metinlerdir. Ulusal ve uluslararası terörün ve silah teknolojisinin geldiği noktada olağanüstü yönetim usullerinde de yeni arayışlar ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan Anayasa sosyal alanı şiddetten arındırmaya yönelmiştir. Bu alanda devlete yükümlülükler yüklemiş ve bireylere haklar tanımıştır. Ancak, sosyal alanın şiddetten arındırılması hem devlete, hem de sivil topluma bağlıdır. Devlet alanında erkler ayrılığı ve bu doğrultuda frenler ve dengeler mekanizması, anayasal

---

*lerine yer verilmiş olmakla beraber, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmakta, ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 33)".*

<sup>72</sup> Danışma Meclisinin madde gerekçesinde bu boyut şu şekilde ifade ediliyor: "Özel hayatın korunmasının diğer bir yönü de resmî makamların özel hayata müdahale edememesi; yani kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesidir", s. 37. [https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli\\_1982\\_anayasasi.pdf](https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf) (01.12.2015).

hükümlerin hayata geçirilmesini sağlar. Hakların toplumsal taleplerini ifade edebildikleri, karar mekanizmalarına etki edebildikleri ve katılabildikleri açık toplumlarda şiddet oranı ciddi biçimde azalmaktadır. Nihayet demokrasi de İtalyan düşünürün yaptığı gibi şiddet üzerinden tanımlanabilir: “Demokratik rejimleri diğerlerinden ayıran kuralların temel amacı, mümkün olan her türlü çözümlerle, sosyal çatışmaların şiddet içeren sonuçlarından kaçınmaktır”.<sup>73</sup>

## KAYNAKÇA

- Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier**, *Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux*, Stampfli Editions SA Berne, 2ème éd., 2006.
- Antoni Abat i Ninet**, *Constitutional Violence, Legitimacy, Democracy and Human Rights*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013.
- Benoît Frydman**, “La société civile et ses droits”, *La société civile et ses droits*, ed. Benoît Frydman, Bruylant, Bruxelles 2004, ss. 1-20.
- Bruce Ackerman**, “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004, s. 1029-1091.
- Bülent Tanör**, İki Anayasa (1961-1982), Oniki Levha yay., 4. Baskı, İstanbul 2012.
- Carl Schmitt**, *Political Theology - Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, çev: George Schwab, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, and London, England 1985.
- Carlos-Miguel Pimentel**, “Du contrat social à la norme suprême: l’invention du pouvoir constituant”, *Jus politicum*, N.3, 2009, ss. 1-17, <http://juspoliticum.com/article/Du-contrat-social-a-la-norme-supreme-l-invention-du-pouvoir-constituant-145.html> (01.02.2016)
- Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu**, *Kanunların Ruhü Üzerine*, (Çev: Şevki Özbiçen) Seçkin yay., I. Cilt, Ankara 2014.
- Daniel Shulthess**, “Modes et modalités dans le système de droit naturel de Samuel Pufendorf”, *Liber Amicorum Pascal Engel*, ss. 878-890 <https://www.unige.ch/lettres/philo/publications/engel/liberamicorum/schulthess.pdf>, (01.12.2015).
- David Bates**, “Constitutional Violence”, *Journal of Law and Society*, Vol. 34, N.1, March 2007, ss. 14-30.
- Donald S. Kommers**, “Germany: Balancing Rights and Duties” in *Interpreting Constitutions*, ed. Jeffrey Goldsworthy, Oxford University Press, 2006, ss. 161-214.
- Douglas Hay**, “Time, Inequality, and Law’s Violence”, *Law’s Violence*, ed. Austin Sarat, Thomas R. Kearns, The University of Michigan Press, 1993 ss. 141-173.
- Emile Durkheim**, *Montesquieu and Rousseau: Forerunners of Sociology*, University of Michigan Press, 1965.
- Emmanuel Kant**, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, (Çev: İoanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu, 4. Bası, Ankara 2009.

<sup>73</sup> **Bobbio**, *Old Age and Other Essays*, tr. and ed. by Allon Cameron, Polity Press, Cambridge 2001, s. 76.

- Harris, O'Boyle & Warbrick**, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Second ed., New York 2009.
- [https://yeniyanayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli\\_1982\\_anayasasi.pdf](https://yeniyanayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf) (01.12.2015).
- Jean-Jacques Rousseau**, *Le Contrat social ou principe du droit politique*, Chez Gerard Fleischer, Leipzig 1796.
- John Locke**, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, Yale University Press, ed. by Ian Shapiro, New Haven London, 2003.
- Kai Möller**, "Two Conceptions of Positive Liberty : Towards an Autonomy Based Theory of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 4, 2009, s. 757-786.
- Matthias Mahlmann**, "The Basic Law at 60: Human Dignity and The Culture of Republicanism", *German Law Review*, Jan. 2010, ss. 9-32.
- Max Weber**, *Economy and Society*, ed. by Guenther Roth-Claus Wittich, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1978.
- Max Weber**, *Sosyoloji Yazıları*, İletişim yay., Çev. Taha Parla, 1. bası, İstanbul 1996.
- Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol/Nihat Bulut**, *Genel Kamu Hukuku*, Der yay., 10. Bası, İstanbul 2014.
- Michel Miaille**, "Le droit-violence", *Déviante et société*, 1980, Vol. 4, N°2, s. 167-177, [http://www.persee.fr/doc/ds\\_0378-7931\\_1980\\_num\\_4\\_2\\_1045](http://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1980_num_4_2_1045) (16.10.2015).
- Michel Rosenfeld**, "Should Constitutional Democracies Redefine Emergencies and the Legal Regimes Suitable for Them?", *Sovereignty, Emergency and Legality*, ed. Austin Sarat, Cambridge University Press, New York 2010, s. 240-272.
- Norberto Bobbio**, "Le Pouvoir et le droit", ss. 19-31, [http://www.fondation-veillon.ch/data/documents/plaquette\\_1981\\_norberto\\_bobbio.pdf](http://www.fondation-veillon.ch/data/documents/plaquette_1981_norberto_bobbio.pdf) (02.12.2015)
- Norberto Bobbio**, *Old Age and Other Essays*, tr. and ed. by Allon Cameron, Polity Press, Cambridge 2001.
- Norberto Bobbio**, *Thomas Hobbes and The Natural Law Tradition*, Çev. Daniela Gobetti, University of Chicago Press, Chicago, London, 1993.
- Oya Boyar**, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 53-80.
- Oya Boyar**, "İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 137-157.
- Oya Boyar**, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 97-111.
- Rex D. Glensy**, "The Right to Dignity", *Columbia Human Rights Law Review*, Fall 2011, ss. 65-142.
- Richard Tuck**, *The Rights of War and Peace, Political Thought and The International Order From Grotius to Kant*, Oxford University Press, Oxford New York, 2002.
- Stephen Riley**, "Human dignity: comparative and conceptual debates", *International Journal of Law in Context*, ss. 2010, 6(2), ss. 117-138.

**Thomas Hobbes**, *De Cive (English Version)*, The Clarendon Edition of The Philosophical Works of Thomas Hobbes, Vol. III, Oxford University Press, ed. by Howard Warrender, 1984.

**Thomas Hobbes**, *Leviathan*, YKY yay., Çev. Semih Lim, 4. Baskı, İstanbul 2004.

**Ulaş Karan**, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 179-207.

# Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri

(The Status of the European Convention On Human  
Rights in Turkish Law)



Dr. Ahmet Burak BİLGİN\*

## ÖZET

Başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere uluslararası anlaşmaların yeri meselesi, Türk anayasal sisteminde daima tartışmalı bir mesele olmuştur. 2004 yılında yapılan anayasa değişikliği ile, bu meselelere bazı yönlerden cevap verilmeye çalışılmıştır. Halihazırdaki durumu anlamak için 2004 öncesi durumu anlamak ve bu bağlamda o döneme dair doktriner ve içtihadi tartışmaları bilmek gerekmektedir. Kaldı ki, 2004 düzenlemesi de, kendisine takaddüm eden tüm tartışmaları tamamıyla bitiren bir düzenleme olmamış; insan haklarıyla ilgili uluslararası normlarla ulusal kanunlar arasındaki çatışma dışında diğer hususlardaki tartışmalar, canlılığını sürdürmüştür. Örneğin insan haklarıyla ilgili olmayan uluslararası normlarla kanunlar arasındaki çatışma ile uluslararası kuralların anayasal normlar karşısındaki konumu gibi meselelere dair tartışmalar, halen daha güncelliğini korumaktadır. Çalışmada, 2004 öncesi ve sonrasındaki tartışmalar derli toplu bir şekilde verilecek; ardından da 2004 sonrası gelinen noktada meselelerin nasıl çözüleceğine ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

*Anahtar Kavramlar:* AİHS'in iç hukuktaki yeri, 2004 anayasa değişikliği, ulusal hukuk-uluslararası hukuk çatışması

## ABSTRACT

The issue of the status of international agreements including the European Convention on Human Rights has always been controversial in the constitutional system of Turkey. The constitutional amendment of 2004 has responded those controversial issues to a degree. In order to comprehend the status quo, one must cognize the pre-2004 situation and be familiar with the then doctrinal and jurisprudential debates. Nevertheless, the 2004 amendment appears to have failed to resolve all the prevailing debates. Other questions preserve their actuality, save the conflict between international norms regarding human rights and domestic laws. For instance, the

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

question of conflict between international norms that are not related to human rights and domestic legislation, as well as the position of international legislation vis-à-vis the constitutional rules is still an actual issue. In this study we will briefly compile the arguments of pre and post 2004 period; and subsequently offer some solutions as to how to deal with those questions.

**Keywords:** *The status of the ECHR in domestic law, the constitutional amendment of 2004, conflict between international law and municipal law*

## Giriş

İç hukukla uluslararası hukuk arasındaki ilişki ve bu anlamda uluslararası hukukun temel kaynağı olan uluslararası anlaşmaların<sup>1</sup> iç hukuktaki yeri, Anayasa Hukuku ile Uluslararası Hukuk disiplinlerinin en çok tartışılan konularından birisidir. Mesele, özü itibarıyla Uluslararası Hukuku ilgilendirse de, bu ilişkiye dair kurallar genelde anayasalarda bulunduğundan, Anayasa Hukuku ilke ve kuralları da tartışmaya katılmaktadır. Türk Hukukunda da, bu mesele, hem 1961 hem de 1982 Anayasası dönemlerinde yoğun biçimde tartışılmış ve farklı görüşler/çözümler öne sürülmüştür. Çözümler diyoruz; çünkü, her iki hukuk düzeninin normları, beraberce bulunduğu bir çatışma/çelişme durumu muhtemel olduğundan, ulusal hukukla uluslararası hukuk arasındaki bu ilişki, salt teorik tartışmanın ötesinde bir anlam ifade etmekte ve bu çatışmanın nasıl çözüleceğine dair çözümleri gerektirmektedir. Nitekim öğretilerdeki bu zenginlik, yüksek mahkeme kararlarına da yansımış ve başta Anayasa Mahkemesi ile Danıştay ve Yargıtay olmak üzere farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. 1982 Anayasası döneminde var olan bu tartışmalar, Anayasa'da 2004 yılında yapılan bir değişiklikle farklı bir boyuta taşınmış; yeni düzenleme ile, artık eski tartışmaların tamamen sona erdiği, kısmen sona erdiği ve hiç sona ermeyip aynen devam ettiği gibi yorumlara yol açmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>2</sup> de, bilindiği üzere, günümüzde en prestijli; getirdiği zorunlu yargı sistemi ve kurduğu yargı organı ile insan haklarının korunması bağlamında en etkili uluslararası metinlerden birisi ve hatta belki de en önde gelenidir.<sup>3</sup> Türk Hukuku bakımından da, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki

<sup>1</sup> Devletlerin ikili yahut çok taraflı olarak birbirleri arasında veya uluslararası örgütlerin çatısı altında yaptıkları hukuken bağlayıcı taahhütlere, uygulamada ve öğretilerde, aralarındaki belli nüanslar gözetilerek, farklı isimler verilmektedir. *Anlaşma, sözleşme, antlaşma, andlaşma, konvansiyon* gibi terimler, bunlardan bazılarıdır. Bu çalışmada, atfı yapılan yerde kullanılan terimlere (örneğin 1982 Anayasası m.90, "andlaşma" kavramını kullanmaktadır) saygı göstermek kaydıyla, genel olarak "anlaşma" terimi kullanılacaktır.

<sup>2</sup> Metin boyunca "AİHS" kısaltması yahut "Sözleşme" terimi ile ifade edilecektir.

<sup>3</sup> Bu yönüyle o, sadece insan haklarını güvence altına alan bir belge değil; Batı Demokrasisini somutlaştırma işlevi üstlenen bir belge olarak görülmüş ve bu yüzden de, onun için, "Avrupa Anayasası", "Avrupa'nın anayasal şartı" gibi nitelermeler yapılmıştır (Emin Memiş, İnsan Hakları Avrupa

ve muhtemel çatışmaların çözüm yolları dendiğinde, elbette Türkiye'nin taraf olduğu tüm anlaşmalar bu kapsama girse de; akla ilk gelen, AİHS ile iç hukuk arasındaki ilişki, bu bağlamda AİHS'in Türk Hukukundaki yeri ve etkisidir. Bilhassa Türkiye'nin Sözleşme kapsamında son yıllara kadar en fazla dava edilen ve aleyhine en fazla ihlal kararı verilen devletlerden biri olması,<sup>4</sup> bu ilişkiyi daha da önemli hale getirmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz 2004 değişikliğine dair (önceki tartışmaları bitirdi mi, devam mı ettirecek şeklindeki eski) tartışmalar bağlamında, belki de, en tartışmasız ve net husus, temel hak ve hürriyetlere dair anlaşmalar ile kanunların çatışması meselesi halinde ne yapılacağıdır. Bu anlamda, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu şüphesiz olan AİHS de, bir ölçüde bu netlikten yararlanmaktadır. Ancak AİHS'in Anayasa karşısındaki konumu, halen daha tartışmalıdır. Esasen Türk Anayasası'nın, özellikle 2000'li yıllardan sonra yapılan değişikliklerle birlikte, AİHS ile büyük oranda uyumlaştırıldığı düşünüldüğünde, bu noktada gerçek bir çatışma ihtimali az olsa da, özellikle Sözleşmenin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi dinamik bir belge olarak sürekli geliştirmesi ve içerdiği güvencelerin kapsamını genişletmesi sebebiyle, böyle bir çatışma ihtimali her zaman canlıdır. Mahkeme'nin, kararlarının bağlayıcı olup, tespit ettiği ihlalin ortadan kaldırılması için gereken her şeyi yapmanın tüm taraf devletlerin üzerinde bir yükümlülük olduğu düşünüldüğünde, bu ilişki farklı bir boyut kazanmakta ve Sözleşmenin değerlendirilmesinde yargı organının yorum ve içtihatlarını da devreye sokmaktadır.

Bu makalede, tüm bu tartışmalara yer verilecek ve bazı çözümler önerilecektir. Önce, Sözleşmenin taraf devletlerdeki yerine dair Türkiye dışından örnekler verecek ve kısa bir mukayeseli hukuk çalışması yapacağız. Tabii bunu yaparken de, ister istemez, genel olarak uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiyi açıklayan sistemlere ve bu bağlamda AİHS'in bazı ülkelerde aldığı pozisyona bakacağız. Ardından Türk Hukukunda Sözleşmenin yerini incelemeye geçeceğiz. Burada da, aslında güncel anayasal yapı 2004 değişikliği ile şekillenmiş olsa da, yukarıda da belirttiğimiz gibi, 2004 öncesi tartışmalar, bir ölçüde 2004 sonrası dönemde de geçerli olduğundan; önce 2004 öncesindeki duruma, hemen ardından da 2004 sonrası gelinen noktaya bakacağız. Her iki dönemi incelerken de, önce öğretilerdeki görüşlere yer verecek; ardından

---

Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.132). AİHS, bu niteliğiyle, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra başlayan insan haklarının korunmasının ulusal ölçekten uluslararası ölçüğe taşınması; insan haklarının devletlerin salt bir iç meselesi olmaktan çıkıp kolektif bir nitelik kazanması ve bireyin de, hak sahibi olarak uluslararası hukukun bir öznesi konumuna getirilmesi sürecinin köşe taşlarından birini oluşturur (Ibid. s.131, 132. Aynı doğrultuda bkz.: Süheyl Batum, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye*, Kavram Yayınları, 107, Ağustos, 1996, s.13; Tekin Akilloğlu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz*, AÜSBFD, Cilt: 44, Sayı:3-4, Temmuz-Aralık 1989).

<sup>4</sup> İstatistikler için bkz.: [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2014_ENG.pdf), s. 8, 11, 12, 58, Erişim Tarihi: 12.10.2015.

dan belli başlı mahkemelerin kararlarında meselenin nasıl ortaya konup çözüldüğüne bakacak ve bir değerlendirme yapacağız.

### A. AİHS'in Taraf Devletlerin İç Hukuklarındaki Niteliği ve Yeri

AİHS, mahiyeti itibarıyla bir uluslararası anlaşmadır. Bundan ötürü de, kendisine taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerindeki yeri, bu devletlerin uluslararası hukuk ve özelde uluslararası anlaşmalar ile iç hukuk arasındaki ilişkiyi açıklayan sistemlerden hangisini kabul ettiklerine göre tayin olunur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bir taraf devletin bu sistemlerden hangisini kabul ettiği, öncelikle Sözleşmenin iç hukukun (yani milli mevzuatın) bir parçası haline getirilip getirilmediği ile ilgili bir konu olup; Sözleşmenin bu iç hukukta (yani milli mevzuat içinde) hiyerarşik anlamda nerede yer aldığı hususu, kabul edilen bu sistemden bağımsız olarak yine milli hukuklar tarafından belirlenecek ayrı bir durumdur. Diğer bir deyişle, kabul edilen sistem, öncelikle, Sözleşmenin o devletin idare ve yargı organlarının somut olaylarda başvurulabilecek bir kaynak olup olmadığına cevap vermekte olup; Sözleşmenin – velev ki iç hukukun bir parçası haline getirilmiş olsun – ulusal mevzuat içinde hangi statüde olduğu (Anayasa ile denk mi, yoka kanun kuvvetinde mi gibi) hususunu tek başına belirlemeye yetmemekte; bu husus, kabul edilen sistemden bağımsız olarak, yine o devletlerin anayasal kurallarınca belirlenmektedir.

Biz de burada, öncelikle, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiyi açıklayan bu sistemler hakkında kısaca bilgi verecek; ardından, AİHS'in belli taraf devletlerdeki yerini inceleyeceğiz.

#### A.1. Genel Olarak: Uluslararası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiyi Açıklayan Sistemler

Bilindiği üzere, genel anlamda uluslararası hukuk ve özelde de uluslararası anlaşmaların milli (iç) hukuklar ile ilişkisi konusunda, *ikici (düalist)* ve *tekçi (monist)* olmak üzere iki sistem mevcuttur.<sup>5</sup>

- *İkici (Düalist) Sistem'e* göre; uluslararası hukuk ile iç hukuk birbirinden farklı ve tamamen bağımsız iki ayrı hukuk düzenidir. Diğer bir deyişle, her ikisinin düzenledikleri toplumsal ilişkiler birbirinden farklıdır. Şöyle ki, iç hukuk, ulusal düzeyde bireyler ve bireyle devlet arasındaki ilişkileri; uluslararası hukuk ise, uluslararası camianın öznelere (genelde devletler ve bunların yanı sıra uluslararası kuruluşlar ve hatta bireyler) arasındaki uluslararası niteliğe sahip ilişkileri düzenler. Bu sistemde, her iki hukuk

<sup>5</sup> Monizm ve düalizm hakkında ayrıntılı bir doktriner tartışma için bkz.: Ender Ethem Atay, **Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı**, *Hukuk Kurultayı* 2000, 12/16 Ocak 2000, Ankara, Cilt:1, s.393 vd.



düzeni birbirinden bağımsız olduğundan, birindeki kuralın diğesinde de geçerli olabilmesi, buna ilişkin olarak ya açıkça bir *yollamada* (atıfta) bulunulmasına ya da bir *aktarma işleminin* yapılmasına bağlıdır. Bu itibarla, bu anlayışa göre, uluslararası hukukun ve özellikle de uluslararası anlaşmaların iç hukukta uygulanabilmesi için, bunların, idari makamların veya yasa organının bir tasarrufu ile iç hukuka aktarılması gereklidir.<sup>6</sup> AİHS'e taraf devletlerden örneğin İngiltere, İrlanda, Danimarka, Malta, Norveç, İzlanda ve İsveç'te bu sistem egemendir.<sup>7</sup>

- *Tekçi (Monist) Sistem'de ise*; uluslararası hukuk ile iç hukukun bir bütünün parçaları olduğu tek bir hukuk düzeni söz konusudur.<sup>8</sup> Bu anlayışa göre, *uluslararası hukuk alanında usulüne göre oluşturulan bir kural, doğrudan ulusal kurallar (milli mevzuat) arasındaki yerini alır* ve aldığı yere (yani kurallar kademelenmesindeki yerine) göre de uygulanır.<sup>9</sup> Sözleşmeye taraf devletlerden örneğin Fransa, İtalya, Portekiz, Yunanistan ve Türkiye'nin<sup>10</sup> hukuk düzenlerinde bu anlayış geçerlidir.

<sup>6</sup> Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara, 2007, s. 19.

<sup>7</sup> Kadir Yıldırım; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması**, Kazancı Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1997, s. 47 vd.; İbrahim Şahbaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:54, 2004, s.178; Gölcüklü – Gözübüyük; s. 19.

<sup>8</sup> En önde gelen temsilcisi olarak gösterilen Hans Kelsen'e göre; dünyada var olan hukuk düzeni, tek bir hukuk düzenidir ve uluslararası hukuk ile ulusal hukuk, bu düzenin parçalarını oluşturur (Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 15. Baskı, Turhan, 2015, s.19). Çelik'e göre de; uluslararası hukukla ulusal hukuk arasında eşitlik ilişkisinin bulunabilmesi, bu eşitliği kuran ve bu düzenlerden her birinin geçerlik alanlarını saptayan üçüncü ve üstün bir normlar sisteminin varlığına bağlıdır. Oysa, bu düzenlerden başka ve bunlardan üstün bir üçüncü düzen yoktur. Eşitlik söz konusu olamayacağına göre, bu iki sistem arasında zorunlu olarak bir hiyerarşi ilişkisi bulunacak ve normların sıralanışında uluslararası hukuk kuralları, iç hukuk kurallarının önünde yer alacaktır. Bunun sonucu olarak ise, bu iki hukuk normu çatıştığında, uluslararası hukuka üstünlük tanınacaktır (Edip Çelik, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması**, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, Sayı:1-3, 1988, s.49).

<sup>9</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, s. 19.

<sup>10</sup> 1982 Anayasası'nın 90/5. maddesi, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar, kanun hükmündedir*” hükmünü havidir. Bir uluslararası anlaşmanın nasıl yapıp yürürlüğe konacağı, anlaşmanın türüne göre 90. maddenin diğer fıkraları ile 244 sayılı *Milletlerarası Anlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yaşınlanması ile Bazı Anlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun*'da açıkça belirtilmiştir. İşte bir uluslararası anlaşma, buralarda belirtilen usullere göre yürürlüğe konmakla, iç hukukun bir parçası haline gelecek; diğer bir deyişle, gerek idare organları gerek mahkemelerce, aynı bir Türk kanunu gibi somut olaylarda uygulanabilecektir. Görüldüğü gibi, *Türk hukukunda*, uluslararası anlaşmaların iç hukukun bir parçası olabilmesi için usulüne göre yürürlüğe konması yeterli olup, ayrıca bir *aktarma (transformasyon) işlemine gerek bulunmamaktadır*. (Aynı doğrultuda bkz.: Bahadır Kılınc, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 323. ) Buna karşılık bazı yazarlar, Türkiye'nin düalist sistemde olduğunu savunmaktadırlar. Bu yönde görüşler için bkz.: Kemal Başlar, **Yeni Sivil Anayasada Uluslararası**

## A.2. *Taraf Devletlerin Hukuklarında AİHS*

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, Sözleşmenin, taraf devletlerin iç hukuklarının bir parçası olup olmaması ile iç hukukun bir parçası olduğu takdirde buradaki hiyerarşik yeri, birbiriyle bağlantılı, fakat ayrı şeylerdir. Öncelikle, *ikici* sistemde, söylediğimiz anlamda bir iç hukuka aktarma ya da yollama olmadan, uluslararası anlaşmaların ve dolayısıyla da Sözleşmenin, iç hukukun bir parçası olabilmesi ve ulusal makamlarca somut olaylarda uygulanabilmesi mümkün değildir. Sözleşmenin böyle bir aktarma veya yollama suretiyle iç hukukun bir parçası haline getirilmesi durumunda ise, Sözleşmenin o devletin ulusal mevzuatındaki kurallar arasındaki yeri, yine o devletin iç hukukunca ve genellikle de anayasası tarafından belirlenecektir. Aynı durum, *tekçi sistemin* kabul edildiği ülkeler bakımından da geçerlidir. Bu ülkelerde de, tekçi sistemin kabul edilmiş olması, sadece Sözleşmenin, iç hukukun bir parçası olabilmesi için bir aktarma işlemine gerek olmadığı, usulüne göre onaylanıp yürürlüğe konmakla iç hukukun bir parçası olduğu sonucunu doğurmaktan öte bir anlam ifade etmemekte; iç hukukun bir parçası durumunda bulunan Sözleşmenin iç hukuktaki hiyerarşik yeri, yine o devletin ulusal hukukunca ve çoğunlukla da anayasasınca belirlenmesi gereken ayrı bir husus olarak karşımızda durmaktadır. Diğer bir deyişle, bir devletin bu konuda kabul ettiği sistem, sadece Sözleşmenin o ülkede iç hukukun bir parçası haline gelip gelmediği ile ilgili olup, iç hukuktaki hiyerarşik yeri hakkında tek başına bir fikir vermemektedir.

Bu bağlamda, mukayeseli hukuka baktığımızda, ister ikici ister tekçi sistemi kabul etmiş olsun, taraf devletler arasında, iç hukuklarında Sözleşmeye tanıdıkları statü bakımından farklı uygulamalar mevcuttur. Biz de, burada öncelikle, mukayeseli hukuktaki duruma bir göz atacak, ardından Türk Hukukundaki duruma – öğreti ve mahkeme kararları ışığında – değineceğiz. Ancak, başlamadan önce bir hususu hatırlatmak gerekmektedir. Bütün bu anlattıklarımız, AİHS'in taraf devletlerin iç hukuklarındaki hiyerarşik yeri ile ilgili olup; ister ikici ister tekçi sistemi benimsemiş olsun, ister aşağıda değineceğimiz gibi, Sözleşmeye anayasal değer vermiş ister onu kanunla bir tutmuş olsun, ne Sözleşmenin tüm taraf devletler için bağlayıcılığına, ne de bu devletlerin, Sözleşmenin yorumlayıcısı ve uygulayıcısı olan AİHM kararlarının gereklerini yerine getirmekle yükümlü bulunmaları durumuna bir hanel getirecektir.

Mukayeseli hukuka baktığımızda, taraf devletler arasında farklı uygulamalar olduğu görülmektedir. Öncelikle, Sözleşmenin iç hukuklardaki hiyerarşik yerinden bahsedebilmek için, Sözleşmenin o ülke iç hukukunun bir parçası haline gelmiş veya getirilmiş olması gerektiği açıktır. Bu noktada, *tekçi* sistemi kabul eden ülkeler bakı-

mından böyle bir sorun söz konusu olmamakla birlikte, *ikinci* sistemi kabul eden ülkeler bakımından, bu hususun öncelikle ele alınması gerekmektedir.<sup>11</sup> Ancak bir hususu belirtmek gerekir ki, Yüzbaşıoğlu'nun da belirttiği gibi, taraf devletlerin pek çoğunun (hatta 1990'lara kadar neredeyse tamamının) anayasaları, Sözleşmenin ortaya çıkışından önce yapıldığı için, bunlardaki (örtülü ya da açık) çatışma kuralları, Sözleşmenin yerini hedef almaktan ziyade, genel olarak uluslararası anlaşmaların (veya hukukun genel ilkelerinin) yerine ilişkindir. Sözleşmenin kabulünden sonra yapılan anayasalarda ise, bazıları doğrudan AİHS'e temas etmekle birlikte (mesela 1978 İspanya Anayasası), bir çoğunun, yine genel olarak uluslararası anlaşmalara ilişkin çatışma ve kademelenme hükümleri getirdiği görülmektedir.<sup>12</sup>

*Sözleşmeyi İç Hukuklarının Bir Parçası Haline Getirmemiş Devletler*: Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki bakımından *ikinci* sistemi kabul eden devletlerde, bir uluslararası anlaşmanın iç hukukun bir parçası olabilmesi için, bir *aktarma* (*transformation*) veya *yollama* (*atf=reference*) işlemine ihtiyaç duyulduğunu önceden söylemiştik. Bu sistemi benimseyen taraf devletlere baktığımızda, bazılarında, bu şekilde bir aktarma veya yollama işlemi yapmak suretiyle Sözleşmenin iç hukukun bir parçası haline getirildiğini; buna karşılık bazılarının ise, henüz böyle bir işlem yaparak Sözleşmeyi iç hukukun bir parçası haline getirmedeğini görmekteyiz. Elbette ki, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Sözleşmenin ve mahkemesinin kararlarının tüm taraf devletler için bağlayıcı olduğu konusunda bir şüphe olmamakla birlikte, bu ikinci grup devletler bakımından, Sözleşmenin iç hukuktaki hiyerarşik yeri gibi bir husus da söz konusu olmayacaktır; zira bu devletlerde, Sözleşme, zaten iç hukukun bir parçası değildir. Sözleşmeye taraf devletlerden, İngiltere, İsveç, Norveç, İzlanda, Finlandiya, İrlanda, Almanya, bu grup devletlere örnek olarak gösterilebilir.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Bu noktada belirtelim ki, Sözleşmeye taraf olmanın, otomatik olarak, Sözleşmeyi iç hukukun bir parçası haline getirme yükümlülüğünü doğurup doğurmadığı tartışmalıdır. Sözleşme'nin yargı organı, çeşitli kararlarında, bu yönde ifadeler ("Sözleşmenin iç hukuka aktarılmasının, Sözleşmeyi hazırlayanların niyetini daha iyi yansıtacağı", "Sözleşmedeki hakların iç hukukta etkin biçimde korunabilmesi için, Sözleşmenin iç hukukun bir parçası haline getirilmesinin önemli olduğu" gibi) kullanmıştır (Vahit Bıçak, *Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.110; Zühtü Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.275, 276). Öğretide genelde kabul edilen ise, Sözleşmenin (1 ve 46. maddelerinin) böyle bir yükümlülük getirmeyeceğidir (Jacobs, White, & Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 6. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p.16; David J. Harris, Michael O'Boyle, Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p.29; Rıza Türmen, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.32.). Ancak ne olursa olsun kesin olan bir şey, taraf devletlerin, iç hukuklarını, tüm yönleriyle Sözleşme ve yargı organının kararlarıyla uyumlu hale getirmeleri mecburiyettir (Arslan, s.276).

<sup>12</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine*, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt:11, Sayı:1, Mayıs 1994, s.28.

<sup>13</sup> Yıldırım, s. 49 vd.

*Sözleşmeyi İç Hukuklarının Bir Parçası Haline Getirmiş Devletler:* Tekçi sistemi kabul etmiş (veya ikici sistemi kabul etmekle birlikte bir aktarma işlemiyle Sözleşmeyi iç hukuklarının bir parçası haline getirmiş) taraf devletlerde, Sözleşmenin milli mevzuat içindeki hiyerarşik yeri konusunda dört farklı uygulama karşımıza çıkmaktadır:

- Sözleşmeyi sıradan bir kanun kuvvetinde gören devletler
- Sözleşmeyi kanundan üstte fakat anayasadan aşağıda gören devletler
- Sözleşmeye anayasal bir değer atfeden devletler ve
- Sözleşmeyi anayasadan dahi üstte tutan devletler

Sözleşmenin bu şekilde iç hukukun bir parçası haline getirildiği ülkelerde, Sözleşme ile bir kanun ve hatta anayasa hükmü çatıştığında, bunlardan hangisine üstünlük tanınacağı sorunu da beraberinde gelmektedir.<sup>14</sup>

- *Sözleşmeye sıradan bir kanunla aynı hiyerarşik değeri atfeden ülkelerde*, bir Sözleşme – anayasa hükmü çatışmasında, elbette ki, anayasa hükmüne üstünlük tanınacak; bir kanun – Sözleşme hükmü çatışmasında ise, mesele, iki kanun arasındaki bir çatışma halinde uygulanacak kurallara göre (sonraki – önceki kanun ve genel – özel kanun ilişkisi) çözülecektir. Buna göre örneğin, Sözleşmenin o ülkede yürürlüğe girdiği tarihten sonra çıkarılan bir kanun ile bir Sözleşme hükmü çatışırsa – ve yukarıda belirttiğimiz gibi kanunun Sözleşmeye uygun yorumu da mümkün değilse – idare ve yargı

<sup>14</sup> Burada durumu her bir sisteme göre ayrı ayrı incelemeye geçmeden önce, bu dört farklı sistemin tümü için de geçerli olan bir hususu tekrardan vurgulamakta fayda vardır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ister tekçi ister ikici sistemi kabul etmiş olsun ve ister Sözleşmeye bir kanun kuvveti isterse anayasal değer vermiş olsun, Sözleşme ile Divan kararları, Sözleşmenin 1. ve 46. maddeleri uyarınca tüm taraf devletler için bağlayıcıdır. Diğer bir deyişle, bir taraf devlet, ikici sistemi kabul ettiğini ve henüz iç hukuka aktarma işlemini de yapmadığını ileri sürerek Sözleşme ile bağlı olduğu gerçeğini inkar edemeyeceği ve Divan kararlarının gereklerini yerine getirmekten kaçınamayacağı gibi; iç hukukla Sözleşmenin çatışması halinde, kendi anayasasına göre iç hukukun üstün olduğunu öne sürerek Sözleşmeyi uygulamamasından doğacak sorumluluktan da kurtulamayacaktır. Bir taraf devletin anayasası, bu gibi hallerde eğer iç hukuka üstünlük tanıdıysa, yapılması gerekli şey, iç hukukun Sözleşmeye uygun olarak yorumlanmasıdır. Ancak Sözleşme ile iç hukuk arasındaki çatışmanın bariz olduğu ve böyle bir uygun yorumun mümkün olmadığı durumlarda, genel eğilim, ulusal idare ve yargı makamlarının, o somut olayda iç hukuklarını (kendi kanun ve anayasalarını) uygulamalarıdır. Ancak bu halde Sözleşmenin getirdiği uluslararası sorumluluğun da kaçınılmaz olduğu, diğer bir deyişle AİHM tarafından mahkum edilmekten de kurtulanamayacağı açıktır. Dolayısıyla aşağıda ele alacağımız Sözleşme ile iç hukuk arasındaki bir çatışmanın nasıl çözüleceği hususu, o devletin ulusal idare ve yargı makamlarının somut bir olayda nasıl davranacağına ilişkin olup, uluslararası boyutta, bahsettiğimiz gibi, ana ilke, *Sözleşmenin üstünlüğüdür*. Bu önemli hususu belirttikten sonra, bu dört grup devlet bakımından Sözleşme ile iç hukuk arasındaki bariz bir çatışmanın nasıl çözüleceğini incelemeye geçebiliriz.

makamları, mecburen kanuna öncelik tanıyacaktır. Almanya,<sup>15</sup> İtalya<sup>16</sup> ve İsviçre bu gruba örnek verilebilir.<sup>17</sup>

- *Sözleşme'ye kanun ile anayasa arası bir hiyerarşik statü tanıyan (yani Sözleşme'ye kanunların üstünde fakat anayasanın altında bir hiyerarşik değer atfeden) ülkelerde*, Sözleşme ile anayasa hükmü arasındaki çatışmada yine anayasaya üstünlük tanınacak; bir Sözleşme hükmü ile kanunun çatışmasında ise, Sözleşme hükmü öncelikle uygulanacaktır. Fransa, Malta, Lüksemburg, Kıbrıs (Rum Kesimi) ve Portekiz, bu gruba örnek verilebilir.<sup>18</sup>
- *Sözleşmeye kanunların üstünde anayasal bir değer atfeden (yani Sözleşmeyi kurallar kademelenmesinde anayasası ile eş tutan) ülkelerde* (mesela Avusturya, İsviçre, Belçika),<sup>19</sup> Sözleşme ile bir kanun hükmünün çatışması halinde ne olacağına verilecek cevap kolay olup, hemen bir yukarıdaki sistem için verdiğimiz cevap ile aynıdır. Buna karşılık bir anayasa hükmü ile Sözleşmenin çatıştığı ihtimalde ise, durum biraz karmaşıktır. Aslında burada ilke basittir: anayasanın iki hükmü arasında bir çatışma çıktığı vakit, durum nasıl çözülüyorsa, Sözleşme de anayasal değerde olduğundan, burada da çözüm aynı olacaktır. Karmaşık olan, iki anayasa hükmünün çatışması halinde bunun nasıl çözüleceğinin bizatihi *anayasa hukukunda* tartışmalı bir konu olmasıdır. Eğer bir anayasa, açıkça kendi hükümleri arasındaki böyle bir çatışmada izlenecek yolu göstermişse, çözüm buna göre bulunacaktır. Ancak, anayasanın kendi içinde birbiriyle çelişik hükümler içermesi, olası bir durum olarak görülmediğinden, anayasalarda genelde böyle bir çatışma hükmü yer almaz. Böyle anayasalarda, kural olarak anayasanın tüm hükümleri arasında bir astlık-üstlük ilişkisi bulunmadığı ve tümünün eşit hiyerarşide olduğu kabul edilmektedir. Burada, konumuz bu olmadığından fazla ayrıntıya girmiyor, bu halde konunun o ülkenin anayasa hukuku ilkelere göre çözüleceğini belirtmekle yetiniyoruz.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Yüzbaşıoğlu'na göre; Anayasa'nın lafzı böyle olmakla birlikte; Alman Anayasa Mahkemesine göre, yasama organının iradesinin açıkça aksi yönde olmaması koşuluyla, AİHS hükümlerine, sonraki kanunlar karşısında öncelik verilmesi benimsenmiştir (Yüzbaşıoğlu, s.29).

<sup>16</sup> Yüzbaşıoğlu'na göre, İtalya Anayasası'nda, uluslararası anlaşmalar ve dolayısıyla AİHS'in yerine ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamasıyla birlikte; AİHS, bir kanunla iç hukuka aktarıldığı için, Sözleşmenin kanun değerinde olduğu kabul edilmektedir (*Ibid*).

<sup>17</sup> Şahbaz, s.180. Alman yargısında meselenin güzel bir analizi için bkz.: Bilgütay Kural, **Bir Alman Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında AİHS'nin Alman Hukuku'na Etkisi**, <http://www.gunisigihukuk.com/abanayasasi.html>, Erişim Tarihi: 10.12.2014.

<sup>18</sup> Şahbaz, s.180.

<sup>19</sup> *Ibid.*; Arslan, s.277.

<sup>20</sup> Örneğin, 1982 Anayasası böyledir; zira hiçbir maddesinde, böyle bir çatışmanın nasıl çözüleceğine dair bir hüküm yoktur. Her ne kadar, Anayasa'nın Devletin temel niteliklerine ilişkin maddelerinin (mesela hukuk devleti, laiklik, eşitlik, üniter devlet vs.), diğer hükümlerden üstün olduğuna ve

- Son olarak da, Sözleşmeyi hiyerarşik anlamda anayasalarından dahi üstün tutan ülkeler bakımından (bu durum, anayasada açıkça belirtilmiş olabilir ya da anayasa maddelerinin yorumundan hareketle öğretilerde ve daha da önemlisi yargı kararlarıyla ortaya konmuş olabilir), elbette ki, Sözleşme, gerek bir kanun gerekse bir anayasa hükmü ile çatıştığında, Sözleşmeye üstünlük tanınacağına kuşku yoktur. Hollanda,<sup>21</sup> İspanya ve Yunanistan, bu gruba giren AİHS devletleri olarak gösterilmektedir.<sup>22</sup>

## B. Türk Hukukunda Sözleşmenin Niteliği ve Yeri

Uluslararası anlaşmaların *Türk hukukundaki* statüsü ve yeri konusunda esas hüküm, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası olmakla birlikte, dolaylı olarak bu konuya değinen başka Anayasa hükümleri de (m.2, 15, 16, 42, 92 ve Başlangıç 4. paragraf) mevcuttur.<sup>23</sup> Anayasa'nın m. 90/5 hükmüne baktığımızda ise, 2004 yılındaki değişiklikle kategorik bir ayrıma gidildiği ve uluslararası anlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayanlar şeklinde ikiye ayrıldığı görülmektedir. Şu halde, usulüne göre onaylanıp yürürlüğe konmuş ve böylece de iç hukukun (ulusal mevzuatın) bir parçası haline gelmiş bir uluslararası anlaşmanın iç hukuk (ulusal mevzuat)'taki yeri de, o anlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup olmadığına göre belirlenecektir. İncelemekte olduğumuz AİHS de, bu kurala tabidir. Diğer bir deyişle, Sözleşmenin *Türk hukukunda* hiyerarşik anlamda özel bir yeri olmayıp, iç hukuktaki statüsü, bu iki kategoriden hangisine girdiğine göre

---

Anayasa Mahkemesinin de, bu yönde bir yaklaşımı benimsediğine dair görüşlere rastlanmaktaysa da, Anayasa'nın açıkça böyle bir hiyerarşi/çatışma hükmü içermediği açıktır. Türk Hukuku bağlamında bu tartışmaya ileride tekrardan döneceğiz.

- <sup>21</sup> Hollanda Anayasası'na göre (m.91), Anayasa ile çatışan bir uluslararası anlaşmanın onaylanabilmesinin, Hollanda Parlamentosu'nun 2/3 ile kabulüne bağlı olduğunu belirtelim.
- <sup>22</sup> **Ibid.** Bu noktada bir mukayese yapmak adına, başka bir bölgesel insan hakları koruma sistemi olan 1969 yılında imzalanan *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi*'ne (*American Convention on Human Rights*) baktığımızda da, benzer bir tabloya rastlamaktayız. Sözleşme hükümlerine, anayasa-üstü (Kolombiya, Venezuela gibi); anayasal (Arjantin gibi); yasa-anayasa arası (Kosta Rika, El Salvador gibi) ve nihayet yasalarla eş (Meksika gibi) statü tanınmasının söz konusu olduğunu görmekteyiz (Volkan Aslan, *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:3, 2012, s.270).
- <sup>23</sup> Eski Anayasalara baktığımızda, 1924 Anayasası'nda, uluslararası anlaşmaların nasıl onaylanacağını göstermek dışında (m.26), iç hukuktaki yerine doğrudan değinen bir hüküm bulunmamaktaydı (Abdurrahman Eren, 1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:8, S:3-4, 2004, s.54). Ancak, gerek 1921 (m.7) gerek 1924 (m.26) Anayasalarında, anlaşmaların TBMM tarafından yapılacağı öngörüldüğünden, usul ve şekil bakımından anlaşmaların kanun mahiyetini aldığı ve bu etki ve değerlerde de uygulandığı söylenmiştir (Suat Bilge, *İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri*, *Ankara Barosu Dergisi*, 1989/6, s.985, 986; Atay, s.407). 1961 Anayasası'na bakıldığında ise, 65. maddede bu konuda doğrudan bir hüküm getirildiğini görmekteyiz. Bu hükmü, aşağıda değineceğiz.

belirlenecektir. Bu noktada, AIHS'in temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası anlaşma olduğunda kuşku bulunmadığına göre, bu kategoriye ilişkin söylenecekler, tabiatıyla Sözleşme için de geçerli olacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, *Türk hukukunda* uluslararası anlaşmaların yerini düzenleyen Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünde 2004 yılında bir değişiklik yapıldığından, konuyu, bu değişiklikten önceki ve sonraki haliyle inceleyeceğiz.

### **B.1. 2004 Değişikliğinden Önceki Durum**

#### *Genel Olarak*

Anayasa'nın 90/5. maddesi, 2004 yılındaki değişiklikten önce; “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” hükmünü haviydi. Görüldüğü üzere, Anayasa'nın 90/5. maddesi, bu dönemde, anlaşmalar arasında bir sınıflandırma yapmamakta; diğer bir deyişle, görünürde, tüm anlaşmaları, hiyerarşik anlamda aynı statüde kabul etmekteydi.<sup>24</sup>

Hüküm, uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirttiğinden ve fakat hemen sonra bunların – normal kanunlardan farklı olarak – Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceğini söylediğinden ötürü, uluslararası anlaşmaların (ve dolayısıyla da Sözleşmenin) iç hukuktaki hiyerarşik yeri hususu, öğreti ve yargı kararlarında sürekli tartışılmıştır. Buradaki “kanun hükmündedir” ibaresinden maksadın ne olduğu, bunların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesinin bir üstünlük göstergesi mi yoksa sadece bir ayrıcalık mı olduğu gibi meseleler, öğretilerde tartışılmalı olduğu gibi; konu, yargı kararlarıyla da tam olarak netlik kazanmış sayılmazdı.

Biz de, burada öncelikle, öğretilerdeki görüşlere yer verecek; ardından yine bu dönemde verilmiş konuya ilişkin içtihatlara değineceğiz. Tekraren vurgulayalım ki, savunduğumuz görüşe göre, 2004 değişikliği, konumuzla ilgili tartışmaların bir bölümüne cevap verdiği ve bu anlamda 2004 öncesi tartışmalar, belli bir ölçüde 2004 sonrası süreçte geçerliliğini koruduğu için; 2004 sonrasını anlayabilmek adına 2004 öncesi süreci ve bu süreçte yaşanan tartışmaları da kavramak gerekmektedir.

#### **B.1.1. Öğretilerdeki Görüşler**

Konuya ilişkin öğretilerdeki görüşler, (kendi içinde daha alt gruplara ayrılmak kaydıyla) esas olarak üç gruba ayrılabilir.

<sup>24</sup> Ancak aşağıda ele alacağımız diğer Anayasa hükümlerinin, aksi yönde yoruma yol açtığı; yani her ne kadar Anayasa'nın 90/5 hükmü, lafzen böyle bir ayırım yapmasa da, yukarıda belirttiğimiz diğer hükümlerinin yorumundan hareketle, Anayasa'nın insan haklarına ilişkin anlaşmalar ile bunların haricindeki anlaşmalar arasında bir ayırım gözettiği ileri sürülmekteydi. Bu konuya aşağıda değineceğiz.



*Kanuna eş değer sayan görüş:* Öğretide bir görüş, söz konusu fıkradaki “kanun hükmündedir” ibaresinden hareketle, uluslararası anlaşmaların kurallar kademelenmesinde Anayasa’nın altında ve kanunlarla eş değer olduğunu; 2. cümledeki “... Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” ibaresinin ise, uluslararası anlaşmalara kanunlardan üstünlük tanındığı şeklinde değil, bunların Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi suretiyle devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasına engel olmak amacıyla getirilmiş ve bu anlamda uluslararası anlaşmalara ayrıcalık tanıyan bir düzenleme şeklinde yorumlanması gerektiğini savunmaktaydı.<sup>25</sup> Bu görüş kabul edildiğinde, Sözleşme ile bir Anayasa hükmünün çatışması halinde Anayasa hükmüne üstünlük tanınacak; bir Sözleşme – kanun çatışması ihtimalinde ise – kanunun Sözleşmeye uygun yorumu mümkün değilse<sup>26</sup> – mesele, kanunlar arasındaki çatışma (sonraki kanun-önceki kanun ve genel-özel kanun) kurallarına göre çözülecekti. Görüldüğü gibi, bu görüşe göre, bir uluslararası anlaşmanın ve dolayısıyla AİHS’in sıradan bir kanun hükmünden bir farkı olmayıp; Sözleşmenin bazı hükümlerinin, kendisinden sonra yürürlüğe giren bir kanun ile yürürlükten kaldırılabilmesi veya en azından iç hukukta etkisiz kınlanması mümkündür.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Öğretide bu görüşü savunan yazarlar için bkz.: Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, 9. Bası, İstanbul, 2009, s.480, dipnot:94; Eren, s.57, dipnot 33. Örneğin Güran, anayasaya aykırılığın ileri sürülmesi yaşağının varlığının, uluslararası anlaşmaları, ne kanunlardan üstün ne de Anayasa ile eş düzeyde yapacağını; bunun sebebinin, birden çok dış iradenin uyumması ile oluşan anlaşmaların iki veya daha fazla farklı egemenliğin iradesinin ürünü olması ve bu sebeple, Anayasa Mahkemesinin egemenlik alanının dışında bulunması ve ayrıca Anayasa’ya aykırı görülse bile, ortada, iptal edilerek hukuk aleminden tamamen kaldırmaya (özellikle oluşum süreci itibarıyla) elverişli bir hukuk normunun olmaması olduğunu söylemektedir. Yazar, ayrıca, üstünlüğün mutlak surette Anayasa’da olduğunu ve 90. maddede, uluslararası anlaşmaların ancak kanunlara değişiklik getirebilmesine ve iç hukuk hiyerarşisinde ancak kanunlarla eşit basamakta konuşlanmalarına izin verilmiş olmasının, tam da, Anayasa’nın üstünlüğü mutlak ilkesinin istisnasız ifadesi ve teyidi olduğunu söylemektedir (Sait Güran, **Egemenlik Ulus’undur Üstünlük Anayasa’dadır**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.47). Bu noktadaki bir başka argüman da, uluslararası anlaşmaların, yasa koyucunun yasama yetkisine sınır koyamayacağı; Türkiye’nin çıkarları öyle gerektiriyorsa, anlaşmalara aykırı bir kanunun sonradan da çıkartılabileceği; ancak bunun hesabının önceden özenle yapılması gerektiği; bu durumda kanunun uygulanacağı ve bunun da anlaşmanın tek taraflı bir iç hukuk işlemi ile değiştirilmesi demek olmayacağıdır (Serdar Arıkan, **İnsan Haklarıyla İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Türk İç Hukukundaki Yeri**, *Yargıtay Dergisi*, Cilt:25, Sayı:4, Ekim 1999, s.637, 638).

<sup>26</sup> Bu noktada hemen, bütün makalenin üzerine oturduğu kavramlardan birini de, en baştan açıklamak gerekir. Çalışma boyunca, “çatışma”, daha açık ifadesiyle, “anlaşma-kanun çatışması” veya “anlaşma-anayasa çatışması” dediğimizde, kastettiğimiz hukuki problem, iki normun, aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi ve bu farklılığın, “uygun yorum” ile telif edilmesinin mümkün olmaması şeklinde ortaya çıkan problemidir. Biraz daha somutlaştırmak gerekirse, birinci ihtimal olarak, bir konuda herhangi bir uluslararası anlaşmada hüküm var ve fakat Anayasa’da ve yasalarda açık bir düzenleme yoksa, zaten ortada, Anayasa m.90/5, c.3 ve dolayısıyla bu makale anlamında bir çatışmadan bahsedilemez (kural olarak, tüm anlaşmalar, kanun hükmünde olarak uygulanır). İkinci ihtimal olarak anlaşma ile yasalar arasında bahsettiğimiz türden bir farklılık varsa, işte bu, bizim burada kastettiğimiz manada bir çatışma olacaktır.

<sup>27</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz.: Kemal Başlar; **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr.*



*Kanundan üstün tutan görüş:* Öğretideki diğer görüş ise, uluslararası hukukun genel olarak iç hukuka üstünlüğü ilkesinden ve/veya Anayasa'nın uluslararası anlaşmalar hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını öngören m.90/5, c.2 hükmünden hareketle, *tüm* uluslararası anlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu ileri sürmekteydi.<sup>28</sup> Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre, anılan fıkranın ilk cümlesindeki "kanun hükmündedir" ibaresi, uluslararası anlaşmaların hiyerarşik anlamda kurallar kademelenmesinde kanunlarla bir tutulduğu anlamına gelmeyip, usulüne göre yürürlüğe konmuş bir uluslararası anlaşmanın ayrıca başka bir işleme gerek olmaksızın iç hukukun bir parçası haline geldiği (yani tekçi/monist sistemin benimsendiği) konusunda uygulayıcılara yol göstermeyi amaçlamaktaydı. Bu görüşü savunanlara göre, bir uluslararası anlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde Sözleşmeye üstünlük tanınması söz konusuydu.<sup>29</sup>

*Sevin Toluner'e Armağan*, 24/1-2, 2004, s.19, 46 numaralı dipnottaki kaynaklar; Şahbaz, s.189, 23 ve s. 191, 28 numaralı dipnottaki kaynaklar. Öğretide Gözler ise, temelde, Kelsen'in "hiyerarşi" ve "hukuk normlarının geçerliliği" kavramlarından hareket ederek farklı bir noktadan olaya yaklaşmaktadır. Yazar, normlar arasındaki hiyerarşiyi, o normların arasındaki geçerlilik ilişkisi olarak tanımlamakta; bu anlamda, ancak iki norm arasında geçerlilik ilişkisi varsa, yani bir norm geçerliğini diğer normdan alıyorsa, aralarında bir hiyerarşi ilişkisi olabileceğini; burada da, alt normun, geçerliliğini üst normdan aldığını ve arada bir çatışma olduğunda da, üst normun tamamen tercih edilip, alt normun ihmal veya iptal edileceğini söylemektedir. Yazara göre, gerçek anlamda "hukuki hiyerarşi" budur. Bu tespitler temelinde, yazar, anlaşmalar ve de AİHS ile Anayasa arasında bir hiyerarşi olmadığını; zira bu iki grup metin arasında geçerlilik ilişkisi bulunmadığını; çünkü ne anlaşmaların iç hukuk normlarıyla ilga veya iç yargı organlarıncı iptal edilebileceğini ne de ulusal normların uluslararası normlarla ilga ve uluslararası yargı organlarıncı iptal edilebileceğini ileri sürmektedir. Böyle olunca, "iç geçerlilik" ile "dış geçerliliğin" farkı meydana çıkmakta; mesele, ulusal veya uluslararası düzeyde bir geçersizlik değil; olsa olsa bir "ileri sürülemez" (dermeyan edilemez) sorunu haline gelmektedir. Nihayet, arada bir "geçerlilik" ilişkisi kurulmadığına göre de, birinin diğerinin üstünde olduğunu iddia etmek, makul değildir (Kemal Gözler, İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu, *Türkiye'de İnsan Hakları*, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, s.33, 34).

<sup>28</sup> Bu görüşü savunan yazarlar için bkz.: Eren, s.59, dipnot:36. Ayrıca bkz.: Bahri Savcı, İnsan Hakları Üzerine, Uluslararası Alanda, "Norm İlke"ler ve Türk İç Hukuku, *AÜSBF Dergisi*, Cilt:35/1, 1980, s.18.

<sup>29</sup> Bu görüşteki yazarların destek aldığı bir nokta da, uluslararası hukukun ve anlaşmaların niteliği idi. Şöyle ki, anlaşma ile kanunun eş değerde kabul edilmesi, bunlar arasında bir çatışmanın var olabileceğini kabul etmek demek olur. Oysa, örneğin ülkelerin sınırlarına ve statülerine ilişkin olanlar başta olmak üzere, öyle anlaşmalar vardır ki, bunların sonradan çıkarılan bir kanun ile değiştirilmeleri mümkün değildir. Bu nedenle, Anayasa'ya uygunluğu aranmadan (yani aykırı olsa da) uygulanması gereken anlaşmaların, kendinden önce ya da sonra çıkan yasalarla çatıştığı için uygulanmaması mümkün olmaz (Gölcüklü, Gözübüyük, s.20, 21). Ayrıca, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi de, bir anlaşmanın hükümlerinin, iç hukuk normlarına aykırılığı gerekçesiyle ilga, ihmal veya tadil edilmesine izin vermez. Üstelik bu noktada, mesele, bir üstünlük sorunundan önce, Türk kanunlarının, anlaşmaların, anlaşmaların koyduğu amir hükümlere uyması gerektiği sorunudur (Bilge, s.985, 986). Sosyal ise biraz farklı bir açıdan olaya yaklaşmakta ve şöyle demektedir: "... bir devlet, uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak, kendisi açısından da hüküm ifade eder duruma getirirken, koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor demektir. Bu, uluslararası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasa'ya yaklaşıcı, en azından Anayasa'ya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor. Uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı öne sürülemeyeceğine göre, o hükümleri de, Anayasa'yla birlikte düşünmek ve Anayasa'yı onlarla birlikte yorumlamak gerekecektir. (...) Devlet, sözleşmeyi kabul ederken, anayasasının o sözleşmeden daha

Bu görüşü savunanların anlaşma-Anayasa ilişkisine bakışı ise, kendi içinde üçe ayrılmaktaydı. Bir anlaşma ile Anayasa hükmü çatıştığında, kimi, anlaşmanın uygulanacağını savunmakta (anlaşmaları, kanunlarla birlikte Anayasa'dan da üstün tutan görüş);<sup>30</sup> kimi, her şekilde Anayasa'nın uygulanması gerektiğini söylemekte (kanunlardan üstte fakat Anayasa'dan altta gören görüş) ve kimi ise, meselenin iki Anayasa hükmü arasındaki çatışma kurallarına göre çözüleceğini söylemekteydi (kanunlardan üstte Anayasa ile eş değerde gören görüş).<sup>31</sup>

sınırlayıcı olmadığını varsayarak, anayasasını öyle yorumlayarak kabul etmiştir. Daha sınırlayıcı olan yasa, devletin bu iradesiyle, yani – anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin Anayasa hükümleri anımsanacak olursa – yasama ve yürütme organlarının ortak tercihlerinden oluşan iradeyle çatışıyor demektir. Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetimi yaparken, bu iki irade arasında bir tercihte bulunması ve sözleşmenin gerisindeki genişletici iradeyi, yasanın gerisindeki sınırlayıcı iradeye üstün sayarak daha özgürlüklü bir Anayasa yorumu getirmesi ... uluslararası anlaşmalara özel bir yer tanıyan Anayasa'nın ruhuna uygun düşecektir..." (Mümtaz Soysal, **Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:2, 1985, s.16, 17).

<sup>30</sup> Nitekim Gözübüyük ve Gölcüklü'ye göre, Anayasa'ya aykırılığı öne sürülemeyen bir anlaşmanın, Anayasa'ya aykırı diye uygulanmaması, Anayasa'nın getirdiği sisteme ters düşer. Keza, bir anlaşmadan sonra yürürlüğe giren kanunun, "sonraki kanun" veya "özel hüküm" denilerek anlaşma karşısında öncelikle uygulanması da, aynı şekilde mümkün olmamalıdır. Anlaşmalar, kendi kurallarına göre değiştirilir; ulusal normlarla bunları tek taraflı değiştirmenin veya ilga etmenin imkanı yoktur (Gözübüyük, Gölcüklü, s.21). Selçuk da, farklı bir bakış açısıyla şöyle demektedir: "Anayasa yapıcı, Anayasa'yı yaparken, uluslararası anlaşmaları yasa düzeyinde öngörmüş olabilir. Ancak bu, onun özel iradesidir (*occasio legis*). Aynı Anayasa yapıcısı, anayasaya aykırılık iddiasını engelleyerek, bu özel iradeyi aşmış; o anda bile geleceğe yönelik nesnel iradeyi (*ratio legis*) açıklamıştır. Artık bugün, Anayasa'ya karşın dokunulmazlığını koruyarak yürürlükte kalan bir anlaşma hükmü varsa, bu hüküm, Anayasa'ya karşın uygulanacak demektir. Yargıçlar, yasaları, yasa koyucunun özel değil; nesnel iradesine göre yorumlayarak uygulamak zorundadırlar. Yazar, bu yaklaşımda, bazı biçimsel (basit çoğunlukla onaylanan bir anlaşmanın nitelikli çoğunluğa tabi bir anayasal normdan üstün tutulması gibi) ve maddi (Anayasa'nın en üstün norm olması gibi) sorunların belirebileceğini; bu sorunların, uluslararası anlaşmaların onaylanmasını, Hollanda'da olduğu gibi, Anayasa'nın tabi olduğu nitelikli çoğunluğa tabi tutarak aşılabileceğini; ancak bu olana kadar bile, bizzat Anayasa'nın yaptığı yollamalardan ve yukarıdaki gerekçelerden hareketle, anlaşmaların üstün tutulması gerektiğini söylemektedir (Sami Selçuk, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Uygulaması, *Yargıtay Dergisi*, Cilt:25, Temmuz 1999, s.410). Benzer görüş olarak; "... Anayasa'nın eksenini oluşturan 'insan haklarına saygı' ilkesi, sadece AİHS'in değil, fakat bütün uluslararası insan hakları normlarının anayasal değerde sayılmasını zorunlu kılmaktadır... Bütün bir hukuk sisteminin uyum içinde olmak zorunda olduğu bir Sözleşmenin anayasal değerde olduğunu, hatta kimi yönlerden anayasa üstü konumda bulunduğunu ayrıca söylemek fazladır." (Tekin Akıllıoğlu, **Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2-3, Mayıs-Eylül 1991, s.41, 42). Yüzbaşıoğlu'na göre ise, özellikle Başlangıç'ın 4. paragrafı ile 2. ve 5. maddeler bağlamında, 1982 Anayasası'nın, uluslararası hukuka açıklık ilkesini esas alan bir anayasa olduğu ve bu doğrultuda da, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü ilkesini öngördüğü kabul edilebilir. Böyle olunca, uluslararası hukuk düzeninin en önemli kaynağı olan anlaşmaların da, ulusal hukuk kurallarına üstün olduğunda şüphe yoktur (Yüzbaşıoğlu, s.30). Ancak yazar, başka bir yerde, bu üstünlüğü, sadece başta AİHS olmak üzere insan hakları anlaşmalarına tanıyarak, sanki, ayırım yapmadan tüm uluslararası anlaşmaların ulusal hukuktan ve Anayasa'dan üstte olduğunu söylediği yukarıdaki görüşünü sınırlamakta ve aşağıda göreceğimiz "anlaşmalar arasında ayırım yapan görüş"ü benimser gözükmektedir (Ibid. s.34).

<sup>31</sup> Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 486; Yıldırım, s. 111, 105. dipnot; Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, 8. Bası, Kırklareli, 2003, s. 11; Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü**

*Anlaşmalar arasında bir ayırım yapan görüş:* Öğretideki üçüncü görüş ise, uluslararası anlaşmaların *Türk hukukunda* kurallar kademelenmesindeki yerini, bu anlaşmalar arasında, bir ayırım yapmak suretiyle saptamaktaydı. Bu görüşü savunan yazarlar,<sup>32</sup> uluslararası anlaşmaları, genel olarak Anayasa'nın insan haklarına ve onların çerçevesi olarak uluslararası hukuka atıf yapan 2, 15, 16, 42/son, c.2 ve 92 gibi maddelerinden hareketle, *burada atıf yapılan ve bilhassa da insan haklarına ilişkin olan anlaşmalar ile bunların dışında kalanlar* olmak üzere ikiye ayırmaktaydı. Aslında bu görüşü savunan yazarlar da, yukarıda uluslararası hukuka üstünlük tanıyan görüşün dayandığı, Anayasa'nın, uluslararası hukuka atıf yapan özel maddelerinden hareket etmekteydi. Ne var ki, yukarıdakiler, bu hükümlerden, genel bir uluslararası hukuk üstünlüğü çıkarırken; bu görüştekiler ise, belli alanlarda (ve özellikle de insan hakları alanında) uluslararası hukuk üstünlüğü çıkarmaktaydı.<sup>33</sup>

Bu görüşteki yazarlara göre, ikinci gruba giren (insan haklarıyla ilgili olmayan) bir uluslararası anlaşma, her halükarda Anayasa'nın altında konumlandırılmalıydı. Böyle anlaşmalar, bu gruptaki yazarların kimine göre, kanunla aynı hiyerarşik değerde; kimine göre ise, kanundan üstte (ve fakat dediğimiz gibi, her şekilde Anayasa'nın altında) idi. Böylece, böyle bir anlaşma ile Anayasa hükmü çatıştığında, Anayasa'ya tartışmasız üstünlük tanınacakken; anlaşma-kanun çatışmasında ise, kanunlardan üstün görenlere göre kanun uygulanacak; kanunla aynı görenlere göre ise, genel çatışma kuralları devreye girecekti.

Birinci gruba giren (ve bilhassa da insan haklarına ilişkin) uluslararası anlaşmalar (başta AİHS) bakımından ise, bunların her halükarda kanunlardan üstün olduğu söylenmekteydi. Yani böyle bir anlaşma-kanun çatışmasında, şüphesiz anlaşma hükümlerine üstünlük tanınacaktı. Anlaşma-Anayasa ilişkisi noktasında ise, yukarıda genel tartışmalar bağlamında serdedilen üç görüş (Anayasa'dan altta,<sup>34</sup> Anayasa

---

ve Anayasal Denetimi Üzerine, s.19, 47 numaralı dipnottaki kaynaklar ve Şahbaz, s.189, 24 numaralı dipnottaki kaynaklar.

<sup>32</sup> Bu görüşü savunan yazarlar için bkz.: Eren, s.61, dipnot:47.

<sup>33</sup> Bu noktada öne sürülen argüman, bu özel hükümlerden hareketle, genel olarak 90. madde hükmünün, uluslararası anlaşmalara üstünlük tanıdığı yorumunun yapılamayacağı; çünkü, böyle olsaydı, bu özel maddelerde, uluslararası hukukun üstünlüğünün ayrıca belirtilmesine gerek olmayacaktı (Aslan Gündüz, İnsan Hakları ile İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Kurduğu Denetim Organları Kararlarının Hukukumuzda Etkileri, İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler), Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 1998, s.62; aktaran: Eren, s.61). Eren ise, bu hükümlerden hareketle, anlaşmalar arasında bir ayırım yapılabileceğini; ancak bu ayırımın, anlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek için değil; bu kapsama giren anlaşmaların anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılması amacıyla yapılabileceğini ileri sürmektedir.

<sup>34</sup> Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 481; Başlar, *Uluslararası Anlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine*, s.20, 48 numaralı dipnottaki kaynaklar.

ile eşdeğerde, Anayasa'dan üstte), burada da karşımıza çıkmaktaydı.<sup>35</sup> Dolayısıyla bu gruba giren bir uluslararası anlaşma (ve dolayısıyla AİHS) ile bir Anayasa hükmü arasındaki çatıştığında, kabul edilen görüşe göre (sırasıyla), ya Anayasa uygulanacak;<sup>36</sup> ya anlaşmaya üstünlük tanınacak;<sup>37</sup> ya da genel çatışma kuralları devreye girecekti. Görüldüğü gibi, bu görüş bağlamında, birinci grup (insan haklarıyla ilgili) uluslararası anlaşmalara ilişkin olarak, bunların kanunlardan her şekilde üstünlüğü kabul edilmekte; Anayasa ile ilişkisi noktasında ise, ayrışma görülmekteydi. Bunun dışındaki (ikinci gruba giren) uluslararası anlaşmalar bakımından ise, her şekilde Anayasa'dan altta olduğu kabul edilmekte ve bu sefer kanunlar ile ilişkisi noktasında bir ayrışma yaşanmaktaydı.

### ***B.1.2. Mahkeme Kararlarında Durum***

Uluslararası anlaşmaların iç hukukta kurallar kademelenmesindeki yeri konusunda öğretide var olan çeşitlilik, 2004 Anayasa değişikliği öncesi dönemde, yüksek mahkeme kararlarına da yansımıştı.<sup>38</sup>

- *Anayasa Mahkemesinin Konuya İlişkin Görüşü:* Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar vermiş olduğu kararlarında (gerek norm denetimi gerek siyasi parti kapatma kararlarında), uluslararası anlaşmaları (ve dolayısıyla AİHS'i), tek başına bağımsız bir ölçü (referans) norm olarak değil, Anayasa'nın 2. maddesindeki insan haklarına saygılı devlet ile hukuk devleti ilkelerinden hareketle destek ölçü norm olarak kullanmıştır.<sup>39</sup> Diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, ne kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken sırf Sözleşmeye aykırılık nedeniyle bir kanun hükmünü iptal etmiş<sup>40</sup>; ne de siyasi parti kapatma davalarında, ilgili kanun hükümlerini uygulamaktan Sözleşmeye aykırılık gerekçesiyle

<sup>35</sup> Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 481 ve Şahbaz, s.191, 27 numaralı dipnottaki kaynaklar.

<sup>36</sup> Örneğin Teziç, bir milletlerarası anlaşma ile Anayasa'nın açıkça (uyumlu yorum mümkün olmayacak şekilde) çatıştığı durumlarda, 1982 Anayasası'na göre, Anayasa Mahkemesinin anlaşmayı değil, Anayasa'yı uygulamak ve sorunun nihai çözümünü uluslararası yargı yerlerine bırakmak durumunda olduğunu söylemektedir (Teziç, s.11).

<sup>37</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, s. 21.

<sup>38</sup> Kılınç, s. 326.

<sup>39</sup> *Ibid.*; Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 481 vd. Yazarlar, Mahkeme'nin insan haklarına ilişkin belgelerle Anayasa'nın uyumlu olduğu durumlarda, söz konusu belgeden, denetlediği kuralın Anayasa'ya aykırı veya uygun olduğunu saptarken yararlandığını belirtmektedirler (*Ibid.* s.482).

<sup>40</sup> Mahkeme, bir kararında, uluslararası anlaşmaların da kanun gücünde olduğunu; bu anlamda, anayasal yargı denetiminin, yasaların Anayasa karşısındaki denetimi olup, yasaların uluslararası anlaşma hükümlerine uygunluğunun anayasal yargının görev alanıyla bağdaşmadığını belirtmiştir (Kılınç, s. 327).

imtina etmiştir.<sup>41</sup> Her ne kadar, Mahkeme'nin, anlaşmaları, "Anayasa-üstü normlar" olarak niteleyen kararları<sup>42</sup> varsa da; Mahkeme'nin genel tavrı, bunları, Anayasa'nın üstünde kabul etmemek ve destek ölçü norm olarak kullanmaktır.<sup>43</sup>

Mahkeme, 1997 yılında verdiği bir kararında ise, uluslararası anlaşmaların iç hukukta kurallar kademelenmesindeki yeri konusunda tavrını net biçimde ortaya koymuş ve Anayasa'nın m. 90/5 hükmünden hareketle, (herhangi bir gruplama yapmadan tüm) uluslararası anlaşmaların yasalarla eş değerde olup, bir çatışma halinde, uygun yorum yoluyla bir çözüm de bulunamıyorsa, sorunun, iki kanun arasındaki çatışma kurallarına göre (sonraki-önceki ve genel-özel kanun ilişkisi çerçevesinde) çözüleceğini

<sup>41</sup> **Ibid.** Mahkeme, Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içinden (yani bir devlet kuruluşu olmaktan) çıkarılmasını öngören programı dolayısıyla Siyasi Partiler Kanunu'nun 89 ve 101 ile Anayasa'nın ilgili maddeleri uyarınca kapatılması için açılan davada, davalı Parti'nin, "uluslararası anlaşmaların düşünce açıklanmasından dolayı bir partinin kapatılmasına olur vermediği, bu nedenle, Siyasî Partiler Yasası'nın ilgili kuralları yerine iç hukukumuzla göre yasa hükmünde olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulanması gerektiği" yönündeki savunmasını geçerli bulmamıştır. Mahkeme'ye göre, "Anayasa'nın 90. maddesinde 'usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir' denilmektedir. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları da yasa hükmündedir. Ancak, 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası davada Sözleşme'ye nazaran özel yasa niteliğinde olduğundan uygulanma önceliğine sahiptir. Kaldı ki, Sözleşme siyasi parti kapatma davalarında uygulanacak somut kuralları da içermemektedir. Bu nedenlerle, davada Siyasî Partiler Yasası hükümlerinin ihmal edilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili kurallarının doğrudan uygulanması olanağı bulunmamaktadır." (AYM, 22.5.1997, E. 1996/3 – K. 1997/3). Görüldüğü gibi, Mahkeme, AIHS'i dahi, yasa hükmünde görerek çatışma halinde özel kanun-genel kanun kuralını uygulamak suretiyle, Siyasî Partiler Kanunu'nu AIHS'e göre özel kanun olarak görmüştür. (Davanın neticesinde ise, iki üye, 89. madde uyarınca kapatmanın, AIHS'in 10 ve 11. maddelerindeki örgütlenme ve düşünceyi açıklama özgürlüklerine ve bu bağlamda Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "demokratik toplumun gereklerine aykırı olduğu ve Anayasa'nın 90/5 hükmü gereğince de Sözleşmenin uygulanması gerektiği gerekçesiyle; bir üye, kapatma nedenlerinin Anayasa'dakilerle sınırlı olduğu ve kanunla bunlara yenilerinin eklenemeyeceği, bu itibarla da SPK'nın ilgili hükümlerine göre kapatmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle; üç üye de, SPK m.89 ve Anayasa'nın m.136 hükümlerinin laikliği korumak amacı taşıdığı, davalı Parti'nin programına bir bütün olarak bakıldığında, tam da laikliği aykırı gördüğü için Diyanet'in genel idare içinden çıkarılmasını savunduğu ve anılan hükümlere aykırı olsa da, Parti'nin programının laikliğe aykırı olmadığı gerekçesiyle (böylece toplamda 11 üyenin 6'sı) kapatmayı uygun görmemiş ve parti kapatılmamıştır.)

<sup>42</sup> "... Uygur ülkeler, ... Anayasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz sözleşmelerde çocuklar arasında her türlü ayrımcılığa son vermişlerdir." (E.1990/15, K.1991/5, 28.2.1991). Kararların bir analizi için bkz.: Yasemin Özdek, **The Turkish Constitutional Court and the International Human Rights Treaties**, *Turkish Yearbook of Human Rights*, TODAİE, No:14/1, 1992, p.28 et. al ve Rona Aybay, **The International Human Rights Instruments and the Turkish Law**, *Turkish Yearbook of Human Rights*, TODAİE, No:1/1, 1979, p.22 et.al.

<sup>43</sup> "Anayasa-üstülüğü", genel anayasa-üstü kurallar (genel hukuk ilkeleri vs.) – dış anayasa-üstü kurallar (uluslararası normlar) – iç anayasa-üstü kurallar (Atatürk ilke ve inkılapları gibi) şeklinde üçe ayrılan bir görüş için bkz.: Hasan Tahsin Fendoğlu, **Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.366 vd. Benzer doğrultuda bkz.: Gözler, **İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu**, s.25.

açıkça belirtmiştir.<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi, iptal/itiraz davalarında, sık sık, Türkiye'nin insan haklarına saygılı bir devlet olduğunu, çağımızda insan hak ve özgürlüklerinin iç hukukları aşan evrensel bir nitelik kazandığını belirtip, denetlediği kuralı Anayasa'ya aykırı bulurken, Sözleşmeyi de, destek (ölçü norm) olarak kullanmış; fakat iş, bir çatışma halinde iç hukuktaki kural yerine Sözleşmeyi uygulamaya gelince, en azından insan hakları noktasında dahi aynı hassasiyeti göstermemiştir.<sup>45</sup>

- *Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Konuya İlişkin Görüşü*: Danıştay, bu konuda Anayasa Mahkemesinden farklı bir yaklaşımı benimsemiş; uluslararası anlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi kuralından hareket ederek, (Anayasa olmasa da hiç olmazsa) kanunlar ile Sözleşme arasındaki bir çatışmada açıkça Sözleşmeye üstünlük tanımış ve AIHS'in Anayasal değerinde olduğunu kabul etmiştir.<sup>46</sup> Kanımızca Danışta-

<sup>44</sup> "Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Kimi ülkelerde, uluslararası anlaşmaların yasastü ve hatta Anayasastü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve öğretilerde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa'da, çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir anlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralın aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur. İç hukuk yönünden; anlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda, iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir." (E. 1996/55 – K. 1997/33, 27.2.1997).

<sup>45</sup> Tanör, Yüzbaşıoğlu, bugüne kadar, yargı yerleri önünde açık bir Sözleşme-kanun ya da Sözleşme-Anayasa çatışması gündeme getirilmediğinden, AIHS'in yeri konusunda somut bir uygulamanın yapılmadığını savunmaktadır (Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 488). Ancak kanımızca, yukarıda yer verdiğimiz kararlar, Mahkeme'nin konuya bakışını olanca açıklığıyla ortaya koymaktadır.

<sup>46</sup> "1982 Anayasası, 1961 Anayasasından hemen hemen aynen alınan 90. maddesinin son fıkrasında, konuya ilişkin şu düzenlemeyi getirmektedir. 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.' Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda diğer devletlere karşı uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir sözleşmenin Anayasa'ya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının savsaklanamayacağı Türk Hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, anlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden anlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır. Nitelik uygulamada Devletin bir anlaşma yaparken, eğer anlaşma ile Anayasa çatışlıyorsa, bunu önlemek için çekince koyduğu, iç hukuk ile dış hukuk arasındaki çelişkiyi bu şekilde önlediği bilinmektedir. Örneğin Türkiye, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin Birinci Protokolü'nü onaylarken, çekince koyarak 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun uygulanmasını sağlamıştır. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan 'kanun hükmünde' sözcüklerinin, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulan sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesi yönelik olduğunu da belirtmek gerekir. Söz konusu hükme göre iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine

yın bu yorumu, dönemine göre oldukça ilerici bir yaklaşım olup, Anayasa Mahkemesinin o zamanki anlayışından da oldukça ileridedir. Askeri idari yargı organı olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise, 1998'de, o dönem için Anayasa uyarınca yargı yolu kapalı olan Yüksek Askeri Şura kararlarının bu durumunun AİHS m.6'ya aykırılığının iddia edildiği davada, "normalde Sözleşme hükümlerinin, Anayasa ile çatışma bile uygulanacağını; fakat Anayasa ile açık bir çatışma halinde, Anayasa'nın üstünlük ve bağlayıcılığı gereği Anayasa'nın uygulanması gerektiğini; Anayasa'nın 15, 16, 42 ve 92. maddelerini gözeterek, Sözleşmenin Anayasa üstü olduğunu savunan öğretinin, Türk yazılı hukuku karşısında benimsenemeyeceğini ve Sözleşme hükümlerinin ancak yardımcı hüküm olarak değerlendirilebileceğini belirtmiş ve Anayasa hükümleri, en üst ve bağlayıcı hükümler olduğundan, YAŞ kararlarına karşı yargı yolunun kapalılığı yolundaki Anayasa hükmünün (Sözleşme ile çatıştığı gerekçesiyle) savsanamayacağına hükmetmiştir.<sup>47</sup>

- *Yargıtayın Konuya İlişkin Görüşü*: Yargıtay ise, konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine benzer bir yaklaşım sergilemiş; diğer bir deyişle, uluslararası anlaşmaların kurallar kademelenmesinde yasalarla eşdeğer olduğu ve olası bir çatışmanın önceki-sonraki, özel-genel kanun ilişkisi çerçevesinde çözüleceği yönünde kararlar vermiştir. Mahkeme, uluslararası anlaşmalarla

başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, pek çok kararında, örneğin 274 sayılı Sendikalar Yasası ile ilgili 1967/29 sayılı kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesini bir Anayasa kuralı olarak değerlendirmiş ve böylece Sözleşme'nin Anayasal değer taşıdığını kabul etmiştir." (Danıştay 5. D., E. 1986/1923 – K. 1991/933, 22.5.1991). Yine 2004 değişikliğinden önce verdiği bir başka kararında, Danıştay, şunları söylemiştir: " ... ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yerinin belirlenmesi hususu Türk Anayasa Hukukunun üzerinde en çok tartıştığı sorunlardan biri olmuştur. Bilindiği üzere 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin "kanun hükmünde" bir hukuksal değer taşıdığı belirtilmiştir. Bir başka anlatımla Anayasa, uluslararası sözleşmelerin Türk hukuk düzeninde yasa gücünde ve herhangi bir iç hukuksal düzenleme yapılmasına gerek olmadan yasalar gibi doğrudan doğruya uygulanabileceğini kabul etmiştir. Anayasa'da yer alan "kanun hükmünde" ibaresi, onaylanan uluslararası sözleşmelerin "kurallar sıralamasındaki yerinin belirlenmesine değil, hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine" yöneliktir. Bu itibarla, "kanun hükmünde" ibaresini dar ve sözel bir yorumla kanun düzeyinde anlamak suretiyle onaylanan uluslararası sözleşmeleri yasalar ile eşit değerde sayan, böylece iç hukukun bir parçası niteliği kazanan bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınmasına olanak bulunmamaktadır. Anayasa'nın 2 ve 15. maddelerinden hareketle özellikle insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin kurallar sıralamasındaki yerinin Anayasa ile eşit değerde olduğunu söyleyebilmek bu aşamada mümkündür. Anayasa Mahkemesi de bir çok kararında sözleşmenin anayasal değerde olduğunu kabul etmiştir." (Danıştay 10. D., E. 2001/1835 – K. 2003/4190).

<sup>47</sup> AYİM 1. Daire, 964/1020, 24.11.1988. Ayrıca bkz.: Başlar, *Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine*, s.20 ve Şahbaz, s.202.



rı, bir kanun olarak doğrudan uygulayan kararlar vermekle birlikte;<sup>48</sup> iş, açık bir çatışma durumuna gelince, kanunlarla eşdeğerde sayma yolunu tutmuştur. Örneğin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1997 yılında verdiği bir kararında,<sup>49</sup> o tarihte Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nda yer alan zorunlu müdafilik sisteminin, AİHS m.6/3'e dayanılarak Devlet Güvenlik Mahkemelerinde uygulanamayacağını; zira bu hükmün AİHS m.6 hükmünden sonra yürürlüğe girdiğini söylemiştir (yani genel çatışma kurallarını uygulamıştır).<sup>50</sup>

### ***B.1.3. Değerlendirme***

Görüldüğü gibi, Anayasa değişikliğinin yapıldığı 2004 öncesi döneme dair, gerek öğretide gerekse içtihatla farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır. Biz, öncelikle, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasındaki "kanun hükmündedir" ibaresinden maksadın, usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmaların kurallar kademelenmesinde kanunlarla eş değerde olduğunu göstermek değil; bir uluslararası anlaşmanın usulüne göre yürürlüğe konmakla iç hukukun bir parçası haline geldiğini ve dolayısıyla somut olaylarda kanunlar gibi uygulanacağı konusunda ulusal yargı ve idare

<sup>48</sup> Mesela Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1994 yılında verdiği (fakat Hukuk Genel Kurulu tarafından kabul görmeyen) bir kararında, Türkiye tarafından onaylanan ve yürürlüğe sokulan 87 ve 151 sayılı ILO Sözleşmelerini, yasa gücünde sayarak; bunlarla gelen kamu görevlilerine sendika hakkının Türk Hukukunda tanınması gerektiğini söylemiştir (ancak aynı Sözleşmelerde yer alan toplu sözleşme yapma hakkının ise, ancak iç hukuktaki yasal bir düzenleme sonrası gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir). (Kararlar için bkz.: Arıkan, s.644).

<sup>49</sup> C.G.K. 11.11.1997, 169/233. (Aktaran: Havva Karademir, 1982 Anayasası'nın 90. Maddesinde Yapılan 2004 Değişikliği ile Milletlerarası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yerine İlişkin Değerlendirmeler, s.7, 19).

<sup>50</sup> Selçuk, karara ilişkin olarak, Sözleşmenin hükmünün, olaydaki CMUK hükmüne göre özel hüküm niteliğinde olduğunu ve bu itibarla olayda onun uygulanması gerektiğini söylemekte ve kendisinin de, kararda CMUK'yu uygulama çoğunluk görüşüne katıldığından ötürü yanıldığını itiraf etmektedir (Selçuk, s.416). Bir başka kararda, 10. Hukuk Dairesi de, "Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmüne göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Her ne kadar tahsis talep tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 1479 sayılı Kanun'un 24/11-b maddesi hükmüne göre Türk soylu olmayan davacının Bağ-Kur sigortalısı olması mümkün değilse de, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce çıkarılan kanunla onaylanarak yürürlüğe giren ve böylece iç hukuk kuralı haline gelen "Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin (RG. 5.9.1961 tarih ve 10898) 24. maddesinde mültecilere sosyal sigortaya (yaşlılık sigortası buna dahildir) ilişkin yasal hükümlerin aynen uygulanacağı, keza aynı doğrultudaki "Vatandaşlarla, Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması Hakkında 118. sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesinin" (Resmi Gazete 10.8.1971 - 13922) 3 ve 10. maddelerinde müttekabiliyet şartı aranmaksızın mültecilere sosyal güvenlik hakkı tanınacağına dair hükümler karşısında aksi yönde düzenleme içeren 1479 sayılı Kanunun 24/11-b maddesi hükmünün göz ardı edilerek uygulama önceliği bulunan uluslararası sözleşme hükümlerinin davaya uygulanarak, mülteci olan davacıya 1479 sayılı Kanun'un 35. maddesi şartları oluştuğunda yaşlılık aylığı bağlanması gerekir." demıştır (Yargıtay 10. H.D., 24.4.2003, E. 2003/3807 – K. 2003/1898). Başka kararlar için bkz.: Aydan Ömür Surlu, İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansımaları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010/87, s.169 vd.



makamlarına yol göstererek, bu anlamda, *Türk hukukunda*, iç hukukla uluslararası hukuk arasındaki ilişki bakımından "tekçi" sistemin kabul edildiğini ortaya koymak olduğunu düşünüyoruz. Bu itibarla, uluslararası anlaşmaları kanuna eş değer gören yazarların kendilerine dayanak aldığı bu yorum tarzına katılmamaktayız.

Ancak diğer taraftan, kanımızca, yine Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca uluslararası anlaşmaların Anayasa'ya aykırılıklarının iddia edilememesi de, tek başına, Anayasa'nın, uluslararası anlaşmaları, kanunlardan üstün tuttuğunun bir göstergesi olarak yorumlanmamalıdır. Zira kurallar kademelenmesindeki bir norma karşı anayasal denetim yolunun kapatılmış olması, onun bu düzende hiyerarşik olarak en üst norm olduğu şeklinde değil, olsa olsa kanun koyucu tarafından belli kaygılarla ona bir ayrıcalık tanındığı şeklinde yorumlanmalıdır. Örneğin bugün için Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamele, birkaç istisnası dışındaki parlamento kararları, Anayasa'nın 174. maddesinde sayılan (İnkılap Kanunları olarak bilinen) kanunlar, 2001'de kaldırılana kadar Anayasa'nın Geçici m.15/son hükmü ile 12 Eylül 1980-6 Aralık 1983 arası dönemde Milli Güvenlik Konseyi ve Bakanlar Kurulunca kabul edilen kanunlar ve idari işlemler (ki sayısı neredeyse bine yaklaşmaktadır) gibi pek çok düzenleyici yasama ve yürütme işlemi, yargı denetiminden muaftır. Bunların yargı denetiminden istisna edilmesi, hukuk devleti ilkesi noktasındaki sakıncaları bir yana, bunlara, kanunların ve hatta Anayasa'nın üstünde bir değer atfedildiği anlamına gelmez. Hepsinin, yasa organınca takdir edilen – demokratik bir hukuk devleti için makul sayılabilecek veya sayılamayacak – bir gerekçesi vardır.

Uluslararası anlaşmaların yargı denetiminden kaçırılması da, kendi içinde bir sebebe dayanmaktadır. Bu sebep, ilgili hükmün gerekçesinde de belirtildiği gibi, iç hukukun bir parçası olmanın yanında, uluslararası hukukun da bir normu haline gelen ve bu sayede devlete uluslararası hukuk bağlamında birtakım yükümlülükler yüklenme niteliğini haiz uluslararası anlaşmaların yargı organlarıncı iptal edilmesi sonucu devletin uluslararası alanda sorumluluğunun doğması ve birtakım sıkıntılarla karşılaşması ihtimalinin bertaraf edilmesi<sup>51</sup> ve aynı zamanda, anlaşmayı bir kanun

<sup>51</sup> Nitekim bu durum, Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verdiğimiz bir kararında (K.1997/33) şu şekilde ifade edilmiştir: "Anayasa'nın 90. maddesinin gerekçesinde, uygulamada iyi işlediği ve ihtiyacı karşıladığı için, 1961 Anayasası'ndaki kuralın aynen alındığı belirtilmiştir. Bu nedenle, 1961 Anayasası'nın yasalama evresine bakılarak, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin kabulünü gerektiren gerekçeleri saptamak olanaklıdır. Kurucu Meclis tarafından oluşturulan Anayasa Komisyonu'nca hazırlanan metinde, anlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesini önleyici bir usul benimsenmiş; madde gerekçesinde de, '...Milletlerarası anlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunun murakabesi konusunda, kanunlarla ilgili murakabeye nazaran farklı bir usul getirilmektedir. Gerçekten bir anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa'ya aykırılığı dolayısıyla iptalinin Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurmaması için, bu murakabenin teşri organın tasvibinden geçmeden önce tahkik edilmesi ve sonuçlandırılması zaruridir" denilmiştir. Millî Birlik Komitesi tarafından yapılan incelemede, tasarının

olarak uygulamakla yükümlü olan adli ve idari merciin de, anlaşmanın anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda tereddüt yaşamasının önlenmesidir. Yoksa, onlara, kanunların ve Anayasa'nın üstünde bir değer atfedilmesi değil. Hem başka bir açıdan baktığımızda; bir uluslararası anlaşma, bir devlet iradesinin değil, birden çok ulusal egemenliğin iradelerinin uyulması ile ortaya çıkan ortak bir iradenin ürünüdür. Ulusal yargı organları ise, bu egemenlik alanının dışındadır.<sup>52</sup> Bu bağlamda, denetlenip de iptal edilse bile, sonuçta uluslararası hukuk bakımından varlığını devam ettireceğine ve devleti bağlamaya devam edeceğine göre, denetimin pratik anlamsızlığı da kendini göstermektedir.<sup>53</sup> Dolayısıyla, uluslararası anlaşmaları kanunlarla eşdeğer gören yazarların "kanun hükmündedir" ibaresinden hareket etmelerine katılmadığımız gibi; uluslararası anlaşmaları kanundan ve hatta Anayasa'dan üstte gören bazı yazarların, salt "bunların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği" kuralından hareket etmelerine de katılmamaktayız.

Ancak tam bu noktada, buraya kadar söylediklerimizle çelişiyor gözükebilecek şöyle bir yorumu da yapmadan geçemeyeceğiz: Evet, bir norma, salt yargı denetiminden muafiyet tanımak, onu, o sistemin yargı muafiyeti tanınmamış normlarından üstün kılmaz. Bu açıdan bakıldığında, denetimsizliğin bir üstünlük getirmediği söylenebilir. Fakat başka bir taraftan bakıldığında da, bir norma, yargı denetiminden bağımsızlık getirilmesinin nedeni, ona üstünlük tanımak olmasa da, onun yargı organları tarafından iptal edilmesini engellemektir. Bunun amacı ise, onun, iptal edilmek suretiyle uygulanmasının engellenmesini engellemek; diğer bir ifadeyle, yargı kararıyla geçersiz kılınmaması suretiyle, her şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Yani, Anayasa, bir normu yargı denetiminden istisna etmişse, onun hiçbir şekilde sistemden ayıklanamamasını; her şekilde uygulanmasını; yani kendisine aykırı olsa bile uygulanmasını istiyor demektir. Bunun sonucu ise, m. 90/5 ile gelen yargı muafiyetinin,

---

ikinci fıkrasında yer alan, yukarıda sözü edilen hüküm maddeden çıkarılmış ve maddenin son fıkrası, 'usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz' biçiminde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinin aynı olan 1961 Anayasası'nın 65. maddesinin gerekçesinden, milletlerarası ilişkilerin siyasi yönünün ağır basması nedeniyle dış ilişkilerin sürekliliği bakımından doğabilecek sakıncaların önlenmesi amacıyla milletlerarası andlaşmaların iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasının engellendiği anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" denilmektedir. Uluslararası ilişkilerde sürekliliği sağlama amacı gözeterek getirilen 'andlaşmaların yargı denetimi dışında tutulması'na ilişkin bu kuralla anayasal denetimin dışında tutulmak istenen, yöntemince yürürlüğe konulmuş olan 'uluslararası andlaşmalar'dır." Nitekim öğretilde Başlar, bu noktada bir "yasama kısıntısı" oluşturulmasının sebeplerinden birinin de, o dönemde yeni yeni başlayan ve gelişen Avrupa Topluluğu ile ilişkiler bağlamında ilk hedeflerden biri olan "Ortak Pazar"a girişe (ki bu, uluslararası anlaşmalar yoluyla olacaktır) Anayasa Mahkemesinin engel olabileceği kaygısı olduğunu ileri sürmektedir (Başlar, *Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine*, s.32).

<sup>52</sup> Karademir, s.7.

<sup>53</sup> Güran, s.48.

bir uluslararası anlaşmanın anayasayla çatışsa bile uygulanacağı sonucunu doğurması değil de nedir? Böyle olduktan sonra, varsın, anayasa, bir devletin hukuk sisteminin en üstün normudur densen. Ona aykırı olan bir uluslararası anlaşma, sistemden ayıklanamıyor ve uygulanmaya devam ediyor ise, bu üstünlüğün anlamı ne olacaktır? Bu, o norma, zımnen veya dolaylı bir üstünlük; hem de bizzat anayasa eliyle bir üstünlük tanımak demek değil midir? Eğer m.90'daki *yargı muafiyetinden* bu anlamıyla bir üstünlük çıkartılıyorsa, bu, hiç şüphesiz mantıksız değildir.<sup>54</sup> Ancak yine de, bunun zımnî ve dolaylı bir üstünlük olarak sayılmaması gerektiğini; Anayasa'nın, denetim muafiyeti sağlanmak suretiyle, bunların sistemden ayıklanmasını engellemek istediğini; ancak bunu yapmakla, Anayasa'ya aykırı olduğu vakit, yine de Anayasa'ya rağmen uygulanmasını istediği anlamına gelmediğini düşünmekteyiz. Bu anlamda yargı denetiminden muaf olan bir normun, her halükarda yaşayacağını; fakat Anayasa'ya aykırı ise uygulanmayacağını söylemek, bizce daha makul bir yaklaşım olacaktır.<sup>55</sup>

O halde uluslararası anlaşmaların 2004'ten önce, normlar hiyerarşisinde nerede konumlandığı sorusuna dönersek; mutlaka yukarıda dile getirdiğimiz görüşlerden birini kabul etmemiz gerekse, uluslararası anlaşmalar arasında Anayasa'nın 2, 15, 16, 40 ve 42. maddelerinin atfı yaptığı anlaşmalar ile bunların haricindeki anlaşmalar şeklinde bir ayırım yapan ve birinci gruba giren anlaşmaları kanundan ve hatta Anayasa'dan üstün, ikinci gruba giren anlaşmaları ise, kanunlarla eş değer gören ve bu tür anlaşmalarla kanunlar arasında çıkabilecek çatışmaları da, iki kanun arasındaki çatışma kurallarına göre çözen görüşe katılmak isabetli olurdu. Ancak bu noktada hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin; ulusal yargı ve idare makamları önündeki bir somut olayda uygulanacak hukuk bakımından söz konusu olabilecek bir uluslararası anlaşma-kanun veya uluslararası anlaşma-Anayasa çatışmasında iç hukuka üstünlük tanıyan her türlü çözümün, Türkiye'nin, kimi zaman AIHM gibi yargısal bir organ tarafından mahkum edilmesi şeklinde, kimi zaman da başka türlü ortaya çıkabilecek şekilde uluslararası sorumluluğuna yol açacağı da, herkesçe kabul edilen bir gerçektir.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Nitekim Gözübüyük ve Gölcüklü'nün yukarıda da yer verdiğimiz görüşüne göre, Anayasa'ya aykırılığı öne sürülemeyen bir anlaşmanın, Anayasa'ya aykırı diye uygulanmaması, Anayasa'nın getirdiği sisteme ters düşer. Keza, bir anlaşmadan sonra yürürlüğe giren kanunun, "sonraki kanun" veya "özel hüküm" denilerek anlaşma karşısında öncelikle uygulanması da, aynı şekilde mümkün olmamalıdır. Anlaşmalar, kendi kurallarına göre değiştirilir; ulusal normlarla bunları tek taraflı değiştirmenin veya ilga etmenin imkanı yoktur (Gözübüyük, Gölcüklü, s.21).

<sup>55</sup> Kaldı ki, 2004 öncesi için katılmamakla birlikte "mantıklı ve makul" gördüğümüz bu görüşün, 2004 değişikliğinden sonra, artık mantıklı ve makul olduğunu söylemek de imkansız hale gelmiştir. Buna, ileride değineceğiz.

<sup>56</sup> Dolayısıyla bir çatışma halinde, anlaşma karşısında kanun ve hatta Anayasa hükmüne üstünlük verilmesi; bu anlamda Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'yı uygulamak ve sorunun nihai çözümünü uluslararası veya uluslararası üstü yargı mercilerine bırakmak durumunda olduğu şeklinde yukarıda yer verdiğimiz görüşler, bir anlamda bile bile lades demekten başka bir şey değildir.

## **B.2. 2004 Değişikliği Sonrası Geline Nöta**

2004 yılında yapılan bir değişiklikle Anayasa'nın 90/5. maddesine "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" şeklinde bir cümle eklenmiştir. Böylece temel hak ve özgürlüklere ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası anlaşma ile kanun hükmü arasındaki bir çatışmada, uluslararası anlaşmaya üstünlük tanınacağı açıklığa kavuşturulmuştur.<sup>57</sup> Ancak bunun dışındaki uluslararası anlaşmalar ile kanunlar arasındaki veya insan haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmalar ile Anayasa arasındaki muhtemel bir çatışmada ne olacağı konusunda farklı yaklaşımlar belirmiştir. Yine yukarıda izlediğimiz sisteme paralel olarak, bu değişikliğin, uluslararası anlaşmaların (ve tabii ki AİHS'in) iç hukuktaki yeri bağlamında öğretilerde var olan tartışma ve yaklaşımlar ile mahkeme kararlarına bir yansıması olup olmadığını incelemek ve ardından da bir değerlendirme yapmak isabetli olacaktır.

### **B.2.1. Değişikliğin Öğretilerdeki Yansımaları**

2004 değişikliğinin ne anlama geldiği noktasında temel iki yaklaşımın belirlediğini görmekteyiz.

*Birinci Yaklaşım:* "2004 değişikliği, uluslararası anlaşmaların (ve AİHS'in) iç hukuktaki hiyerarşik yeri problemini tamamen çözmüştür." Bu yaklaşımı benimseyenlerin 2004 değişikliğinden temel çıkarımları şunlardır: "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası anlaşma hükümleri esas alınır" demek suretiyle;

- öncelikle tüm uluslararası anlaşmaların yeri, Anayasa'dan altta olarak konumlandırılmıştır. Yani *Anayasa-anlaşma* çatışmasında, (Devletin sorumluluğunu doğurabilecek olsa da) üstünlük Anayasa hükmüne verilecektir.
- İnsan haklarıyla ilgili anlaşmaların (ve dolayısıyla AİHS'in) yeri, kanunların üstündedir. Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, üstünlük, anlaşma hükmüne verilecektir.

<sup>57</sup> Bu düzenlemeyle birlikte başka düzenlemelerin de bulunduğu Anayasa teklifinin genel gerekçesinde, değişikliğin temel amacının, AB normlarına uyum sağlanması olduğu vurgulanmıştır. İncelediğimiz hükme ilişkin değişikliğin özel gerekçesinde ise, pek bir şey söylenmemiş; uygulamada, temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası anlaşmalarla kanunların çelişmesi halinde ortaya çıkacak uyuşmazlığın halinde, hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi adına söz konusu değişikliğin yapıldığı belirtilmiştir (<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0278.pdf>; Erişim Tarihi: 4.12.2014).

- Bunun dışındaki konulara ilişkin anlaşmaların yeri ise, kanunlarla aynı seviyededir. Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, mesele, genel çatışma kurallarına göre çözülecektir.<sup>58</sup>

*İkinci Yaklaşım:* 2004 değişikliği, *uluslararası anlaşmaların (ve AİHS'in) iç hukuktaki hiyerarşik yeri meselesinin sadece bir boyutuna değinmiş; bu alandaki problemi tamamen çözmemiştir.*" Bu yaklaşımı benimseyenlerin 2004 değişikliğinden temel çıkarımları ise şunlardır: "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda uluslararası anlaşma hükümleri esas alınır" demek suretiyle;

- İnsan haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmaların (ve dolayısıyla AİHS'in) yeri, şüphesiz kanunlardan üstte konumlandırılmıştır. Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, üstünlük anlaşma hükmüne verilecektir; bunda bir şüphe yoktur.
- Ancak değişiklik, bunun dışındaki iki meseleyi çözmemiştir:
  - Diğer (insan hakları dışındaki) uluslararası anlaşmaların kanunlarla çatışması meselesi
  - Ve bilhassa da, anlaşmaların Anayasa ile çatışması meselesi

Zira değişiklik ile, "insan haklarına ilişkin anlaşmaların kanunlarla çatışması halinde anlaşmaya üstünlük tanınacağı" söylenmesi, sadece bu tür uluslararası anlaşmaların yerini belirleme kabiliyetini taşımaktadır. Yoksa bunun mefhum-u muhalifinden hareket ederek, demek ki, tüm anlaşmaların Anayasa'dan ve insan hakları dışındaki anlaşmaların da kanunlardan altta olduğu sonucuna varılamaz. Değişiklik, insan haklarıyla ilgili anlaşmalar bakımından meseleyi netliğe kavuşturmuş; ancak gerek genel olarak anlaşmaların Anayasa karşısındaki yeri gerekse insan hakları dışındaki anlaşmaların kanunlar karşısındaki yeri meselesine dokunmamıştır. Bu itibarla, bu konudaki 2004 öncesi tartışmalar ("insan haklarıyla ilgiliyse anlaşmaya üstünlük tanınır" ve "her şekilde Anayasa'ya üstünlük tanınır"), 2004'ten sonrası için de geçerlidir.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Eren, s.58 vd.

<sup>59</sup> Bkz.: Rona Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:70, 2007, s.200. Örneğin Kılınç, değişiklik sonucunda, öğreti ve mahkeme kararlarındaki tartışmaların sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar bakımından son bulduğunu, bunun dışında kalan uluslararası anlaşmalar içinse, değişiklikten önceki tartışmaların güncelliğini koruduğunu savunmaktadır (Kılınç, s.331). Ayrıntılı bir inceleme için bkz.: Mustafa Çolaker, **Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2010.

### ***B.2.2. Mahkeme Kararlarında Durum***

Yukarıda başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere, ülkemizdeki bazı yüksek mahkemelerin meseleye bakışını, bilhassa AİHS'in söz konusu olduğu birtakım kararlar üzerinden incelemiştik. Hatırlanacağı üzere, burada en "radikal" sayabileceğimiz görüş, Danıştaydan gelmişti; Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın genel yaklaşımı, (insan haklarıyla ilgili olan ve olmayan tüm) uluslararası anlaşmaların, Anayasa'dan her halükarda altta ve kanunlarla ise eşdeğerde olduğu yönündeydi. Acaba 2004 yılında yapılan değişiklik, bu tavırda bir değişikliğe yol açmış mıdır?

#### *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Durum*

Anayasa Mahkemesinin, 2004 değişikliği sonrasında, genel olarak uluslararası özel olarak da insan haklarına ilişkin anlaşmaların ve bilhassa da AİHS'in iç hukuktaki yerine ilişkin net yaklaşımını, daha doğrusu 2004 öncesine göre bir yaklaşım değişikliğini görmek mümkün değildir. Mahkeme'nin, 2004 değişikliğinden sonraki pozisyonunu, 2012'de bireysel başvuru mekanizmasının işlemeye başlamasından önce ve sonra olarak iki döneme; daha doğrusu, zamansal bir ayırım değil de, bireysel başvuru davaları ve diğer davalar olmak üzere iki alana ayırarak incelemek sağlıklı olabilir.

Bireysel başvuru davaları dışında, Mahkeme'nin AİHS ile işi olabilecek konular, *iptal ve itiraz* davalarındaki norm denetimi ve *siyasi parti kapatma* davalarıdır. *Siyasi parti kapatma davaları* bakımından, Mahkeme, 2004 değişikliğinden sonra karara bağladığı on dört siyasi parti kapatma davasının sadece üçünde Sözleşmeye atıf yapmıştır.<sup>60</sup> Bunlardan ilki, 2008 yılındaki Hak ve Özgürlükler Partisi (HAK-PAR) kararıdır.<sup>61</sup> Mahkeme, bu kararda, siyasi partilerin Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları ile AİHS'in "örgütlenme", "düşünce ve ifade özgürlüğü" konusundaki 10 ve 11. maddelerinin koruması altında olduğunu söylemekle yetinmiştir.<sup>62</sup> Diğer bir ka-

<sup>60</sup> Bu on dört karardan yedi tanesi, iki dönem üst üste seçime girmeme sebebiyle Siyasi Partiler Kanunu uyarınca kapatma talebine ilişkin olup; Mahkeme, ilgili yasa hükmünü, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal ettiğinden, tüm bu davalar 2008 yılında reddedilmiştir. İki dava, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın ihtar kararının gereğinin yerine getirilmediği gerekçesiyle yine Siyasi Partiler Kanunu'nun ilgili hükmü gereğince açılmış olup; bu hüküm de, somut norm denetimi yoluyla Mahkeme tarafından Anayasa'ya aykırı bulunup iptal edildiğinden, bu davalar da, 2009 yılında reddedilmiştir. 2009 yılında verilen Sosyalist İşçi Partisi'ne ilişkin kapatma isteminin reddi kararında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın, kapatmaya dayanak olarak Sözleşmeye atıf yapmış olmasına karşılık; Mahkeme, kararında Sözleşmeye herhangi bir atıfta bulunmamış; odak olma şartının yerine gelmediğinden bahisle kapatma istemini reddetmiştir. 2011 yılında verilen Demokratik Halk Partisi'nin kapatılması isteminin reddi kararında ise, kapatma davası devam ederken davalı partinin kapanma kararı alması dolayısıyla kapatma davasının düşmesine karar verilirken, yine Sözleşmeye herhangi bir atıf söz konusu olmamıştır. (On dört kararın on bir tanesini bunlar teşkil etmektedir.)

<sup>61</sup> E.2002/1, K.2008/1, 29.1.2008.

<sup>62</sup> Gerçi Mahkeme, devamında, "bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırılığı değerlendirilirken, Anayasa'nın siyasi partilere verdiği özel önemi vurgulayan

rar ise, yine 2008'de karara bağlanan Adalet ve Kalkınma Partisi kararıdır.<sup>63</sup> Burada

diğer kurallarının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu nedenle, siyasi partilerin, Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen tüzük ve programlarındaki söylemlerinin demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturmaması durumunda, bunların ifade özgürlüğü kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özümsemiği ülkelerde de rejim için ciddi bir tehlike oluşturmadıkça siyasi partilerin kapatılmasına olur verilmediği gözetildiğinde çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkma hedefini esas alan Anayasamızın da salt ifade özgürlüğü kapsamında kalan tüzük ve program düzenlemesini kapatma nedeni sayıldığı kabul etmek olanaklı değildir. Tüzük ve Programında HAK-PAR'ın, genel olarak adem-i merkeziyetçi bir yönetime ağırlık verdiği, Türkiye'nin temel sorunu olarak kabul ettiği Kürt sorununu hak eşitliği temelinde çözmeyi seçmesine vaad ettiği görülmektedir. Tüzük ve Programında ifade edildiği biçimde Parti'nin, Kürt sorunu olarak ele alıp değerlendirdiği soruna, kendine göre çözüm önerileri getirmesi, vatandaşlık temelinde ulus kavramının reddi olarak nitelendirilemez. Kapatma davasının Parti'nin kuruluşundan kısa bir süre sonra açıldığı da gözetildiğinde, belli bir sorunun varlığına ve buna dair çözüm önerilerine ilişkin ifadelerin demokratik bir rejimde düşünce ve ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Gerek iddianamede gerekse sonraki aşamalarda, Parti'nin söz konusu amaçları gerçekleştirmek için Anayasa dışı bir yöntemi uygulayacağına ilişkin herhangi bir kanıt da yer verilmemiştir. Yukarıdaki açıklama ve değerlendirmeler çerçevesinde Parti'ye, tüzük ve programında yer alan ifadelere dayanılarak yaptırım uygulanması, örgütlenme ve ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturacağından..." demek suretiyle, Sözleşmenin yargı organının içtihadıyla birebir uyuşan ifadeler kullansa da, bu, Sözleşmenin iç hukuktaki anayasal statüsüne atıf yapılması değil; olsa olsa Anayasa'nın ilgili hükümlerini, Sözleşme ve yargı organının içtihatlarıyla uyumlu yorumladığı şeklinde değerlendirilebilir. Ayrıca Mahkeme'nin 6 üyesinin yazdığı karşı-oy gerekçesindeki şu ifadeler de ilginçtir: "Davanın somutunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesiyle çeliştiği ileri sürülen 'iç norm' bir yasa kuralı değil, Anayasa hükmüdür. Dolayısıyla, Anayasa'nın 90. maddesinin davada uygulama kabiliyeti yoktur. Yine Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler '...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler...' ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin bu somut Anayasal kurallar dururken, yorum yoluyla doğrudan AİHM içtihadını esas alarak hüküm tesis etmesi söz konusu edilemez. Anayasa (Md. 68 ve 69) açıkça bir siyasi partinin tüzük ve programının devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü esasına aykırı olması halinde varlığını tek başına kapatma nedeni sayıldığından ve bunun ötesinde söz konusu yasak doğrultusunda eylem ve faaliyette bulunma halini aramadığından, ayrıca bu hal Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin ikinci fıkrasındaki 'meşru amaç' sınırları içerisinde kaldığından; bu yönü itibarıyla de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bir normun varlığından bahsedilemez. Dolayısıyla, belirtilen Anayasal düzenlemenin demokratik bir toplumda zorunlu bir müdahale olarak değerlendirmesi gerekir." Görüldüğü gibi, aslında Mahkeme, kararında, yukarıdaki gerekçelerle kapatmayı reddederken, Sözleşmeyi ve yargı organının içtihadını esas (hele hele Anayasa'nın üstünde) aldığına ilişkin bir ifade kullanmamasına rağmen; *karşı-oy gerekçesini* yazan üyelerin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesiyle çeliştiği ileri sürülen 'iç norm' bir yasa kuralı değil, Anayasa hükmüdür; dolayısıyla, Anayasa'nın 90. maddesinin davada uygulama kabiliyeti yoktur; yine Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler "...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler..." ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin bu somut Anayasal kurallar dururken, yorum yoluyla doğrudan AİHM içtihadını esas alarak hüküm tesis etmesi söz konusu edilemez" ifadelerini kullanmaları, dikkate değerdir. Bu ifadeler, Mahkeme'nin, kararda, AİHS ve AİHM içtihatlarını anayasal değerde gördüğünü de göstermektedir (ki zaten karşı oylerde eleştirilen de tam olarak budur). Ancak bizce, bu karşı-oyun gösterdiği bir husus daha var ki, o, özellikle bizim konumuz açısından önemlidir. Bu karşı-oy, Mahkeme'nin normalde çoğunluğu olan 6 üye tarafından yazılmıştır (davalı partinin, 7 üyeye ulaşamadığı için kapatılmadığını hatırlatalım). Bu, Mahkeme'nin (çoğunluğunun), halen daha, Sözleşmenin Anayasa'dan alta ve Anayasa ile çeliştiği takdirde Anayasa hükmünün tercih edilmesi yönündeki iradesini göstermesi açısından önemlidir (kaldı ki, partinin kapatılmaması yönünde irade belirten diğer 5 üye de, bunun aksi yönünde bir yaklaşım sergilememiş; başka açılardan meseleye yaklaşarak partinin kapatılmaması gerektiğini söylemişlerdir.

<sup>63</sup> E.2008/1, K.2008/2, 30.7.2008.



da, (Mahkeme Başkanı Haşim Kılıç'ın karşı-oyundaki atıfları saymazsak), Mahkeme, yukarıda yer verdiğimiz HAK-PAR kararındaki AİHS atıflarına benzer atıflar yapmıştır.<sup>64</sup> Aşağıda yer verdiğimiz alıntidan anlaşılacağı gibi, Mahkeme'nin temel yaklaşımı, Anayasa'nın parti kapatma kriterlerine ilişkin hükümlerinin yorumlanmasında, Sözleşme ve bilhassa da, onun yargı organının içtihatlarına ve ayrıca Venedik Komisyonu'nun belirlediği ilkelerle uyum sağlamak yönündedir. Ne var ki, burada da, doğası gereği, AİHS'in iç hukuktaki yerine ilişkin bir belirleme söz konusu olmamıştır. Mahkeme'nin bu kapsamda verdiği son karar ise, 2009 yılındaki Demokratik Toplum Partisi kararıdır.<sup>65</sup> Bundan önceki iki kararın aksine bu sefer oybirliğiyle kapatma kararı verdiği bu kararında da, Mahkeme'nin, yine bundan önceki iki kararında yaptığı AİHS ve AİHM içtihadı atıflarına yer verdiğini görmekteyiz.<sup>66</sup> Ancak bu sefer

<sup>64</sup> "Bu nedenle siyasi partiler, Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'örgütlenme', 'düşünce ve ifade' özgürlüğünü düzenleyen 10. ve 11. maddelerinin koruması altındadırlar. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğu ve yasalarla farklı hükümler içermesi nedeniyle doğacak uyumsuzluklarda uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağını öngörmektedir. Türkiye'nin hukuk düzeni ile çağdaş demokrasilere egemen ilke ve uygulamalar arasında koşutluğun sağlanmasını amaçlayan bu kural, kurucu üyesi ya da üyesi bulunduğumuz uluslararası kuruluşlarca oluşturulmuş özgürlük standartlarının dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Anayasa'nın somut kuralları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin içtihatları ile Avrupa ortak standartını somutlaştıran Venedik Kriterleri birlikte, bir yandan Anayasa'nın öngördüğü klasik demokrasi anlayışının gereği olarak siyasal özgürlüklerin güvence altına alınması sağlanırken, diğer yandan son çare olarak düşünülen siyasi parti kapatma yaptırımının uygulanmasının demokratik düzenin korunması ve güçlenmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede bir siyasi partinin tüzüğü ve programı ile eylemlerinin Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere aykırılığı değerlendirilirken, Anayasa'nın siyasi partilere verdiği özel önemi vurgulayan diğer kurallarının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu nedenle, Anayasa'nın 69. maddesi uyarınca tüzük ve programlarındaki söylemleri ya da eylemlerinin, ancak Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere *temel esasları itibarıyla* aykırı olması, bu ilkeleri *ortadan kaldırmayı amaçlaması* ve bu nitelikleriyle *demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturması* durumunda siyasi partilerin kapatılmasına elverişli ağırlıkta olduğu kabul edilebilir. Demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özümsemiştiği ülkelerde demokratik ilkelere aykırı bir amaç taşımadığı ve şiddeti teşvik edip araç olarak kullanmadığı veya demokrasi ve demokraside tanınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan bir siyasi partiye dönüşmediği sürece siyasi partilerin kapatılmasına olur verilmediği gözetildiğinde, çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkma hedefini esas alan Anayasamızın da siyasi partilerin salt düşünce açıklamaları ile siyasi faaliyet özgürlüğünün doğası gereği toplumsal talepleri barışçı yollarla ve hukuksal düzenlemelerle karşılama çabaları nedeniyle partilerin kapatılmasının zorunlu görülmesi Anayasayla bağdaşmaz. Zira özgürlükçü demokratik bir siyasal düzen öngören Anayasamız, olası hukuksal düzenleme ve idari işlemlerin yargısal denetiminin koşullarını ve kurumlarını yaratmak suretiyle, hukuksal yollardan kaynaklanabilecek tehditleri engellemiştir." (Vurgular, tarafımızdan eklenmiştir.)

<sup>65</sup> E.2007/1, 2009/4, 11.12.2009.

<sup>66</sup> "Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklerle ilişkin uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğu ve yasalarla farklı hükümler içermesi nedeniyle doğacak uyumsuzluklarda uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı öngörülmektedir. Türkiye'nin hukuk düzeni ile çağdaş demokrasilere egemen ilke ve uygulamalar arasında koşutluğun sağlanmasını amaçlayan bu kural, kurucu üyesi ya da üyesi bulunduğumuz uluslararası kuruluşlarca oluşturulmuş temel hak ve özgürlük standartlarının dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Anayasa'nın



somut kuralları, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin içtihatları ile Avrupa ortak standardını saptayan Venedik Komisyonunun belirlediği kriterlerle birlikte değerlendirildiğinde, bir yandan Anayasa'nın öngördüğü klasik demokrasi anlayışının gereği olarak siyasal özgürlüklerin güvence altına alınması sağlanırken, diğer yandan son çare olarak düşünülen siyasi parti kapatma yaptırımını ile demokratik düzenin korunması amaçlanmıştır. Bu nedenle siyasi partiler, Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'düşünce ve ifade' ve 'örgütlenme' özgürlüklerini düzenleyen 10. ve 11. maddelerinin koruması altındadırlar. AİHM, genel olarak 'bilgi' ya da 'fikirlerin' şok edici, şartırtıcı veya rahatsız edici olmasının, bu hakka yönelik herhangi bir müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını ancak, şiddeti yüceltecek şekilde kine dayalı sözlerin ise müsamaha ile karşılanamayacağını ifade etmektedir (Karatepe/ Türkiye Davası, Başvuru No: 41551/98, Strazburg, 31 Temmuz 2007). AİHM'e göre, 'demokrasinin temel özelliklerinden birisi bir ülkenin karşılaştığı sorunları, taciz edici olsalar da, şiddete başvurmaksızın, diyalogla çözümesidir. Demokrasi ifade özgürlüğü ile beslenir. Bu ilişki altında, bir siyasal grubun, sadece bir devletin bir kısım halkının kaderini aleni olarak tartışmak istemesi ve demokratik kurallara saygı içinde, tüm ilgilileri tatmin edecek çözümler bulma amacı ile siyasal yaşama katılmak istemesi nedeni ile endişe duymamalıdır' (Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri / Türkiye Davası, 30 Ocak 1998- 133/ 1996/ 752/ 951). Uluslararası yargı yerlerince belirtildiği ve Venedik Komisyonu'nun çeşitli tarihlere kabul ettiği raporlarında da vurgulandığı üzere, siyasi partilerin şiddet kullanılmasını savunmaları veya anayasayla garanti altına alınan hak ve özgürlüklere zarar verecek şekilde demokratik anayasal düzeni yıkmak için politik bir araç olarak şiddetli kullanmaları veya aynı amaçları gerçekleştirmek için terör ve şiddete başvuran oluşumlarla birlikte hareket etmeleri ve onlara destek vermeleri halinde zorunlu bir tedbir olarak siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılması makul görülebilir. Nitekim, teröre destek verdikleri ve terörü kınamayı reddettikleri gerekçesine dayalı olarak İspanyol yargı organlarının kapatılmalarına karar verilen Herri Batasuna ve Batasuna Partilerinin yaptığı başvuruyu değerlendiren AİHM Beşinci Dairesi, 30 Haziran 2009 tarihli Herri Batasuna ve Batasuna / İspanya kararında özetle şu gerekçelerle Sözleşme'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır: 'AİHM, otuz yıldan daha uzun süreden beri var olan terör ortamında ve diğer siyasal partilerin tamamı tarafından kınanmakta iken şiddetli kınamayı reddetmeyi terörizme üstü kapalı bir destek davranışı olarak görmüştür. Mahkeme, başvuran partilere izafe edilebilecek ve terörle uzlaşma sonucuna varacak birçok ciddi ve tekrarlanan eylem ve davranışın varlığını belirlemiştir. Mahkeme, her halükarda, partinin kapatılmasının terörün kınanmaması olgusuna da dayanmış olmasını Sözleşme'ye aykırı görmemektedir Zira, siyasetçilerin sadece eylemleri ve söylemleri değil, aynı zamanda belli durumlarda pozisyon alma olarak değerlendirilebilecek ve tamamen açık destek eylemi sayılabilecek eylemsizlikleri veya sessizlikleri de dikkate alınmalıdır. AİHM, başvuran siyasi partilere atfedilen eylem ve söylemlerin, bir bütün olarak 'demokratik toplum' kavramı ile çelişkili olduğunu değerlendirmiştir. Bu nedenle, İspanyol Yüksek Mahkemesi tarafından başvuranlara uygulanan ve İspanyol Anayasa Mahkemesi tarafından da onaylanan yaptırımın Devletlerin sahip olduğu takdir yetkisi çerçevesinde makul biçimde 'sosyal olarak zorunlu bir ihtiyaca cevap verdiği' sonucuna ulaşmıştır. Bir siyasi partinin tüzüğü ve programı ile eylemlerinin Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere aykırılığı değerlendirilirken, Anayasa'nın siyasi partilere verdiği özel önemi vurgulayan diğer kurallarında da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu nedenle, Anayasa'nın 69. maddesi uyarınca tüzük ve programlarındaki söylemleri ya da eylemlerinin, ancak Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere temel esasları itibarıyla aykırı olması, bu ilkeleri ortadan kaldırmayı amaçlaması ve bu nitelikleriyle demokratik yaşam için doğrudan, açık ve yakın tehlike oluşturması durumunda siyasi partilerin kapatılmasına elverişli ağırlıkta olduğu kabul edilebilir. Ulusal düzenlemelerin yanı sıra örgütlenme özgürlüğüne ve terörizme ilişkin kimi esaslar uluslararası sözleşmelerde de yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin barışçı amaçlarla dernek kurma özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu hakların kullanılmasına, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi, genel sağlık ve ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için ancak yasalarla kısıtlamalar getirilebileceği, 17. maddesinde, sözleşme hükümlerinden hiçbirinin bir devlete, topluluğa veya ferde, sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesi veya sözleşmede belirtilenden daha geniş ölçüde tahditlere tabi tutulmasını istihdaf eden bir faaliyete girişme veya harekette bulunma hakkı sağladığı şeklinde tefsir olunamayacağı öngörülmüştür.'" (Vurgular, tarafımızdan eklenmiştir.)

Sözleşme ve yargı organının içtihatlarından atıflar, Anayasa'nın ilgili hükümlerini yorumlamada kapatmaya destek olmak için kullanılmıştır.

İptal ve itiraz davaları bağlamında olaya baktığımızda ise, yine burada da, 2004 öncesine göre çarpıcı bir değişiklik görmek pek mümkün değildir. Bilindiği gibi, Mahkeme, iptal ve itiraz davalarında Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmakta olup; uluslararası anlaşmalar, doğrudan bir bağımsız ölçü norm değildir ve bunlardan, asıl ölçü norm olan Anayasa hükümlerini yorumlarken yararlanılmaktadır. Bu, 2004 sonrasında da devam etmiştir. Mahkeme'nin bu bağlamda, 2004 sonrasında gerçek bir "sınav" durumu ile karşılaşmadığını söyleyebiliriz. Anayasa'nın AİHS ile açıkça çelişen bir hükmünün olmadığını düşündüğümüzde de, zaten böyle bir sınavla karşılaşması da mümkün değildir. Burada Mahkeme'nin Sözleşme ile gerçek anlamda imtihanı, Sözleşmenin yargı organının içtihatlarıyla uyum sağlamak ve norm denetimi yaparken yorumladığı Anayasa hükümlerini, Sözleşme ve daha da önemlisi, Sözleşmenin yargı organının içtihatlarıyla uyumlu yorumlamaktır. Yukarıda özellikle HAK-PAR kararından gördüğümüz gibi, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin Anayasa hükümlerini dahi – üstelik bunlar, hükmün lafzı itibarıyla Sözleşme ve AİHM içtihatlarıyla çeliştiği daha rahat söylenebilecek hükümlerdir – Sözleşme ve AİHM içtihatları doğrultusunda yorumlayabilmiştir. Bu denli bir çatışmanın olmadığı diğer hükümler bakımından, böyle bir yorumun yapılması, daha beklenir bir durumdur.

Başka türlü ifade edersek, Anayasa'nın Sözleşme ile uyumlu yorumlanmaması için bizce hiçbir sebep yoktur. Bu itibarla, bu noktada ortaya çıkabilecek bir Sözleşmeye aykırılık, aslında Anayasa'nın AİHS'e aykırılığından veya Anayasa-AİHS çatışmasından ziyade; Anayasa'ya ilişkin Anayasa Mahkeme'nin yorumunun Sözleşmeye ilişkin AİHM'in yorumuna aykırılığı, yani içtihatlar arasındaki bir çatışma olur. Nitekim Mahkeme'nin böyle kararları da, yok değildir. Öğretide Başlar'ın nazara verdiği<sup>67</sup> iki karar özellikle önemlidir. Bunlardan birinde,<sup>68</sup> Mahkeme, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapatılmasına ilişkin hükümlerinin itiraz yolu iptali istemini reddetmiş; diğerinde<sup>69</sup> de, 221 sayılı Kanun'un kamulaştırmaz el atmaya ilişkin hükümlerinin yine itiraz yolu ile iptali istemini reddetmiştir. Başlar, iki kararda da, AİHM'in konuya ilişkin net yaklaşımlarının Anayasa Mahkemesince göz ardı edildiğini ileri sürmektedir.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Başlar, *Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine*, s.34.

<sup>68</sup> E.2002/169, K.2007/88.

<sup>69</sup> E.2004/25, K.2008/42.

<sup>70</sup> Kemal Başlar, *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Avrupa Konseyi Yayını, 2008, s.22.

*Bireysel başvuru davaları* bağlamında incelediğimizde ise, Anayasa Mahkemesinin Sözleşmeyle daha içli dışlı olduğunu söyleyebiliriz. Mahkeme, Eylül 2012'den beri verdiği kararlarında AİHS hükümleri ile onlara dair AİHM içtihatlarından ziyadesiyle yararlanmaktadır.<sup>71</sup> Kimi zaman Strazburg içtihadıyla uyumlu olmayan yaklaşımlara rastlansa da; genel itibarıyla Mahkeme'nin AİHS ve AİHM içtihadıyla paralel bir çizgi tutturduğunu söylemek mümkündür. Hatta Mahkeme, bazı kararlarında, açık kanun hükümlerinin AİHS'e aykırı olduğunu ve Anayasa'nın 90/5, c.3 hükmü uyarınca uygulanmaması gerektiğini açıkça söylemektedir.<sup>72</sup> Fakat bu süreçte Mahkeme, bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla AİHS'in iç hukuktaki hiyerarşik yerine ve de Anayasa hükümleriyle çatışma halinde nasıl hareket edileceğine dair bir tespit bulunmamıştır.

Görüldüğü gibi, Sözleşmenin iç hukuktaki yerine ilişkin olarak, 2004 sonrası süreçte, Mahkeme'nin açık yaklaşımını ortaya koyan bir kararına rastlamak mümkün değildir.<sup>73</sup> Mahkeme, belirttiğimiz gibi, Sözleşmeyi, destek ölçü norm olarak kullanmaya devam etmiş; bu süreçte kimi zaman yaklaşımını AİHM'in yaklaşımına uydurmuş; kimi zaman ise, yukarıda da örneklerini verdiğimiz gibi, Strazburg Mahkemesinin kararlarını göz ardı etmiş;<sup>74</sup> ayrıca Sözleşmenin iç hukuktaki yerine ilişkin açık bir ifade kullanmaktan da özenle kaçınmıştır.

#### *Danıştay Kararlarında Durum*

Hatırlanacağı üzere, 2004 öncesi süreçte, uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yeri bağlamında en "radikal" fikirlerin Danıştaydan geldiğine yukarıda değinmiştik. Danıştay, 2004'ten önceki süreçte dahi, tüm anlaşmaların, yasaların üstünde olduğunu söylemekte ve hatta insan haklarıyla ilgili olanlara anayasal değer atfetmekteydi. Bunlar, yüksek yargı içinde Sözleşmeyi belki de en etkin biçimde kullanan mahkemenin Danıştay olduğunu bize göstermekteydi.<sup>75</sup> 2004 değişikliği sonrasında da, Mahke-

<sup>71</sup> AİHM yaklaşımlarının Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenmesine dair değerlendirmeler için bkz.: Tolga Şirin, Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi, 30-31 Mayıs 2015 tarihli Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısında Sunulan Bildiri, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga\\_Airin\\_333\\_1.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf), Erişim Tarihi: 25.10.2015, s.124 vd.

<sup>72</sup> Örneğin, kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin somut olayda uygulanması ihlal saydığı kararını (Başvuru No: 2013/2187, 19.12.2013) bu anlamda zikredebiliriz.

<sup>73</sup> Anayasa Mahkemesinin 2004 sonrasına ilişkin AİHS'e atf ettiği kararların listesi ve ilgili yerleri için bkz.: Başlar, *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s.41 vd.

<sup>74</sup> Bu yönde kararlar için bkz.: *Ibid.* s.66.

<sup>75</sup> Öğretide Başlar, bunu farklı bir üslupla ifade etmekte ve yüksek yargı organları içerisinde, AİHS'i, "zor davalarda" kullanan tek mahkemenin Danıştay olduğunu söylemektedir (*Ibid.* s.142).

me, Sözleşmeyi (ve diğer uluslararası insan hakları metinlerini) etkili biçimde (gerek yasalara karşı öncelikle uygulayarak gerek Anayasa hükümlerini Sözleşme ve AİHM içtihatlarıyla uyumlu biçimde yorumlayarak) kullanmaya devam etmiştir.<sup>76</sup> Elbette 2004 değişikliği ile birlikte, insan hakları anlaşmalarının ve AİHS'in kanunlardan üstte olduğu açıkça öngörüldüğünü düşündüğümüzde, 2004 öncesi için bir dereceye karar "ilginç ve ilerici" gelen bu atıflar, 2004 sonrasında artık olağan sayılabilir. Sözleşmenin Anayasa karşısındaki yerine ilişkin olarak ise, 2004 sonrası süreçte, Yüksek Mahkeme'nin 2004 öncesi yaklaşımından farklı bir yaklaşım ortaya koyan kararına rastlamadığımızı belirtelim.<sup>77</sup>

#### *Yargıtay Kararlarında Durum*

Yargıtay ise, 2004 öncesi süreçte, hatırlanacağı üzere, Anayasa Mahkemesine benzer bir yaklaşım sergilemiş ve uluslararası anlaşmaların kurallar kademelenmesinde yasalarla eşdeğer olduğu ve olası bir çatışmanın önceki-sonraki, özel-genel kanun ilişkisi çerçevesinde çözüleceği yönünde kararlar vermişti. Mahkeme, uluslararası anlaşmaları, bir kanun olarak doğrudan uygulayan kararlar vermekle birlikte; iş, açık bir çatışma durumuna gelince, kanunlarla eşdeğerde sayma yolunu tutmaktaydı. 2004 sonrası süreçte ise, Yargıtay, 2004 öncesi yaklaşımına paralel bir değişime gitmiş ve insan haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmaları, kanunlardan üstte; diğer anlaşmaları ise, kanunlarla eş-değerde ve her ikisini de, Anayasa'nın altında bir yerde konumlandırmıştır. Diğer bir deyişle, 2004 değişikliğinin Yargıtaya yansımalarının, insan haklarına ilişkin anlaşmaların da, diğerleri gibi, genel çatışma kurallarına tabi olmaktan "kurtulması" olduğu söylenebilir. Ancak tabii ki, Mahkeme, AİHS hükümlerini ve AİHM içtihatlarını takip etmekte ve kararlarında etkin bir şekilde kullanmaktadır.<sup>78</sup>

#### *Ara Değerlendirme*

Türk yüksek yargı organlarının yukarıdaki kararlarını değerlendirirken, bazı hususları gözden kaçırmamak gerekir. Öncelikle, AİHS'in, m.90/5, c.3 anlamında "temel hak ve hürriyetlerle ilgili" bir anlaşma olduğu konusunda şüphe olmadığına göre, mahkeme kararlarında, eskiden zaman zaman görülen Sözleşmeyi normal Türk kanunlarıyla eş değer gören yaklaşıma rastlamayı zaten beklememek gerekir. Bu bağlamda, esasında, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere, yüksek yargı yerlerinin dışı dokunur kararları, Sözleşmeyi sıradan bir Türk kanununda üstün tutarak öncelikle uyguladığı kararlar değil; Sözleşmenin Anayasa karşısındaki konumunu (veya bizi bu-

<sup>76</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz.: *Ibid.* s.143 vd.

<sup>77</sup> Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: Tacettin Şimşek, *Danıştay Kararlarında İHAS ve İHAM'ın Etkisi*, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Sayı:7, 2015.

<sup>78</sup> Buna ilişkin kararlar için bkz.: *Ibid.* s.76 vd.

rada tam olarak ilgilendirmese de, AİHS gibi insan haklarına ilişkin olanlar dışındaki uluslararası anlaşmaların kanunlar karşısındaki konumunu) ortaya koyan kararlardır. Bu noktada da, öğretide Başlar'ın da belirttiği gibi, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere Türk yargı yerlerinin her iki yöne de (Sözleşmenin Anayasa'dan üstün veya Anayasal değerde / Anayasa'nın altında bir yerde olduğuna dair) çekilebilecek kararları mevcuttur.<sup>79</sup> Bu anlamda, sağlıklı bir değerlendirme, ancak arka plandaki birtakım dinamiklerin dikkate alınmasıyla mümkündür. Başlar, bunları, mahkemelerin yoğun iş yükünün Sözleşme hükümlerinin göz ardı edilmesine yol açması; Sözleşmeyi tanıtıcı ve AİHM içtihatlarını derleyen kaynakların sınırlı olması; özellikle Anayasa Mahkeme dışındaki yüksek yargı yerlerinin kararlarının seçmece usulüyle yayımlanması sonucu kararlara erişim güçlüğü'nün sağlıklı bir değerlendirmeyi engellemesi; kararların kısa ve öz olması (ve onama hallerinde gerekçelerin genelde ilk derece mahkemelerin gerekçesinin aynen tekrarı olması) sebebiyle kararların alınış sürecinde yaşanan tartışmaların bilinmemesi; genel olarak uluslararası anlaşmaların *Türk hukukundaki* yeri ve değeri konusunda yaşanan belirsizlik ve Türk mahkemelerinin genel anlamda "andlaşmalar hukuku" kurallarını yeterince bilmemesi (diğer bir deyişle, genel olarak uluslararası hukuka yabancı olmalarının verdiği çekingenlikle hata yapmak istememeleri) olarak sıralamaktadır.<sup>80</sup>

### ***B.2.3. Çatışmanın Çözümüne Dair Görüşümüz***

2004'te getirilen düzenlemenin isabetli olup olmaması bir yana, öğreti ve mahkeme kararlarındaki tartışmaların, en azından uluslararası anlaşmalar ile kanunlar arasındaki çatışma bakımından sona erdirildiği söylenebilir. Bu anlamda, "*düzenlemenin, uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki hiyerarşik yeri meselesini tamamen çözüme kavuşturduğunu söyleyen*" görüşe, *Anayasa-insan haklarına ilişkin anlaşma çatışması* meselesi hariç, katılmaktayız. Bu anlamda, 2004 değişikliğinden çıkarımlarımız şu şekilde özetlenebilir: Değişiklik ile, "temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda uluslararası anlaşma hükümleri esas alınır" demek suretiyle;

<sup>79</sup> **Ibid.** s.8, 9. Yazar, örneğin, Yargıtay ve Danıştayın, başta AİHS olmak üzere uluslararası insan hakları metinlerini Anayasa'ya denk, hatta Anayasa'nın üstünde kabul ettiği kararlarına bakarak, AİHS'in bu anlamda, Türk jürisprüdansı tarafından en azından "anayasal değerde" görüldüğü ve içselleştirildiğini söylemek mümkünken; buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin bu tür metinlere adeta ağız ucuyla ve Anayasa'yı destekleyici mahiyette değindiği kararlarına bakarak da, bu tür metinlerin Anayasa'nın altında konumlandırıldığını ve hiç atıf yapılmak istenmediğini söylemenin mümkün olduğunu belirtmektedir (**Ibid.**). Yazar, özellikle Anayasa Mahkemesi bakımından, Sözleşmenin "anayasa-üstü" olarak nitelendirildiği veya bağımsız ölçü norm gibi kullanıldığı kararların, Mahkeme'nin istikrarlı tavrı olmaktan ziyade, belli bir dönemde görev yapan üyelerin kişisel görüşlerini yansıttığını ileri sürmektedir (**Ibid.** s.20).

<sup>80</sup> **Ibid.** s.9-16.

- İnsan haklarıyla ilgili anlaşmaların<sup>81</sup> (ve dolayısıyla AİHS'in) yeri, net bir

<sup>81</sup> Bu arada "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma" kavramından ne anlaşılması gerektiğine de kısaca değinmek gerekmektedir. Burada acaba, yalnızca konusu itibarıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalar mı kastedilmiştir; yoksa anlaşmanın geneli itibarıyla konusuna bakmaksızın temel hak ve özgürlüklerle ilgili herhangi bir anlaşma hükümü mü kastedilmiştir? Burada bizce ikinci yorumu geçerli kabul etmek isabetli olur. Zira ilki, bir anlaşma genel içeriği itibarıyla temel hak ve özgürlüklerle ilgili değilse, içindeki hak ve özgürlük hükümlerini, düzenlemenin dışında bırakması yönüyle "sınırlayıcı"; ayrıca geneli itibarıyla hak ve özgürlüklerle ilgili bir anlaşma içindeki temel hak ve özgürlüklerle hiç ilgisi olmayan hükümleri de kapsamı yönüyle de "maksada aykırı" bir yorum tarzı olur. Burada düzenlemenin amacı, hiç şüphesiz, insan hakları kavramının kapsamına giren iki hükmün çatışması halinde ne olacağını düzenlemektir. Böyle bir hükmün, ne tür (ticari, askeri, teknik veya insan haklarıyla ilgili) bir anlaşmada yer aldığı, hükmün amacı bakımından hiçbir önemi yoktur. Üstelik uluslararası anlaşmalarda, "bu anlaşma temel hak ve özgürlüklere ilişkindir" şeklinde bir tanımlayıcı etikete rastlamak da mümkün olmadığından, bir anlaşmanın "insan haklarına ilişkin anlaşma" olup olmadığı neye göre belirlenecektir? Örneğin, Avrupa Konseyi bünyesinde bugüne kadar imzalanmış olan 200'ün üzerindeki anlaşmanın pek çoğunun başlığında, "hak ve özgürlük" kavramları dahi geçmemesine rağmen; bunlar, kuşkusuz temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalardır. O halde, burada, herhangi bir uluslararası anlaşmadaki temel hak ve hürriyetlerle ilgili her türlü hükmün, Anayasa m.90/5, c.3 kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir. Aynı doğrultuda bkz.: Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, s.203, 204. Ayrıca anlaşmaların kaynağı noktasında (mesela Avrupa Konseyi'nin anlaşmaları, Birleşmiş Milletler'in anlaşmaları, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün anlaşmaları gibi) herhangi bir sınırlandırma olmadığını da belirtelim. (2004 değişikliği sırasında bu yönde öneriler gelmiş; ancak Anayasa Komisyonu'nda kabul edilmemiştir. Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, s.35). Öneriler ve reddine ilişkin karşı oy, değişikliğe ilişkin yukarıda yer verdiğimiz Komisyon raporunda bulunabilir. Öğretide Aybay, sadece anlaşmanın ismine bakarak yapılacak belirlemenin sınırlayıcı olduğunu söylemekte; ancak içeriğe bakıldığında, bu sefer de, yüzlerce hatta binlerce anlaşmada insan haklarıyla ilgili hükümler olabileceğini; bunun da, uygulama ve uygulayıcı açısından ayrı bir problem olacağını söylemektedir (Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, s.204). Burada üzerinde durduğumuz AİHS'in bu tarz bir anlaşma olduğunda ise, herhangi bir şüphe yoktur. (Mukayeseli hukukta üstünlük tanınan insan haklarına ilişkin anlaşmaların özel olarak belirtildiği örnekler için bkz.: **Ibid.**). Öğretide, Belgin de, Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalar arasında "temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ve olmayanlar" şeklinde bir ayrımın net ve gerçekçi olmadığını; özellikle "mülkiyetin" de bir temel hak sayıldığı düşünülürken, "temel hak ve özgürlükler" deyiminin kapsamının olağanüstü genişletilmiş olacağını; keza aynı durumun, sosyal ve ekonomik haklar bakımından da söz konusu olacağını; bu yüzden de, Türkiye Barolar Birliği'nin Kasım 2007'de kamuoyuna sunduğu anayasa önerisinde, "münhasıran insan haklarının korunması amacıyla bağitlanmış olma" koşulunun getirilerek, sınırın daha belirginleştirilmesinin önerildiğini belirtmektedir (Belgin, s.110). Ayrıca hemen belirtelim ki, buradaki "andlaşma"dan, devletler ve/veya uluslararası örgütler arasında imzalanan her türlü bağlayıcı uluslararası hukuk metnini (*antlaşma, andlaşma, anlaşma, sözleşme, akit, konvansiyon, protokol, Ortaklık Konseyi kararları* vs.) anlamak gerekir. Aynı doğrultuda bkz.: Rona Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:70, 2007, s.188. Ayrıca bkz.: Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, s.37, 38. Ancak yazar, örneğin karşılıklı bir anlaşma mahiyetinde olmayan "deklarasyon"ların ve İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (İHEB), Helsinki Nihai Senedi ve Paris Şartı gibi "soft law" belgelerinin, AY m.90/5, c.3 anlamında bir anlaşma sayılmaması gerektiğini söylemektedir (Ibid.). Ancak bu konuda aksi görüşler de vardır. Bizce, burada bu tarz anlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu söyleyen 3. cümle hükmü, kendinden önceki cümleyle birlikte okunmalı ve yorumlanmalıdır. Bu anlamda 3. cümle'nin kapsamına giren "andlaşmalar", 1. cümle'nin kapsamına giren; yani usulüne göre yürürlüğe konulmuş ve kanun kuvvetini kazanmış anlaşmalardır. Uluslararası Hukuk anlamında bağlayıcı olmayan İHEB gibi belgelerin ise, elbette kendilerinden yararlanılmasına bir engel olmamakla birlikte, bu anlamda "kanun" hükmünde olan ve dolayısıyla da diğer Türk

şekilde kanunların üstündedir. Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, üstünlük anlaşma hükmüne verilecektir.

- Bunun dışındaki konulara ilişkin anlaşmaların yeri ise, kanunlarla aynı seviyededir (ve dolayısıyla Anayasa'nın da altındadır). Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, mesele, genel çatışma kurallarına göre çözülecektir. Böyle olunca, bu tür Anlaşmaların yeri, otomatik olarak Anayasa'dan alta sayılmalı ve *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışması halinde de, Anayasa hükmüne üstünlük tanınmalıdır. Dolayısıyla yukarıdaki ve şimdiki iki yön itibarıyla, 2004 değişikliği, kendisine takaddüm eden tartışmaları bitirmiştir.
- Ancak üçüncü mesele olan insan haklarıyla ilgili anlaşmaların Anayasa karşısındaki konumu ise, halen daha tartışmalıdır. Dolayısıyla bu üçüncü ve son yön itibarıyla, 2004 değişikliği, kendisine takaddüm eden tartışmaları, bizce sona erdirememiştir.

Bu noktada, önce teorik olarak meseleye dair birkaç hususu belirtecek; ardından da, pratik olarak idari ve özellikle de adli mercilerin, muhtemel bir çatışmada nasıl hareket etmeleri gerektiğini ele alacağız.

*a. Anlaşma-Kanun Çatışması.* Yukarıdaki çıkarımlarımız bağlamında, 2004 düzenlemesi, bu noktadaki temel iki sorundan (*anlaşma-kanun* ve *anlaşma-Anayasa* çatışması) ilkinin, bizce net olarak çözmüştür. Yeni Anayasa hükmü, insan haklarıyla ilgili anlaşma hükümlerinin kendisiyle çatışan kanunlara göre esas alınacağını söyleyerek, bu tür anlaşmaları, kanunlardan üstte; geri kalan anlaşmaları da, kanunlarla aynı değerde konumlandırmıştır.<sup>82</sup> Bu anlamda, öğretilde öne sürülen, "meselenin, sadece insan haklarıyla ilgili anlaşmalar bakımından netliğe kavuşturulduğu; 'diğer' an-

---

kanunlarından üstün tutulacak anlaşmalardan olmadığı açıktır. Yine vurgulanması gereken bir başka husus da, buradaki "temel" hak ve özgürlüklerin, Anayasa'nın 12-74. maddeleri arasında düzenlenen "temel" hak ve hürriyetlerle sınırlı olmayıp; uluslararası hukukun geldiği nokta itibarıyla insan hakkı olarak telakki edilebilecek tüm hak ve özgürlükleri kapsamı gerektiğidir. Aynı doğrultuda bkz.: Mesut Gülmez, *Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004, s.154. Nitekim değişikliğin gerekçesi de, "insan haklarına ilişkin milletlerarası..." kavramını kullanmak suretiyle, bu yorumu desteklemektedir. Aksi yönde (sadece Anayasa'da "temel hak ve özgürlük" olarak düzenlenen haklarla ilgili anlaşmaların, m.90/5, c.3 anlamında üstün tutulacak anlaşma olacağına ilişkin) görüş için bkz.: Şahbaz, s.209.

<sup>82</sup> Gerçi tam bu noktada, öğretilde Aybay, hükümdeki "esas alınır" ifadesinden maksadın tam olarak belli olmadığını ileri sürse de (zira yazara göre, madde gerekçesinde "öncelik verilir" denmesine rağmen, madde metninde "esas alınır" demek suretiyle, anayasa koyucu, "öncelik verilmesini" net olarak murat buyurmamış ve bunu Yüksek Mahkemelerin yorumuna bırakmıştır; Aybay, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri*, s.205-206, 208, 211); biz bu görüşe katılmamaktayız. Burada anayasa koyucunun maksadının, bir çatışma kuralı getirmek olduğu açıktır ve öğretilde de, neredeyse ittifakla böyle olduğu (çatışmanın hangi normun lehine çözümleneceği meselesinde görüş ayrılıkları olmakla birlikte) bilinmektedir.



laşmalar bakımındansa halen tartışmanın devam ettiği" yönündeki görüşe katılmak, bizce mümkün değildir.

Zira, kanun koyucu / tali kurucu iktidar, esaslı bir doktriner ve içtihadi tartışma geçmişine sahip bir meseleye ilişkin yaptığı düzenlemede, net olarak iki grup uluslararası anlaşmayı birbirinden ayırmış ve bunlardan sadece birisine kanunlardan üstünlük vermiştir. Az önce de vurguladığımız gibi, değişikliğin esaslı bir tartışma geçmişini müteakiben yapıldığını düşündüğümüzde, kurucu iradenin, net olarak *anlaşma-kanun çatışması* meselesini çözüme kavuşturmak istediği; bir grup anlaşma için üstünlük tanıdığı ve eğer isteseydi, böyle bir ayırım yapmadan tüm uluslararası anlaşmaları, yeni hükmün kapsamına rahatlıkla alabilecek olması karşısında, halen daha "diğer" uluslararası anlaşmalar bakımından meselenin açıklığa kavuşturulmadığını söylemenin bizce imkanı yoktur.

Elbette hukukta bir yorum yöntemi olarak "mefhum-u muhalif" kavramına, her olay için her zaman başvurmak mümkün değildir. Fakat önümüzdeki düzenleme, yapıldığı ortam ve tartışmalar (atmosfer) ışığında, bu yorum metoduna başvurulabilecek güzel bir örnektir. Üstelik öte yandan, Kılınç tarafından aktarıldığı üzere, 2004 değişikliği sürecinde, tüm uluslararası anlaşmaların kanunlardan üstün tutulması şeklindeki başlangıçta ortaya çıkan eğilimden, gelen tepkiler üzerine vazgeçilip, sadece temel hak ve özgürlüklerle ilgili olanların düzenleme kapsamına alınmış olması da,<sup>83</sup> kanun koyucunun iradesinin yukarıda belirttiğimiz doğrultuda olduğunu net olarak ortaya koymaktadır. *O halde, netice olarak, bundan sonra yerel veya yüksek mahkemeler ile idari makamlar, somut bir olaya uygulanacak kanun hükmünün, Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına dair uluslararası bir anlaşma (hükmü) ile çatışması halinde, kanunu değil söz konusu uluslararası anlaşma hükmünü (ve dolayısıyla AİHS'i) uygulayacak; bunların dışındaki bir uluslararası anlaşma ile çatışması halinde ise,*<sup>84</sup> *sorunu iki kanun arasındaki çatışma kurallarına göre (sonraki kanun-önceki kanun/özel hüküm-genel hüküm) çözecektir.*<sup>85</sup> (Bunun, uluslararası hukuk bakımından mesuliyeti getirecek olması ise, daha önceden de belirttiğimiz gibi, ayrı bir meseledir.) Bu anlamda asıl konumuz olan AİHS'in de temel hak ve özgürlüklere dair bir uluslararası anlaşma olduğunda şüphe bulunmadığına göre, AİHS de, böylece kanunların üstünde konumlandırılmış olmaktadır.

*b. Anlaşma-Anayasa Çatışması.* Yeni düzenleme ile, yukarıda belirttiğimiz gibi, *anlaşma (ve dolayısıyla AİHS)-kanun ilişkisi ve çatışması netliğe kavuşturulmakla birlik-*

<sup>83</sup> Kılınç, s. 331.

<sup>84</sup> Dolayısıyla usul yargı ve idare makamları, bir olayda uygulanacak kanun hükmünün Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası anlaşma ile çatışıp çatışmadığını da incelemek durumundadırlar.

<sup>85</sup> Bunun, uluslararası hukuk bakımından sorumluluğu getirecek olması ise, daha önceden de belirttiğimiz gibi, ayrı bir husustur.



te; insan haklarına ilişkin anlaşmaların Anayasa karşısındaki konumu ve muhtemel bir çatışmada nasıl hareket edileceği, bizce netleşmemiştir (yani 2004 düzenlemesi, bu konuya kesin biçimde temas etmemektedir). Diğer bir deyişle, 2004 düzenlemesinin, *insan haklarıyla ilgili olmayan anlaşmaları*, yukarıda kabul ettiğimiz yaklaşım bağlamında, kanunlarla eşdeğerde tutması karşısında, bunların Anayasa'dan altta olacakları ve olası bir çatışma halinde Anayasa hükümlerinin uygulanacağı rahatlıkla söylenebilir. Bu anlamda 2004 düzenlemesi, *anlaşma-Anayasa çatışmasının bu boyutunu* da, zımnen açıklığa kavuşturmuştur. Böylece *insan haklarıyla ilgili olmayan anlaşmalar* bakımından, durum (hem kanunlar hem de Anayasa ile ilişki noktasında), bizce nettir.<sup>86</sup> Fakat aynı şeyi, *insan haklarıyla ilgili anlaşmalar* için (en azından bu kadar net bir kesinlikte) söylemek, mümkün değildir. Bu konuda 2004 değişikliğinden önceki tartışmalar, geçerliliğini koruyacaktır.

Öncelikle, bizi bir ölçüde sonuca götürecek *mefhum-u muhalif* yorum yöntemine – yukarıdaki meselenin aksine – burada başvurulabileceği şüphelidir. Evet, yeni düzenlemenin, anlaşmalar arasında ikili bir ayırım yaparak, bunlardan birini kanunlardan üstün tutması karşısında, bunun karşıt anlamından, "diğer" anlaşmaların bu üstünlükten yararlanamayacakları sonucu, yukarıda yaptığımız gibi, rahatlıkla çıkarılabilir. Buradaki basit tez, "kanun koyucu isteseydi, hiç böyle bir ayırım yapmadan, tüm uluslararası anlaşmaları, hükmün kapsamına alabilirdi" tezidir; ve bu basit tezi de destekleyecek iki husus vardır: Biri, değişikliğin amacının öğreti ve içtihatteki birtakım tartışmaları sonlandırmak olması, yani değişikliğin bu "arkaplan" ile yapılması; diğeri de, değişiklik sürecindeki tüm anlaşmaların kapsama alınması önerilerine karşın, bundan vazgeçilmesidir. Biz de, yukarıda, bunlardan destek alarak; kanun koyucunun iradesinin, net biçimde, "diğer" uluslararası anlaşmaları, bu ayrıcalıktan *yararlandırmamak* olduğunu ileri sürmüştük.

Ancak aynı şeyleri, kanun koyucunun, *insan haklarıyla ilgili anlaşma-Anayasa ilişkisi ve çatışması* bağlamındaki iradesi için de söylemek, ne derece makuldür? Diğer bir ifadeyle, "düzenleme ile, insan haklarına dair anlaşmaların kanunlardan üstün ol-

<sup>86</sup> Üstelik bu, bizce, artık anlaşmalara tanınan yargı muafiyetinden üstünlük çıkarmayı da imkansız hale getirmiştir. Yukarıda 2004 öncesi döneme dair değerlendirmelerde bulunurken; bazı yazarların, uluslararası anlaşmaların yargı denetimine tabi olmamasından hareketle, demek ki, Anayasa'nın, bunların, her türlü (kendisine aykırı olsa da) uygulanmasını istediği ve bunun da bir nevi zımnî veya dolaylı üstünlük olarak yorumlanabileceği sonucunu çıkarmalarına yer vermiş; bunun, katılmamakla birlikte, bir ölçüde savunulabilir bir düşünce olduğunu da belirtmiştik. Ancak 2004 değişikliği ile, bu görüşün dayanağı da, bizce ortadan kalkmış; değişiklik, bu açıdan tartışmayı sonlandırmıştır. Zira, düzenleme ile, insan haklarına ilişkin anlaşmaların kanunlardan üstün olduğu açıkça söylenmek suretiyle bir çatışma kuralı getirildiğine göre, demek ki, Anayasa, bu kural olmadan, salt yargı muafiyetinden hareketle çatışmanın çözülebileceğini düşünmemekte; yani tek başına yargı muafiyetinin, çatışmayı, anlaşmalara üstünlük tanımak suretiyle çözmeye yetmeyeceğini düşünmektedir ki, buna yönelik açık bir çatışma hükmü getirmiştir.

duğu söylendiğine göre, demek ki kanun koyucu, *sadece* bu tür anlaşmaların ve *sadece* kanunlardan üstün olduğunu söylemek istemiştir; yoksa, nasıl ki, isteseydi, sadece insan haklarıyla ilgili olanların değil, tüm anlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu söyleyebilirdi, aynı şekilde isteseydi, kapsama aldığı insan haklarıyla ilgili anlaşmaların sadece kanunlardan değil, Anayasa'dan da üstün olduğunu pekala söyleyebilirdi" şeklinde bir mantık yürütme, burada ne kadar makul olacaktır? Bizce, bunlardan ilki ("isteseydi, tüm anlaşmaları, kanunlardan üstün tutardı"), makul bir yaklaşımdır; fakat ikincisini ("isteseydi, insan haklarıyla ilgili anlaşmaları, sadece kanunlardan değil, Anayasa'dan da üstte tutardı, demek ki değiller") ileri sürmek, makul değildir. Zira bu şekilde bir mefhum-u muhalif yöntemini kullanabilmek için, *kanun-anlaşma çatışması* için var olan destekleyici veri ve gelişmeler, *Anayasa-insan haklarıyla ilgili anlaşma çatışması* bakımından mevcut değildir.<sup>87</sup> Bu itibarla, bu konuda 2004'ten önce var olan (yukarıda yer verdiğimiz) tartışmalar, bilhassa da Anayasa'nın 2, 15, 16, 40 ve 42. maddeleri bağlamında, bizce geçerliliğini korumaktadır.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Örneğin, ilkinde olduğu gibi, değişiklik sürecinde, bu tür anlaşmaların Anayasa'dan da üstün olması şeklindeki bir görüşün ortaya atılıp reddedildiğine ilişkin bir bilgiye sahip değiliz. Üstelik her şeyden öte, bir ülkenin hukuk sisteminin en üstün normu olma durumu temel karakteristiği olan Anayasa gibi bir metnin, bir uluslararası anlaşmanın kendisinden üstün olduğunu belirtmesi ve olası bir çatışma halinde kendi kurallarının göz ardı edilebileceğini açıkça söylemesi de, mutad bir durum değildir. Dolayısıyla bu konuya açıkça temas etmemesinden, bu konuda olumsuz bir yaklaşım benimsediği sonucunu (şüpheye yer bırakmayacak şekilde) çıkarmak mümkün değildir.

<sup>88</sup> Mesela tam bu noktada bir argüman olarak; Gülmez'e göre, hükmün sözel-lafzi yorumu, yalnızca "insan haklarına ilişkin anlaşmalarla kanunlar arasındaki" çatışmada, anlaşmalara üstünlük tanıdığı sonucunu veriyor gibi gözükse de; Anayasa'nın özellikle 2. ve 14. maddeleri karşısında (Anayasa'nın bütünü de dikkate alındığında), özel olarak *uluslararası anlaşmaların kanunlara üstünlüğünün* değil, bir bütün olarak *uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğünün* benimsendiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Hatta yazara göre, Anayasa'nın 15, 16, 42/son, c.3 ve 92/1 hükümleri, uluslararası hukuku, doğrudan bir ölçü, bir blok olarak ortaya koymuştur. Bu sebeple, bu konulardaki (anlaşma vs.) uluslararası hukuk kuralları, bu konuda herhangi özel bir anlaşmanın onaylanıp yürürlüğe girmesine gerek olmaksızın, bizzat anayasal hüküm olarak Türk Hukukunda (doğrudan uygulanabilir mahiyetteyse) uygulanır (Gülmez, s.55). Benzer şekilde Eren de, özellikle Anayasa'nın 15 ve 16. maddelerine aykırı iç hukuk düzenlemelerinin, Anayasa'ya aykırı olacağını; yani bu konulardaki uluslararası anlaşmaların da, anayasallık bloğuna dahil edildiğini söylemektedir (Eren, s.57). Aynı doğrultuda bkz.: Hasan Tunç, *Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, 177. Ancak buna karşılık, Güran'ın, yukarıda kısmen yer verdiğimiz "üstünlük, mutlak surette Anayasa'dadır" görüşünü de, bir karşı tez olarak hatırlatmak gerekir. Güran, ülkenin en üstün hukuk normunun Anayasa olduğunu; tüm devlet organlarının yetkilerini ondan aldığını; Anayasa'ya uygunluğun, bunların yaptığı her türlü işlemin 'sağlık koşulu' olduğunu; dolayısıyla duruma göre, yürütmenin tek başına veya yasamayla birlikte yaptığı uluslararası anlaşmaların da, Anayasa'ya aykırı ise, sonuçta geçersiz olacağını; anayasasına, devletin 'teşkilat-ı esasiyesi'ni, değiştirme ve başkalaştırma derecesinde aykırılık taşıyan bir uluslararası anlaşmanın iç hukukta uygulanabileceğinin nasıl düşünülebileceğini; bu anlamda egemenliğin devri niteliğinde olan uluslararası anlaşmaların, ancak Anayasa'nın kabul ettiği ve çizdiği sınıra kadar hukuksal geçerlilik ve etki taşıyabileceğini söylemektedir (Güran, s.57, 58). Biz, Güran'ın bu görüşüne değinmeden; yukarıda öne sürdüğümüz başka açılardan, Gülmez'in ortaya koyduğu bu yaklaşıma temkinli yaklaşmaktayız. Bizce, 2004'teki değişiklikten önce, bu görüşü savunmak mümkün olabilirdi. Nitekim, yukarıda 2004 öncesi durumun anlatıldığı kısma dair yaptı-

*Pratik Olarak Nasıl Olarak Hareket Edilebilir?*

Bu noktada, uluslararası hukukun ve özel olarak da anlaşmaların hiyerarşik yeri bağlamında herhangi bir üstlük-altlık tartışmasına girmeden, genel kurallar çerçevesinde, anlaşmalar da, neticede "kanun" hükmünde olduklarından, *kanun-anayasa* çatışmasını nasıl çözeceğimize ilişkin ilkeler, bize, *anlaşma-anayasa* çatışmasında da yol gösterebilir.<sup>89</sup> Bir kanun hükmüyle-anayasa hükmü çatıştığında;

- Eğer *kanun* hükmü *önceki-anayasa* hükmü *sonraki tarihlirse*; bizce sonraki tarihli anayasa hükmünün, önceki tarihli kanun hükmünü (zımnen) ilga ettiğini kabul etmek mümkündür.<sup>90</sup> Bunu önceki *tarihli insan haklarıyla ilgili*

ğımız değerlendirmede, 2004 değişikliğinden önceki durum itibarıyla, Anayasa'nın insan haklarına atıf yapan malum hükümlerinden ilham alarak, anlaşmaları, insan haklarına ilişkin olanlar ve olmayanlar şeklinde ikiye ayırmak gerektiğini ve insan haklarına ilişkin olmayanları, kanunlarla eş; insan haklarına ilişkin olanları ise, kanunlardan ve hatta Anayasa'dan üstün tutmak ve bir çatışma halinde anlaşmayı uygulamak gerektiğini söylemiştik. 2004 öncesi duruma dair ortaya koyduğumuz bu görüşün mantığı, işte tam da, Gülmez'in buradaki mantığıydı. Ne var ki, 2004 değişikliği ile, açıkça "insan haklarına ilişkin" kavramı, 90. maddeye girdiğine ve böylece insan haklarına ilişkin olmayan anlaşmaların kanunlardan bile (bizce) üstün tutulmak istenmediği yönündeki irade açıkça ortaya konduğuna göre, Anayasa'nın, genel olarak uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlük yaklaşımını benimsediğini söylemenin (en azından artık) kolay olmadığını düşünmekteyiz. Belirttiğimiz gibi, 2004'ten önce olsaydı, Gülmez'in atıf yaptığı Anayasa hükümlerini nazara verip, bunlardan, Anayasa'nın, genel olarak uluslararası hukuku ulusal hukuka üstün tuttuğu şeklinde bir sonuca ulaşabilirdik; ki nitekim, en azından böyle toptancı (tüm uluslararası hukuku tüm ulusal hukuka üstün kılmaya) şekilde olmasa da, insan haklarına ilişkin anlaşmaların (yani insan haklarına ilişkin uluslararası hukukun) ayrı bir yere konulmasını gerektiğini söylemiş; hatta bu yaklaşımın, 2004 değişikliğinden sonra bile devam ettirilebileceğini ileri sürmüştük. İfade ettiğimiz gibi, 2004'ten sonrası için de, özellikle tali kurucu iktidarın "insan haklarıyla ilgili anlaşma" kavramına atıf yapması karşısında, yine tüm uluslararası hukukun tüm ulusal hukuka üstün olduğu şeklinde olmasa da; en azından insan haklarına ilişkin uluslararası hukukun ulusal hukuka üstün tutulması yönünde bir tutumun savunulabilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz..

<sup>89</sup> *Anlaşma-anayasa çatışmasında* yol gösterebilir diyoruz; zira, yukarıda savunduğumuz görüşe göre, bizce, 2004 düzenlemesinden sonra, artık *anlaşma-yasa* çatışması bakımından herhangi bir tartışma kalmamıştır (tekrar etmek gerekirse, anlaşma insan haklarıyla ilgiliyse anlaşma uygulanır; değilse, genel çatışma kurallarına göre çözüm bulunur görüşünü savunmaktayız).

<sup>90</sup> Burada "ihmal" değil; "ilga" söz konusudur. Türk anayasal sisteminde, genel kanaat uyarınca, kanunların (kendilerinden önceki tarihli) Anayasa hükümlerine aykırı oldukları gerekçesiyle "ihmal" edilmeleri, mümkün değildir. Ne var ki, bir kanun hükmünün kendisinden önceki bir kanun hükmünü zımnen ilga etmesi nasıl mümkünse; bir anayasa hükmünün de kendisinden önceki bir kanun hükmünü zımnen ilga etmiş olacağını söylemek, o kadar mümkün olsa gerektir. Her ne kadar "zımnen ilga" kurumunun, aynı düzey ve değerdeki normlar arasında geçerli olabileceği; Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca Anayasa'nın kanunlardan üstün olduğu; o halde anayasa ile kanun arasında böyle bir sonraki-önceki hüküm ilişkisinin kurulamayacağı söylenebilirse de; bizce bu, Anayasa'nın en üstün olduğunu söylemek için (yani bir anlamda Anayasa'nın lehine) getirilmiş bir düzenlemeden Anayasa'ya aykırı bir sonuç çıkarmak olur. Eşit hiyerarşik düzeydeki iki kanun hükmü arasında bu ilişki kurulabiliyor ve buna bağlı olarak "zımnen" ilga kurumu işletilebiliyorsa, Anayasa-kanun için bu ilişkiyi kurmanın, böylece "zımnen ilga" kurumunu işletmemenin ve böylece AYM tarafından iptal edilmediği yahut TBMM tarafından kaldırılmadığı müddetçe kanun hükmünün uygulanmasına izin vermenin, hem de bunu Anayasa'nın lehine getirilmiş bir düzenlemeden hareketle yapmanın, doğru olmadığı kanaatindeyiz.

*anlaşma-sonraki tarihli anayasa* çatışmasına uygularsak, ilk akla gelecek olan şey, sonraki tarihli anayasa hükmünün, önceki tarihli anlaşma hükmünü zımnen ilga ettiği ve *böylece anayasanın uygulanacak* olmasıdır.<sup>91</sup> Bu, genel çatışma kurallarının bize gösterdiği yoldur. Ancak tam burada, yukarıda da belirttiğimiz, uluslararası hukukun niteliği, bir uluslararası anlaşmanın bir iç hukuk normu ile ilga edilmesinin mümkün olmaması ve her ne olursa olsun, anlaşmayı uygulamamanın "bahanesinin" olmaması ve bunun sonuçlarına hazırlıklı olunması gerektiği gibi – tamamen haksız sayılmayacak – tezleri göz ardı etmemek gerekir. Bu konuda, yeterince tartışmayı, yukarıda yaptığımızı düşünüyoruz.

- Eğer *kanun sonraki-anayasa önceki tarihlirse*; sonraki tarihli olsa da alt norm olan kanunun, önceki tarihli olsa da üst norm olan anayasayı ilga etmesi, elbette mümkün değildir. Burada akla "ilga"dan başka olarak "ihmal" müessesesi gelebilir. Ancak, tartışmalı olmakla birlikte, ekseriyetle kabul edilen görüşe göre, *Türk hukukunda* anayasaya aykırılık dolayısıyla "ihmal" müessesesi kabul edilmediğinden, burada, itiraz yolunun işletilip anayasa-ya aykırı görülen kanun hükmünün Anayasa Mahkemesine gönderilerek sistemden ayıklanmasının sağlanması düşünülebilir. Bu sonucu, yukarıda yaptığımız gibi, *sonraki (insan haklarıyla ilgili) anlaşma-önceki anayasa* çatışmasına uygularsak, ilk akla gelecek olan şey, sonraki tarihli olsa da, alttaki norm olan anlaşmanın üstteki norm olan anayasayı ilga etmesinin mümkün olmadığıdır.<sup>92</sup> Peki burada ilga değil, fakat "ihmal" müessesesini işletmek düşünülebilir mi; yani anayasaya aykırı olduğu düşünülen anlaşma hükmü ihmal edilerek, doğrudan anayasanın uygulanması önerilebilir mi? Kanunlar için, anayasa yargısı sistemimizin niteliği (m.152) gereği bunu yapamayacağımızı ve 152. maddenin işletilmesi gerektiğini söylemiştik. Ancak, uluslararası anlaşmaların ne m.152 ne de başka bir yolla anayasaya aykırılığını ileri sürmenin mümkün olmadığını düşündüğümüzde, bizce, burada "ihmal" müessesesinin işletilmesinde anayasal-sistemik bir engel yoktur. Böyle bir durumda, *anlaşma* hükmünün "ihmal" edilerek doğrudan anayasa hükmünün uygulanması düşünülebilir.<sup>93</sup> Ancak, bunu kabul etti-

<sup>91</sup> Burada bizce, anlaşmanın anayasaya aykırılığının iddia edilemiyor olmasının bir önemi yoktur. Anlaşmanın anayasaya aykırılığının iddia edilememesi, anayasaya aykırı diye anlaşmanın iptal edilmesini engeller; yoksa, genel çatışma kurallarına göre, anayasanın anlaşmayı zımnen ilga etmesini değil. Nitekim önceki tarihli bir kanun, kendisine aykırı sonraki tarihli bir kanuna dayanılarak elbette iptal edilemez; fakat pekala zımnen ilga edilmiş olduğu kabul edilebilir.

<sup>92</sup> İşte tam bu noktada, bazı yazarlar, uluslararası hukukun genel olarak iç hukuka üstünlüğünden hareketle, anlaşmanın, böyle bir durumda anayasa hükmünü zımnen ilga etmiş olacağını ileri sürmektedirler (Selçuk, s.220).

<sup>93</sup> Biraz açmak gerekirse; normalde, anayasaya aykırı sonraki tarihli kanunların ihmal edilmesinin mümkün olmadığını; çünkü burada Anayasa'nın özel bir mekanizma (m.152) getirdiğini söyledik. Oysa, uluslararası anlaşmalar bakımından böyle bir mekanizma yoktur; bilakis, denetim yasağı vardır. Böyle olunca, uluslararası anlaşmaların ihmal edilmesinde, bizce, sistemsel bir engel yoktur. Ancak tabii ki,

ğimizde, yukarıdaki ihtimalde nazara verdiğimiz başta uluslararası sorumluluk üzere tüm handikapların, burada da karşımıza çıkacağını yine hatırlatmak gerekir.

*Anlaşma-Kanun Dışı Normlar Çatışması.* Burada bu bahsi bitirmeden, uluslararası anlaşmalar ile kanun dışındaki normlar olan KHK'lar ile diğer yürütme işlemleri arasındaki çatışmaya dair birkaç şey söylemek gerekirse; yukarıda kanun için söylediğimiz her şeyin, kurallar hiyerarşisinde kanunlarla aynı düzeyde olan KHK'lar için de geçerli olduğunda;<sup>94</sup> kanunlardan (ve dolayısıyla anlaşmalardan) daha altta yer alan tüzükler ve yönetmelikler başta olmak üzere diğer yürütme işlemleri bakımından ise, insan haklarıyla ilgili olsun olmasın, her türlü uluslararası anlaşmanın bunlara üstün tutulması gerektiğinde, elbette şüphe yoktur.<sup>95</sup>

#### **B.2.4. Değerlendirme ve Öneriler**

İncelememizi bitirmeden, yukarıda kanaatimize göre açıkladığımız 2004 değişikliği sonrası oluşan anayasal yapının isabetli olup olmadığı ve ortaya çıkarılabileceğini birtakım sorunlar hakkında değerlendirme yapmak faydalı olacaktır.

Yukarıdaki tartışmaları tekrarlamadan diyebiliriz ki, herhangi bir (*Anayasa-anlaşma* veya *kanun-anlaşma* arası) çatışmada, hangi konuya ilişkin olursa olsun, anlaşmaya değil de iç hukuka (kanun veya Anayasa'ya) üstünlük/öncelik verilen her

---

uluslararası hukukun üstünlüğü, bunun getireceği handikaplar vs. noktalardan, ihmal önerisine karşı çıkılabileceğini de yine dikkatlere sunduk.

<sup>94</sup> Ancak öğretilerde, buradaki "kanun" deyiminden, teknik anlamda (yani TBMM'nin "kanun yapmak" görevindeki) kanunu anlamak gerektiği; bu anlamda, bunun KHK'ları kapsamadığı ve m.90/5, c.3 anlamındaki bir çatışmada KHK'ların uygulanmayacağını söylemenin güç olduğu yorumu da yapılmıştır (Ali Karagülmez, *5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:54, 2004, s.170, 171). Ancak, hem hükmün getiriliş amacını (çatışma halinde, iç hukuk karşısında anlaşmaya üstünlük tanımak), hem de böyle bir yorumun KHK'ları bir nevi kanunlardan üstün konuma taşımak sonucuna getireceğini düşündüğümüzde, biz, bu görüşe katılmamaktayız.

<sup>95</sup> Aynı doğrultuda bkz.: Başlar, *Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine*, s.48; Gülmez, s.155. Hatta Başlar, buradaki "kanun" kavramı içine, hukuki niteliği itibarıyla "kanun" olduğu şüphesiz olan Anayasa'nın da sokulabileceğini; yani 90/5, c.3 hükmünün anlaşma-kanun çatışmasına dair söylediği şeylerin, *anlaşma-Anayasa* çatışmasını da kapsadığını ileri sürmektedir. Zira, yazara göre, teknik olarak, "Anayasa da bir "kanun"dur (bilindiği gibi, anayasa değişiklikleri, kanunla yapılır). Eğer 2004 değişikliği olmasaydı, biz de, uluslararası hukukun üstünlüğü adına bir miktar aktivist davranma arzumuzda bir nevi "gerekçe" bulur ve "kanun" kavramının, "anayasa" kavramını da kapsadığını söyleyebilirdik. Fakat 2004 değişikliğinden sonra, bunun mümkün olmadığını söylemek, bizzat daha makuldür. Zira, her şeyden önce, değişiklik sürecine, komisyon görüşmelerine ve değişikliğin gerekçesine bakıldığında, değişikliği yapan tali kurucu iktidarın buradaki "kanun" kavramından maksadının, bildiğimiz anlamda, Anayasa'yı dışlayacak şekilde "kanun" olduğu; diğer bir deyişle, burada, sadece kanunlarla anlaşmalar (o da, sadece temel haklarla ilgili olanlar) arasındaki çatışmaların çözülmek istendiği anlaşılmaktadır (zaten bizim buradaki ana tezimiz de budur).

türlü yaklaşım ve çözümün, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Türkiye'nin uluslararası hukuk anlamında sorumluluğunu doğurmaya "elverişli" olacağını unutmamak gerekir. Zira uluslararası hukukta, bir devletin – imza aşamasında koyduğu çekince ve istisnalar dışında<sup>96</sup> – iç hukukunu (Anayasası dahi olsa) gerekçe göstererek anlaşma kapsamındaki bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi, kabul edilebilir bir durum değildir. Nitekim bu kural, genel manada *Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin* 27. ve özel olarak da AİHS'in 1 ve 46. maddelerinde net biçimde ortaya konmuştur.<sup>97</sup> Örneğin, bir siyasi partinin AİHS'e aykırı olarak kapatılması, bir kimsenin AİHS'e aykırı şekilde özgürlüğünden alıkonulması; yahut bir kimsenin iletişiminin AİHS'in ihlali suretinde dinlenilmesi, bunlar, Anayasa veya kanun hükümlerine uygun olsa bile, Sözleşmenin ihlali sayılacak ve Türkiye hakkında ihlal kararı verilmesine yol açacaktır. Hatta AİHS gibi insan haklarıyla ilgili olmayan bir anlaşmaya aykırılık halinde dahi, Türkiye'nin bu aykırılığın uluslararası hukuk bağlamındaki muhtemel sonuçlarından (tazminat, prestij kaybı vs.) kurtulması, kural olarak elbette mümkün olmayacaktır.<sup>98</sup>

Bu itibarla, 2004 düzenlemesinin, *anlaşma-kanun çatışması noktasında*, belirttiğimiz gibi bir ayırım yaparak insan haklarıyla ilgili anlaşmaları kanunlardan üstte; diğer anlaşmaları kanunlarla eşdeğerde tutmasının *isabetli olmadığını* düşünmekteyiz. Zira hemen yukarıda da belirttiğimiz gibi, uluslararası hukuk bakımından, bir ülke-

<sup>96</sup> Ki o bile, bilindiği gibi, her zaman tam anlamıyla sorumluluktan kurtarmayabilmektedir.

<sup>97</sup> Öğretide Eren, bu noktada, AİHM'in 1. maddeye ilişkin yorumunu nazara vermektedir. Mahkeme, 1978'te verdiği İrlanda-Birleşik Krallık kararında (No:27, 18.1.1978, para.239), "Sözleşmenin 1. maddesinde, 'güvence altına almayı üstlenirler' ifadesi yerine, 'güvence altına alırlar/tanırlar' ifadesi bulunduğundan, taraf devletlerin, Sözleşmedeki hakları kendi egemenlik alanları içindeki herkes için güvenceye alacakları ortaya konmuştur. Sözleşmeyi hazırlayanların bu niyeti, özellikle Sözleşmenin iç hukukta içselleştirildiği ülkelerde tam olarak yansısını bulur" demiştir (Eren, s.52). Keza yazar, Mahkeme'nin 13. maddeye ilişkin yorumuna da dikkat çekmektedir (*Ibid.*). Mahkeme'ye göre; "13. madde, Sözleşmedeki hak ve özgürlükler, *iç hukuk düzeninde hangi biçimde sağlanmış olursa olsun*, Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin özünün uygulanmasını sağlamak için, ulusal düzeyde bir hukuk yolunun kullanılabilirliğini güvence altına almaktadır." (*Aksoy-Türkiye* kararı, 18.12.1978, No: 708, psra.95). Aynı doğrultuda bkz.: Çelik, s.52. Yazara göre, 13. madde, kişiye ulusal bir mercie başvurma hakkını tanıdığına göre, ulusal mercilerin ve özellikle de yargı organlarının bu başvuru üzerine karar verebilmeleri, Sözleşme, iç hukuk düzenlerinde uygulanabiliyorsa mümkündür. (Vurgular, tarafımızdan eklenmiştir.)

<sup>98</sup> Bu sebeple öğretide, her ne kadar hükümde "uyuşmazlık" demek suretiyle, sanki yargı organları önünde cereyan eden somut bir uyuşmazlığın varlığı aranıyor gibi gözükse de, bu hükmün ve getirdiği üstünlüğün, yasama ve yürütme organlarını da bağladığı ve insan haklarıyla ilgili anlaşmalara aykırı bir yasa veya idari işlem yapamayacakları, bizce de isabetli olarak, savunulmaktadır (Gülmez, s.157, 158). Buna karşılık, "uyuşmazlık" ifadesinden hareketle, üstünlük hükmünün sadece adli mercileri bağladığı; idari mercilere hitap etmediği; onların, meseleyi, genel kurallara göre çözmeleri gerektiği yönünde görüş için bkz.: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin, 17. Baskı, 2014, s.281.

nin, iç hukukunu "bahane ederek", ister insan haklarıyla ilgili olsun ister olmasın, bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerini uygulamaktan imtina edemeyeceği ve ettiği takdirde bunun sorumluluğunu üstleneceğini açıklar. Oysa gelen düzenleme ile, *insan haklarıyla ilgili olan anlaşmalar bakımından* böyle bir risk, bizzat Anayasa eliyle ortadan kaldırılmışken; *diğer anlaşmalar bakımından* böyle bir risk, bizzat Anayasa eliyle yaratılmıştır. Böyle bir durumda, ulusal idare ve yargı organları, çatışma uygun yorumu mümkün kılmayacak şekilde açıksa, genel çatışma kurallarını uygulamakla ve bu bağlamda örneğin, sonraki özel nitelikli bir kanun hükmüyle önceki bir anlaşma hükmünün zımnen ilga edildiğini kabul etmekle yükümlü olacak; işte bu da, yukarıda belirttiğimiz gibi sorumluluğu davet etmekten başka bir şey olmayacaktır.<sup>99</sup> Bu şekilde göz göre göre sorumluluğa kapı aralamamak adına, başta AB üyesi Devletler olmak üzere, Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin büyük bir çoğunluğu, tüm uluslararası anlaşmaların (ve tabii ki AİHS'in) kanunlardan (ve hatta bazı devletler, Anayasa'dan bile) üstün olduğunu söyleyen anayasal düzenlemelere sahiptir.<sup>100</sup> Bu noktada *Türk hukukunda* da, 2004 değişikliğinin bir adım ötesine geçilerek, uluslararası hukuka genel olarak üstünlük tanınması düşünülebilir.

Ancak tam bu noktada, bunu yaparken, mutlaka uluslararası anlaşmaların onaylanması ve yürürlüğe girmesine ilişkin sistemi de revize etmek gerekmektedir. Zira bilindiği gibi, bazı uluslararası anlaşmalar, TBMM tarafından onaylanması uygun bulunmadan onaylanabilmektedir.<sup>101</sup> TBMM devreden çıkartılarak tamamen

<sup>99</sup> Nitekim 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği paketinde, 90. maddeye, *kanunlar ile uluslararası anlaşmaların çatışması halinde, anlaşmaların esas alınacağına* ilişkin bir hükmün eklenmesi de mevcuttu. Ancak paketin bu maddesi, TBMM'de yapılan oylamada yeterli çoğunluğu alamayarak reddedilmiş oldu. Bunda, tüm uluslararası anlaşmaların kanunlardan üstün sayılması konusunda, kamuoyunda oluşan olumsuz havanın etkili olduğunu söylenmektedir (Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, s.21, 22). Yazar, 2004 değişikliğinin önerilmesi sürecinde de, ilk teklifin, 2001'de olduğu gibi, tüm uluslararası anlaşmaların kanunlardan üstün tutulması yönünde olduğunu; ancak yine gelen tepkiler üzerine, bundan vazgeçilip, sadece insan haklarıyla ilgili olanların üstün tutulmasına dönüştürüldüğünü belirtmektedir (*Ibid.* s.22). Tepkiler konusunda bkz.: *Ibid.* 55 numaralı dipnot). Sadece hak ve özgürlüklerle ilgili anlaşmalara üstünlük tanıyan bu düzenleme, Başlar'ın da isabetle belirttiği gibi, değişikliğin genel gerekçesinde yer alan AB'ye uyumun sağlanması amacını da tam olarak karşılamaktan uzaktır. Zira, AB normlarının sadece bir kısmı, temel hak ve özgürlüklere ilişkindir ve örneğin AB ile olan ortaklığın temel metinleri olan Ankara Antlaşması ile Ortaklık Konseyi kararları, hak ve özgürlük hükümleri taşımakla birlikte, geneli itibarıyla böyle değildir (*Ibid.*). Aynı doğrultuda bkz.: Levent Gönenç, **1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar**, [http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90\\_madde.pdf](http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf), Erişim Tarihi: 23.12.2014, s.1.

<sup>100</sup> Örnekler için bkz.: Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, s.24-29.

<sup>101</sup> Hatta öğretide Başlar'ın belirttiğine göre, uygulamada, neredeyse birçok anlaşma, TBMM'ye sunulmadan Bakanlar Kurulu onayıyla yürürlüğe girmekte olup; bu anlamda, istisna olması gereken durum, asıl kural olan duruma dönüştürülmüş durumdadır (*Ibid.* s.30). Türk Hukukunda uluslararası anlaşmaların



yürütmenin inisiyatifıyla onaylanan ve yürürlüğe giren bir uluslararası anlaşmaya, kanunlar karşısında üstünlük tanınmasını (yani bir anlamda kanunları zımnen ilga etme yetkisi vermesini), herhalde başta yasama yetkisinin devredilmezliği olmak üzere birçok temel anayasal ilkeyle telif etmenin imkanı yoktur. O yüzden böyle genel bir üstünlük getirilecekse, TBMM'nin buradaki denetiminin tam olması gerektiği<sup>102</sup> veya TBMM'nin denetimi ve iradesinden geçen anlaşmaların bu üstünlükten yararlanabileceği söylenebilir.<sup>103</sup>

2004 düzenlemesinin, *anlaşma-Anayasa çatışması noktasında* ise, sessiz kalarak (hatırlanacağı üzere biz bu görüşteydik), isabetli davrandığını söyleyebiliriz. Bu konuda kabul ettiğimiz (ve yukarıda da izah ettiğimiz) görüşe göre, 2004 değişikliği sonrası ilgili Anayasa hükmü, bu konuda açık bir tercihte bulunmamış ve meseleyi, teoride öğretiyeye ve asıl olarak pratikte de yargı organlarına havale etmiştir. Mukayeseli hukukta bunu açıkça söyleyen anayasalar olmakla birlikte, biz, bir ülke anayasasının, kendi hükümleriyle uluslararası anlaşma hükümlerinin çatışması halinde kendisinin ihmal edilerek anlaşmaya üstünlük tanınacağını söylemesinin çok da doğru olmadığını düşünüyoruz. Ancak böyle açık bir hüküm ihdas etmemekle birlikte, böyle bir durumda, yargı organlarının, mümkün mertebe ilgili Anayasa kuralını, ilgili anlaşmaya uygun yorumlaması; fakat bunun mümkün olmaması halinde de, *Anayasa'yı uygulaması gerektiği* kanaatindeyiz.<sup>104</sup>

---

imzalanması ve onaylanmasına ilişkin bir çalışma için bkz.: Servet Armağan, **1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.

<sup>102</sup> Aynı doğrultuda bkz.: Gönenç, s.2. Hatta Meclis'in bu iradesinin de, en azından üye tam sayısının fazlası şeklindeki bir nitelikle çoğunlukla alınması önerilmiştir (Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, s.33, 34).

<sup>103</sup> Aynı doğrultuda bkz.: **Ibid.**, s.31. Mukayeseli hukukta, koruyucu nitelikte benzer anayasal düzenlemeler için bkz.: **Ibid.**, s.31 vd.). Örneğin Portekiz'de, uluslararası anlaşmalar için bir ön-denetim mevcut olup, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı bulduğu bir anlaşmanın Parlamento'da kabulü için, üye tam sayısının yarından az olmamak üzere toplantıda hazır bulunanların 2/3'ünün oyu gerekir (m.278, 279). Benzer şekilde, Hollanda'da da, Anayasa'nın bir hükmüyle çatışan bir uluslararası anlaşmanın onaylanabilmesi için Parlamento'da 2/3 çoğunluk gereklidir (m.91/3). Bizce, bir yargı organının anayasaya aykırı bulduğu bir normun, Parlamento'da normalden daha yüksek bir çoğunlukla da olsa, onaylanabilmesi, yargısal denetimin mantığı ve kuvvetler ayrılığı fikri noktasında biraz problemlidir. Bu yüzden böyle bir yöntemin Türk Hukukunda kabulünü doğru bulmamaktayız.

<sup>104</sup> Zira aksi bir durum, bir *uluslararası anlaşma – Anayasa çatışmasında*, kabulü şekli anlamda daha ağır koşullara bağlanmış olan bir Anayasa hükmünün, kabul edilmesi kendisine nazaran daha basit şekli kurallara tabi kılınmış (ve hatta bazıları Meclis'in onayına dahi tabi olmayan) bir uluslararası anlaşma karşısında bir anlamda zımnen ilga edildiği sonucunun doğması demektir. Bu noktada, bu şekli sıkıntının bertaraf edilmesi açısından uluslararası anlaşmaların kabulünün de, Anayasa değişikliklerinin tabi olduğu şekli şartlara bağlı olması şeklinde bir fikir ortaya atılabilirse de, bu, uluslararası anlaşmaların yürürlüğe konmasını neredeyse imkansız hale getireceği için pek isabetli değildir.



## SONUÇ

Soysal'ın belirttiği gibi, anayasaları, insan haklarına ilişkin uluslararası belgeler yoluyla evrensel gelişmelerle diyalog durumunda tutmak, onlara belirli bir dinamizm kazandırabilir. Belki, tepki nitelikleri çok fazla ağır basan ve bundan ötürü geriye dönüş gibi gözükten anayasalara yeni bir canlılık ve ileriye dönüklük kazandırmanın yolu da buradan geçmektedir. Başta AIHS olmak üzere uluslararası anlaşmaları, başkalarının Türkiye'nin egemenliğini denetlemesine yol açan belgeler olmaktan önce, bizim kendi kendimizi aşmamızı sağlayabilecek belgeler olarak görmek ve iç hukuktaki kıymetlerini de ona göre takdir etmek gerekmektedir.<sup>105</sup> Başta AIHS olmak üzere uluslararası anlaşmaların yeri meselesi, Türk anayasal sisteminde daima tartışmalı bir mesele olmuştur. Gerek öğreti gerek içtihat, bu konuda oldukça zengin bir birikime sahiptir. Anayasa'da, 2004 yılında, bu meseleyi çözüme kavuşturmak adına bir revizyona gidilmişse de, yapılan düzenleme, tartışmaları bir ölçüde bitirmiş ve başta AIHS olmak üzere uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki hiyerarşik yerinin dışında başka soru ve sorunlara da kapı aralamıştır.

AIHS bağlamında baktığımızda, çatışmanın AIHS (ve diğer insan haklarıyla ilgili anlaşmalar)-kanun boyutu, bilhassa 2004 düzenlemesinden sonra netlik kazanmışsa da; AIHS (ve diğer insan haklarıyla ilgili anlaşmalar)-Anayasa boyutu, halen daha cevap bekleyen soruları barındırmaktadır. Bugünlerde gündemde olan yeni anayasa tartışmalarında bu hususun da dikkate alınması ve yukarıda yer verdiğimiz doktriner tartışmalar dikkate alınarak meselenin bu sefer daha net bir şekilde açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nın, özellikle 2000'li yıllardan sonra yapılan değişikliklerle birlikte, AIHS ile büyük oranda uyumlaştırıldığı düşünüldüğünde, bu noktada gerçek bir çatışma ihtimali az olsa da, özellikle Sözleşmenin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi dinamik bir belge olarak sürekli geliştirmesi ve içerdiği güvencelerin kapsamını genişletmesi sebebiyle, böyle bir çatışma ihtimali, her zaman canlıdır.

Böyle bir durumda benimsenecek çözümlerin, bir yandan anayasanın üstünlüğü prensibi, bir yandan insan haklarına saygılı ve bu anlamda uluslararası hukuka açık devlet olmanın gerekleri; keza bir yandan da, uluslararası hukukun doğası ve sorumluluk doğurmaya açık yapısı gibi farklı bileşenlerin dikkate alınarak ortaya konması gerekmektedir. Nihayet 2010 yılında anayasal sistemimize giren bireysel başvurunun da, getiriliş ve işleyiş mantığı dikkate alındığında, bu çözümlere farklı bir yönden katkısının olacağını söylemek mümkündür.

<sup>105</sup> Soysal, *Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler*, s.18.

## KAYNAKÇA

- A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri**, *SBF İnsan Hakları Merkezi Uluslararası İnsan Hakları Normlarının İç Hukukta Uygulanması Kollokyumu*, Şubat 1992.
- Abdurrahman Eren, **1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi**, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı:3-4, 2004.
- Ali Karagülmez, **5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:54, 2004.
- Aslan Gündüz, **İnsan Hakları ile İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Kurduğu Denetim Organları Kararlarının Hukukumuzda Etkileri**, *İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler)*, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 1998.
- Atilla Özer, **Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:20, 2003.
- Aydan Ömür Surlu, **İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansımaları**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:87, 2010.
- Bahadır Kılınç, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2006.
- Bahri Savcı, **İnsan Hakları Üzerine, Uluslararası Alanda, "Norm İlke"ler ve Türk İç Hukuku**, *AÜSBF Dergisi*, Cilt:35/1, 1980.
- Bilgütay Kural, **Bir Alman Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında AIHS'nin Alman Hukuku'na Etkisi**, <http://www.gunisigihukuk.com/abanayasasi.html>, Erişim Tarihi: 10.12.2004.
- Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, 9. Baskı, İstanbul, 2009.
- David J. Harris, Michael O'Boyle, Colin Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, 3. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Derya Belgin, **Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:66, Sayı:4, Güz 2008.
- Edip Çelik, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması**, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Sayı:1-3, 1988.
- Emin Memiş, **İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.132.
- Ender Ethem Atay, **Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı**, *Hukuk Kurultayı 2000*, 12/16 Ocak 2000, Ankara, Cilt:1.
- Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, 8. Baskı, Kırklareli, 2003.
- Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2002.
- Frans Weber, **İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:9, 1992.
- Halil İbrahim Dursun, **Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:112, 2014.
- Hasan Tahsin Fendoğlu, **Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.

- Hasan Tunç, **Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi**, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2000.
- Hasan Tunç, **Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.
- Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 15. Bası, Turhan, Ankara, 2015.
- Jacobs, White, & Ovey, **The European Convention on Human Rights**, 6. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Kadir Yıldırım; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması**, Kazancı Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 1997.
- Kemal Başlar; **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, 24/1-2, 2004.
- Kemal Başlar, **Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Avrupa Konseyi Yayını, 2008.
- Kemal Başlar, **Yeni Sivil Anayasada Uluslararası Hukuka İlişkin Hükümler**, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/dr-kemal-baslar.pdf>, Erişim Tarihi: 11.3.2016.
- Kemal Gözler, **İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu**, *Türkiye'de İnsan Hakları*, Ankara, TODAİE Yayını, 2000.
- Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 17. Baskı, 2004.
- Kerem Altıparmak – Onur Karahanoğulları, **Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasa'nın "Zimnen İptali"**, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt:19-20, 1997-1998, s.215-233, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/bimkarari.htm>, Erişim Tarihi: 5.3.2016.
- Levent Gönenç, **1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar**, [http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90\\_madde.pdf](http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf), Erişim Tarihi: 23.12.2014.
- Levent Gönenç, Selin Esen, **The Problem of Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution**, *European Journal of Law Review*, Volume:8, No:4, 2006.
- Mesut Gülmez, **Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004.
- Mesut Gülmez, **Evet Uluslararası Sözleşmeler Anayasa Üstüdür**, *Cumhuriyet*, 16.6.1998.
- Mustafa Çolaker, **Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2010.
- Mümtaz Soysal, **Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:2, 1985.
- Mümtaz Soysal, **Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:14, 1997.
- Necmi Yüzbaşıoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine**, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt:11, Sayı:1, Mayıs 1994.
- Osman Can, **Imperatoris Locuta Causa Finita? Anayasa'nın 90. Madde Değişikliği ve Anayasa Yargısı**, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı:1.
- Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.

- Ömer Gedik, **Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu Arasında Bir Nükleer Güç Santralini Yapımına İlişkin Antlaşmanın Hukuki Niteliğinden Hareketle 1982 Anayasası Madde 90'ın İncelenmesi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Rıza Türmen, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.
- Rona Aybay, **The International Human Rights Instruments and the Turkish Law**, *Turkish Yearbook of Human Rights*, TODAİE, No:1/1, 1979.
- Rona Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:70, 2007.
- Rona Aybay, **Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık-Üstlük İlişkisi, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünya'da Bugünkü Yeri**, Ankara, 10-14 Mayıs 1993.
- Rona Aybay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku**, İnsan Hakları Armağanı, 30. Yıl, Birleşmiş Milletler Türk Derneği, 1978.
- Sait Güran, **Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.
- Sait Vakkas Gözlügül, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi**, Yetkin, 2. Baskı, 2002.
- Said Vakkas Gözlügül, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, Turhan, 2014.
- Sami Selçuk, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Uygulaması**, *Yargıtay Dergisi*, Cilt:25, Temmuz 1999.
- Serdar Arıkan, **İnsan Haklarıyla İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Türk İç Hukukundaki Yeri**, *Yargıtay Dergisi*, Cilt:25, Sayı:4, Ekim 1999.
- Serkan Köybaşı, **Yargı Denetiminden Milletlerarası Andlaşmalar Yoluyla Kaçmak: Akkuyu Nükleer Güç Santrali Anlaşması**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Servet Armağan, **1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.
- Suat Bilge, **İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri**, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt:1-6, Yıl:46, 1989.
- Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye**, Kavram Yayınları, 107, Ağustos, 1996.
- Şahnaz Gerek, Ali Rıza Aydın, **Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:55, 2004.
- Şeref Gözübüyük, **Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, *Avrupa İnsan Hakları Raporu, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı*, 7-10 Mayıs 1990.
- Şeref Ünal, **Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:11, 1994.
- Tacetin Şimşek, **Danıştay Kararlarında İHAS ve İHAM'ın Etkisi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Sayı:7, 2015.
- Tekin Akıllıoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz**, AÜSBFD, Cilt: 44, Sayı:3-4, Temmuz-Aralık 1989.
- Tekin Akıllıoğlu, **Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2-3, Mayıs-Eylül 1991.
- Tolga Şirin, **Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi**, 30-31 Mayıs 2015 tarihli Kamu Hukuk-

çuları Platformu Toplantısında Sunulan Bildiri, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga\\_Airin\\_333\\_1.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf), Erişim Tarihi: 25.10.2015.

Vahit Bıçak, **Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.

Volkan Aslan, **Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:3, 2012.

Yasemin Özdek, **The Turkish Constitutional Court and the International Human Rights Treaties**, *Turkish Yearbook of Human Rights*, TODAİE, No:14/1, 1992.

Yılmaz Aliefendioğlu, **Avrupa İnsan Hakları Anayasası'na Doğru**, *AÜSBF Dergisi*, Cilt:46, Sayı:1.

Zühtü Arslan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.



# AIHS ve Diğer Uluslararası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri Bağlamında 2004 Değişikliğinin Beraberinde Getirdiği Sorunlar ve Bazı Çözüm Önerileri

(The Issues Raised by the 2004 and 2010 Amendments within the  
context of the Status of International Agreements and the ECHR  
in Turkish Law, and Some Solutions)



Dr. Ahmet Burak BİLGİN\*

## ÖZET

Uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yeri ve etkisi meselesi, uzun yıllardır akademik ve yargısal çevrelerde yoğun biçimde tartışılmaktadır. Bu tartışmalar, daha ziyade olası bir çatışma halinde hangi hukuk düzeninin normuna öncelik verileceği etrafında yoğunlaşmıştır. Oysa bunun dışında konuyu düzenleyen Anayasa hükmü ve bilhassa da mevcut tartışmalara bir cevap mahiyetinde olmak üzere bu hükme 2004 yılında yapılan ekleme, hukuk düzenleri arasındaki üstünlük ve öncelik hususundan başka cevap verilmesi gereken meseleleri de beraberinde getirmektedir. Ulusal normun uluslararası normdan daha lehe bir düzenleme içermesi, doğrudan uygulanabilen ve uygulanamayan norm meselesi, bir çatışma halinde Anayasa Mahkemesine itiraz yolunun nasıl işletileceği, uluslararası mahkeme kararlarının buradaki etki ve değeri, uluslararası anlaşmalara yönelik ön-denetimin uygulanabilirliği ve 2010 yılında Türk Hukukuna giren bireysel başvuru mekanizmasının konuya etkileri gibi meseleler, Anayasanın 90. maddesi bağlamında cevap bekleyen sorunlar olmaya devam etmektedir.

***Anahtar Kavramlar:** AIHS'in iç hukuktaki etkisi, 2004 anayasa değişikliği, uluslararası anlaşmalarda ön-denetim, bireysel başvurunun etkisi*

## ABSTRACT

The legal status and effect of international agreements in Turkish law has been widely discussed among scholars and courts for decades. These debates have generally focused on the specific question of rules of which legal order are given priority and supremacy in case of a potential conflict. However, both the related rule

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

in the Constitution and notably the 2004 amendment on this rule which was made as a response to existing debates involve different issues to be solved in addition to the question of primacy and supremacy between both legal orders. The following are the issues that need to be solved within the ambit of Article 90 of the Constitution: National legislation's being more favourable than international legislation, the rule's being or not being directly applicable / effective, the question as to how to appeal the constitutional review mechanism for conflicting domestic rule before the Constitutional Court, the influence and value of the decisions of international courts, the applicability of a-priori review for international agreements, and the potential impact of the constitutional complaint procedure that was introduced in 2010. All these issues will be touched upon in this article.

**Keywords:** *ECHR's implication on domestic law, constitutional amendment of 2004, a-priori review for international agreements, the role of the constitutional complaint procedure.*

## GİRİŞ

Uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yeri ve etkisi meselesi, uzun yıllardır Türk hukukunda yoğun biçimde tartışılmaktadır. Bu tartışmalar, daha ziyade olası bir çatışma halinde hangi hukuk düzeninin normuna öncelik verileceği etrafında yoğunlaşmıştır. Uluslararası anlaşmalarla kanunların ve hatta Anayasa hükümlerinin çatışması halinde bunlardan hangisine öncelik/üstünlük tanınacağı meselesi öğretilerde epey bir ilgi çekmiştir.<sup>1</sup> Konuya ilişkin 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden önceki dönemde, uluslararası anlaşmaları, kanunlara eş sayan ve Anayasadan altta gören; kanunlardan üstün fakat Anayasadan altta gören; kanunlardan üstün ve Anayasa ile eş gören ve nihayet kanunlar ve Anayasadan üstün gören görüşlere rastlamak mümkündür.<sup>2</sup> Keza tartışma yönünden benzer canlılığa başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere Yüksek Mahkeme kararlarında da rastlamak mümkündür.<sup>3</sup>

2004 yılında konuya "açıklık" getirmek adına Anayasanın 90. maddesine eklenen "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" hükmü bağlamında ise, beklenen açıklık bir ölçüde gelmiş; konuya ilişkin tartışmalar, meselenin belli yönlerine ilişkin olarak devam etmiştir. Bu düzenleme bağlamında, *meselenin açıklığa kavuşturulduğunu, temel haklarla ilgili uluslararası anlaşmalar ile kanunlar arasındaki çatışmalarda artık anlaşmaya üstünlük*

<sup>1</sup> Bu konudaki kaynakça için bkz.: Ahmet Burak Bilgin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri*, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:22, Sayı:1, 2016. (Bu makaleyle aynı dergi sayısında yayımlandığı için sayfa numarasına atıf yapılamamıştır.)

<sup>2</sup> Bu görüşler için bkz.: *Ibid.*

<sup>3</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz.: *Ibid.*



tanınacağını, buna karşılık böyle olmayan anlaşmalarla kanunlar arasındaki olası çatışmaların genel kurallara göre çözüleceğini ve nihayet yeni düzenlemenin her türlü anlaşmayı Anayasanın altında konumlandığını söyleyen görüş yanında; yeni düzenlemenin sadece insan haklarına ilişkin anlaşmalarla kanunlar arasındaki çatışmayı çözdüğü, buna karşılık insan haklarıyla ilgili olmayan diğer uluslararası anlaşmalarla kanunların çatışması ve bilhassa da anlaşmaların Anayasa hükümleri ile çatışması meselesini tam olarak çözemediği gibi görüşlere de rastlamak mümkündür.<sup>4</sup>

Bu tartışmada, bizim görüşümüz ise, bu iki görüşün arasında sayılabilecek yöndedir. Bizce, yeni düzenleme sonrasında, insan haklarıyla ilgili anlaşmaların<sup>5</sup> (ve dolayısıyla AIHS'in) yeri, net bir şekilde kanunların üstündedir. Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, üstünlük anlaşma hükmüne verilecektir. Bunun dışındaki konulara ilişkin anlaşmaların yeri ise, kanunlarla aynı seviyededir (ve dolayısıyla Anayasanın da altındadır). Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, mesele, *genel çatışma kurallarına göre* çözülecektir. Böyle olunca, bu tür anlaşmaların yeri, otomatik olarak Anayasadan altta sayılmalı ve *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışması halinde de, Anayasa hükmüne üstünlük tanınmalıdır. Dolayısıyla bu iki yön itibarıyla, 2004 değişikliği – isabetli olup olmaması bir yana – mevcut tartışmaları bitirmiştir. Son olarak, insan haklarıyla ilgili anlaşmaların Anayasa karşısındaki konumu ise, bizce halen daha tartışmalıdır. Dolayısıyla bu üçüncü ve son yön itibarıyla, 2004 değişikliği, mevcut tartışmaları, kanaatimizce sona erdirememiştir.<sup>6</sup> Ulusal norma üstünlük tanınacak ve somut çatışmanın uluslararası norma aykırı surette neticelendirileceği her türlü çözümün, uluslararası hukukun niteliği karşısında, devletin sorumluluğunu getirebilme ihtimali (ve bu yönüyle de 2004'te gelen düzenlemenin isabeti) bir yana, karşımızdaki "anayasal" çözüm bu şekildedir.

Öte yandan çatışmanın çözümü ve hangi düzenin normuna öncelik/üstünlük tanınacağı sorunundan başka olarak, yukarıda ana hatlarıyla ortaya koyduğumuz anayasal yapı çerçevesinde başka meseleler de vardır. Bu makalenin konusu, işte bu meselelere ayrılmıştır. *Ulusal normun uluslararası normdan daha lehe bir düzenleme içermesi, doğrudan uygulanabilen ve uygulanamayan norm meselesi, bir çatışma halinde Anayasa Mahkemesine itiraz yolunun nasıl işletileceği, uluslararası mahkeme kararlarının buradaki etki ve değeri, uluslararası anlaşmalara yönelik ön-denetim uygulanabilirliği ve bireysel başvuru mekanizmasının konuya etkileri* gibi meseleler, bu bağlamda cevap bekleyen konulardır. Makalede bu meselelere değinilecek ve bazı çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

<sup>4</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz.: **Ibid.** (Bu makalede, ana hatlarıyla ortaya koyduğumuz bu tartışmalara girilmeyecektir.)

<sup>5</sup> "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşma" kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında bkz.: **Ibid.**

<sup>6</sup> Bu konudaki ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: **Ibid.**

### 1. Ulusal Mevzuatın Anlaşmadan Daha Lehe Hüküm İçermesi

Bu noktadaki ilk soru, ulusal mevzuatın bir anlaşmaya (örneğin AİHS'e) göre daha lehe düzenlemeler içermesi halinde nasıl hareket edileceğidir. Bu noktada, yukarıda ana hatlarıyla ortaya koyduğumuz "üstünlüğün", ulusal yasanın anlaşmaya göre hak ve özgürlük noktasında daha lehe bir düzenleme içermesi halinde, halen daha anlaşmanın uygulanacağı anlamına gelmeyeceğini; yani ulusal yasanın uygulanmasına engel olmayacağını söylemek mümkündür.<sup>7</sup> Zira m.90/5, c.3'ün amacı ve getiriliş mantığı da, bunu gerektirir.<sup>8</sup> Hatta, aynı alanda birden fazla uluslararası anlaşma var ve bunlar birbiriyle çatışıyorsa, elbette, bunlardan en özgürlükçü ve temel haklar

<sup>7</sup> Zaten genelde uluslararası anlaşmalar, kendisinin, daha lehe düzenlemeler içeren ulusal normların uygulanmasını engellemeyeceğine ilişkin hükümler içermektedir (örneğin AİHS m.53, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.5/2, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi m.5/2; bu şekilde bir uluslararası anlaşma olmamakla birlikte AB Temel Haklar Şartı m.53).

<sup>8</sup> Başlar, bu anlamda hükmün yazımının "kötü" olduğunu ve bunun uygulamada aksi yönde bir yoruma yol açabileceğini söylemektedir (Kemal Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, 24/1-2, 2004, s.39. Bu makalede, Başlar'ın dört eserinden yararlanılmıştır. Ancak yazarın bu dipnotta yer verdiğimiz eseri dışındaki iki eserine makale boyunca sadece birer kez atıf yapıldığından, makale boyunca "Başlar" olarak belirtilen atıflar, yazarın bu eserine ilişkindir.) Nitekim Gözler, böyle bir durumda her halükarda anlaşma hükmünün uygulanması gerektiğini söylemektedir (Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, 17. Baskı, 2014, s.281). Hükmün mutlak bir lafzi yorumu, buna müsait olsa da; bızce böyle bir yorum, hükmün amacına tamamen ters olacaktır. Öğretide Belgin de, hükmün bu yönüne dikkat çekmekte ve 5312 sayılı Kanun'un tazminat talepleri için öngördüğü zamaşaşımı süreleriyle bu sürelerin başlangıcı noktasındaki düzenlemelerin, Türkiye'nin taraf olduğu Petrol Kirililiği Zararları Nedeniyle Hukuki Sorumluluk Sözleşmesinin (24.7.2001 tarih ve 24472 sayılı R.G.) getirdiği zamaşaşımı sürelerinden daha lehe olduğu örneğini vererek; bu durumda hangi düzenlemenin uygulanacağı sorusunu sormaktadır (Derya Belgin, **Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:66, Sayı:4, Güz 2008, s.112). (Aynı örnek için bkz.: Levent Gönenç, Selin Esen, **The Problem of Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution**, *European Journal of Law Review*, Volume:8, No:4, 2006, p.499.) Belirttiğimiz gibi, bızce mesele nettir. Anayasadaki değişikliğin amacı, temel hak ve özgürlükleri korumaktır; böyle olunca, herhangi lehe ise onu uygulamakta tereddüt edilmemelidir. Öğretide Gönenç ve Esen de, bunun en azından "teorik/akademik" bir tartışma olarak ele alınması gerektiğini düşünerek meseleyi bir makale ile incelemişlerdir (*Ibid.* pp.485-500). Yazarlar, bu konuda çıkabilecek bir problemin, insan haklarının, sonraki hüküm-önceki hüküm veya özel hüküm-genel hüküm gibi tartışmalara girmeden, en az sınırlayıcı biçimde yorumlanması; diğer ifadeyle, mümkün olan farklı yorumlar arasından en özgürlükçü/birey lehine olanın seçilmesi anlamına gelen "*pro homine*" ilkesinden hareket ederek çözülebileceğini öne sürmektedirler (*Ibid.* p.495). Hatta yazarlar, daha da ileriye giderek, anlaşmaların bu konuda getirdikleri çözümlerin (bkz.: supra dipnot 7) yanı sıra; bızcat Anayasanın kendi içinden de çözümler bulunabileceğini söylemektedirler. Onlara göre, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini söyleyen 13. madde bağlamında, hele ki, 2001 değişikliği ile "ancak" ibaresinin eklenmesi karşısında, buradaki "kanun" kavramının, kelimenin teknik anlamıyla TBMM'nin çıkardığı kanunlar olarak anlaşılabilceği ve bu anlamda uluslararası anlaşmaların burada geçen anlamıyla "kanun" olarak sayılamayacağı (ve böylece daha sınırlayıcı olsa bile uygulanamayacağı) ileri sürülebilir (*Ibid.* pp.495-497).

noktasında en ilerici olanının uygulanması gerektiği de açıktır.<sup>9</sup> Üstelik ifade ettiğimiz gibi, genelde tüm bu meseleleri, anlaşmalar, bizzat kendi getirdikleri hükümlerle çözmektedir.<sup>10</sup>

## 2. Çatışmanın Tespiti ve Doğrudan Uygulanabilen / Uygulanamayan Anlaşma Hükümleri

Burada üzerinde durulması gerekli bir husus da, bir uluslararası anlaşmanın (insan haklarına ilişkinse doğrudan; değilse de genel çatışma kurallarından galip çıkması üzerine) kanunlara göre esas alınma (öncelikle uygulanma) durumundan yararlanabilmesi için, *doğrudan uygulanabilir nitelikte olmasının gerekip gerekmediğidir*. Uluslararası anlaşma hükümlerinin, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmaması elbette mümkündür. Öğretide, m.90/5, c.3'teki üstünlükten yararlanmak için, "doğrudan uygulanabilir" nitelikte olunması gerektiği; diğer bir deyişle, doğrudan uygulanabilir olan anlaşma hükümlerinin, m.90/5, c.3'teki ayrıcalıktan yararlanacağı ileri sürülmüştür.<sup>11</sup> Bu, doğru bir tespit olmakla birlikte, yanlış anlaşılmalara mahal vermeme-lidir. Şöyle ki, bir uluslararası anlaşma hükmü, "doğrudan uygulanabilir" (yeterince net, kesin, herhangi bir uygulama önlemi öngörmeyen nitelikte vs.) değilse, zaten onu olaya uygulamak mümkün değildir. Böyle olunca da, ortada m.90/5, c.3 anlamında, "aynı konuda farklı hükümler içerme dolayısıyla çıkabilecek bir uyumsuzluk" olmayacak; yani sadece ilgili kanun hükmü uygulanacaktır. Ortada *doğrudan uygulanabilen bir anlaşma hükmü olduğu sürece*, 3. cümle anlamında bir çatışmadan (uyumsuzlıktan) bahsedilebileceği açıktır.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Karademir; s.7; Gönenç, Esen, p.494. Yazarlar, burada yine, insan haklarının, sonraki hüküm-önceki hüküm veya özel hüküm-genel hüküm gibi tartışmalara girmeden, en az sınırlayıcı biçimde yorumlanması; diğer ifadesiyle, mümkün olan farklı yorumlar arasından en özgürlükçü/birey lehine olanın seçilmesi anlamına gelen "*pro homine*" ilkesinden hareket etmektedirler.

<sup>10</sup> *Ibid.* p.495.

<sup>11</sup> Bkz.: Rona Aybay, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 70, 2007, s.207.

<sup>12</sup> Aslında burada "doğrudan uygulanabilir" ifadesi yerine, "doğrudan etkili" ifadesini kullanmak gerekir. Zira, "doğrudan uygulanma" ile "doğrudan etki", farklı kavramlardır. *Doğrudan uygulanma* (*direct applicability / self-executing*), bir uluslararası normun, iç hukukta, ilave bir işleme, bir aktarma veya atfa gerek kalmaksızın, usulüne göre kabul edilmekle birlikte uygulanabilmesi demektir. Bu yönüyle de, tekçi (monist) sistemin benimsendiği tüm ülkelerde, bir uluslararası anlaşma, "doğrudan uygulanabilir" niteliktedir. 1982 Anayasası da, "kanun hükmündedir" demek suretiyle bunu açıkça ortaya koymaktadır. *Doğrudan etki* (*direct effect*) ise, doğrudan uygulanabilir olan bir (uluslararası) normun, niteliği itibarıyla, yetkili adli ve idari merciler önünde ileri sürülebilir talepler doğurmaya elverişli olup olmamasıdır. Örneğin bir norm, *yeterince açık, kesin, koşulsuz ve uygulanması için devletin ilave bir tedbir almasını gerektirmeyecek nitelikte* ise, "doğrudan etkili" olduğu söylenebilir. Türk Hukukunda, tekçi sistem gereği doğrudan uygulanabilir olan tüm uluslararası anlaşmaların aynı zamanda "doğrudan etkili" olduğunu söylemek elbette mümkün değildir. Ancak bu, esasında, sadece uluslararası normlar için değil; başta Anayasa olmak üzere iç hukuk normları için de geçerli olan bir durumdur. Tüm ka-

Ancak burada şunu da eklemek gerekir ki; hükmün 1. cümlesi, usulüne göre yürürlüğe konmuş bütün anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu söylemekte ve bunu yaparken de, "doğrudan uygulanabilen" / "doğrudan uygulanamayan" (veya "doğrudan etkili olan" / "doğrudan etkili olmayan") anlaşma şeklinde bir ayırım yapmamaktadır. Dolayısıyla, doğrudan uygulanamayan veya (yukarıdaki dipnotta izah etmeye çalıştığımız üzere) doğrudan etkili olmayan uluslararası anlaşmaların da, kanun hükmünde olduğunda ve insan haklarına ilişkinse, kanunlardan öncelikle uygulanacağında şüphe yoktur. Ancak elbette, *doğrudan uygulanabilir* (bizim tercih ettiğimiz terminolojiye göre *doğrudan etkili*) olmayan bir anlaşma hükmü, pratik imkansızlıktan ötürü olayda uygulanamayacak ve bu anlamda, 3. cümle anlamında bir çatışma/uyuşmazlık durumu da ortaya çıkamayacaktır.

### 3. Çatışmanın Tespiti Halinde İzlenecek Süreç ve İtiraz Yolu Üzerinden Anayasaya Uygunluk Denetimi

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus da, çatışmanın ulusal makamlarca tespit edildiği noktada, Anayasaya uygunluk sorununun devreye girip girmeyeceğidir. Diğer bir anlatımla, bir Türk mahkemesi, bakmakta olduğu bir davada, olaya uygulaması gereken bir kanun hükmünün bir uluslararası anlaşma hükmü ile çatıştığını tespit ederse, bu noktada söz konusu kanunun Anayasaya uygunluğunu test edip ona göre tutum benimseyebilir mi? Mesela, anlaşmaya aykırı bulduğu kanun hükmü, Anayasaya uygunsa, artık anlaşma-Anayasa çatışması var deyip, çatışmayı buna göre çözmeli, yani Anayasayı uygulamalı mıdır? Veya söz konusu kanun hükmü, anlaşmayla birlikte Anayasaya da aykırıysa, mahkeme, anlaşmayı uygulamadan önce somut norm denetimi yolunu işletmeli midir?<sup>13</sup>

---

nunlar ve Anayasa hükümleri, elbette, "doğrudan uygulanabilir" niteliktedir; ancak hepsi, "doğrudan etkili" olmayabilir. Örneğin, Devlete belli sosyal ve ekonomik alanlarda yükümlülük yükleyen Anayasa hükümleri, elbette, birer anayasa hükmü olmaları itibarıyla "doğrudan uygulanabilir" niteliktedir; ancak "doğrudan etki" doğurmaya elverişli olmayabilir. Dolayısıyla, yukarıda ileri sürülen, "m.90/5, c.3'teki üstünlükten, sadece doğrudan uygulanabilir nitelikteki anlaşma hükümleri yararlanabilir" görüşündeki "doğrudan uygulanabilirlik"ten maksat, burada ortaya konan "doğrudan etkili" olmaksa, elbette bunda bir şüphe yoktur; yoksa teknik anlamda tüm uluslararası anlaşmaların "doğrudan uygulanabilir" olduğu noktasında, tekçi sistem gereği, bir şüphe olmamalıdır. Ancak böyle anlaşıldığı ihtimalde dahi, yukarıda ortaya koyduğumuz sebeplerden ötürü bu görüşün yanlış anlaşılmaya müsait olduğunu düşünmekteyiz.

<sup>13</sup> Öğretilerde meseleyi çözmekle görevli (özellikle de adli) mercilerin, kanunlarla anlaşmalar arasında bir çatışma çıktığında, bunu, Anayasanın hakemliğine başvurarak çözmesi önerilmiştir. İzlenecek yol şöyle olmalıdır: Birinci ihtimal olarak, eğer anlaşma ile kanun çatıştığında, anlaşma Anayasaya uygun fakat yasa Anayasaya aykırıysa, zaten ortada yasanın Anayasaya aykırılığı sorunu vardır; itiraz yolu işletilerek önce bu çözülmelidir. İkinci ihtimal olarak, eğer anlaşma ile yasa çatıştığında, Anayasada konuya ilişkin uygulanabilecek bir hüküm yoksa, Anayasanın insan haklarına saygılı devlet ilkesinden hareketle, anlaşmaya aykırı yasanın Anayasaya da aykırı sayılarak yine itiraz yolunun işletilmesi (hatırlatalım; yasanın ihmalî, Türk anayasa yargısında mümkün değildir) ve yasanın sistemden ayıklanarak anlaşmaya alan açılması gerekir. Üçüncü ihtimal olarak, anlaşma ile yasa çatıştığında, bu

Belirtelim ki, bu iki soruya da verilecek cevap, olumsuz olmalıdır. Zira mahkeme, *anlaşma-kanun* çatışmasını tespit ettiğinde, o kanunun Anayasaya uygunluğunu denetler ve aykırılık görmezse, o takdirde mesele, "anlaşma-Anayasaya uygun kanun" ve böylece "anlaşma-Anayasa" çatışmasına dönüşebilecektir. Bu noktadan sonra da, uygun yorum mümkün değilse, mecburen Anayasayı uygulamak durumunda kalacaktır. Bu ise, Anayasanın m.90/5, c.3 hükmünü, hukuku dolanmak suretiyle işlevsiz kılmaktan (yani anlaşmanın karşısına Anayasayı çıkartarak amiyane tabirle "bel altı vurmaktan") başka bir şey değildir. Keza, benzer durum, yargıçların, yine böyle bir Anayasaya aykırılık denetimi yapıp, kanunu, Anayasaya aykırı bulduğu takdirde Anayasanın 152. maddesindeki itiraz prosedürünü işletmesi halinde de söz konusu olacaktır. Bu da, basitçe, "insan haklarıyla ilgiliyse anlaşma uygulanır" diyen m.90/5, c.3 hükmünün dolanılması ve işlevsizleştirilmesinden başka bir şey olmayacaktır.

O halde, bir çatışma tespit ettiğinde mahkemenin yapması gereken, öncelikle *Anayasanın 90/5 hükmü gereği uygulanacak kuralı tespit etmektir.*

- Eğer söz konusu anlaşma temel hak ve özgürlüklere ilişkinse,<sup>14</sup> AY m. 90/5, c.3 hükmü, zaten onun doğrudan uygulanması gerektiğini söyle-

---

sefer, yasa Anayasaya uygun, fakat anlaşma Anayasaya aykırı ise, artık ortada bir anlaşma-Anayasa çatışması var demektir. Bu noktada da, yukarıda ortaya koyduğumuz iki tercihten birinin yapılması (ya Anayasa üstün kabul edilip onun uygulanması ya da uluslararası hukuk üstündür denip Anayasanın göz ardı edilerek onun uygulanması) gerekmektedir (Atay, s.411; Yüzbaşıoğlu, s.34; Tanör, Yüzbaşıoğlu, s.486, 487). Görüldüğü gibi, her şekilde, meseleyi çözmekle görevli organın, anlaşma ile çatışan yasanın Anayasaya uygunluğunu denetlemesi, bu yaklaşımın temel mantığıdır. Biz, hemen şimdi açıklayacağımız gerekçelerle, böyle bir yolun izlenemeyeceğini düşünmekteyiz.

<sup>14</sup> Bu arada "temel hak ve özgürlüklerle ilişkin milletlerarası anlaşma" kavramından ne anlaşılması gerektiğine de kısaca değinmek gerekmektedir. Burada acaba, yalnızca konusu itibarıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalar mı kastedilmiştir; yoksa anlaşmanın geneli itibarıyla konusuna bakmaksızın temel hak ve özgürlüklerle ilgili herhangi bir anlaşma hükmü mü kastedilmiştir? Burada bizce ikinci yorumu geçerli kabul etmek isabetli olur. Zira ilki, bir anlaşma genel içeriği itibarıyla temel hak ve özgürlüklerle ilgili değilse, içindeki hak ve özgürlük hükümlerini, düzenlemenin dışında bırakması yönüyle "sınırlayıcı"; ayrıca geneli itibarıyla hak ve özgürlüklerle ilgili bir anlaşma içindeki temel hak ve özgürlüklerle hiç ilgisi olmayan hükümleri de kapsamı yönüyle de "maksada aykırı" bir yorum tarzı olur. Burada düzenlemenin amacı, hiç şüphesiz, insan hakları kavramının kapsamına giren iki hükmün çatışması halinde ne olacağını düzenlemektir. Böyle bir hükmün, ne tür (ticari, askeri, teknik veya insan haklarıyla ilgili) bir anlaşmada yer aldığı, hükmün amacı bakımından hiçbir önemi yoktur. Üstelik uluslararası anlaşmalarda, "bu anlaşma temel hak ve özgürlüklere ilişkindir" şeklinde bir tanımlayıcı etikete rastlamak da mümkün olmadığından, bir anlaşmanın "insan haklarına ilişkin anlaşma" olup olmadığı neye göre belirlenecektir? Örneğin, Avrupa Konseyi bünyesinde bugüne kadar imzalanmış olan 200'ün üzerindeki anlaşmanın pek çoğunun başlığında, "hak ve özgürlük" kavramları dahi geçmemesine rağmen; bunlar, kuşkusuz temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalardır. O halde, burada, herhangi bir uluslararası anlaşmadaki temel hak ve hürriyetlerle ilgili her türlü hükmün, Anayasa m.90/5, c.3 kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir. Aynı doğrultuda bkz.: Aybay, *Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri*, s.203, 204. Ayrıca anlaşmaların kaynağı noktasında (mesela Avrupa Konseyi'nin anlaşmaları, Birleşmiş Milletler'in anlaşmaları, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün anlaşmaları gibi) herhangi bir sınırlandırma olmadığını da belirtelim. (2004 değişikliği sırasında bu yönde öneriler gelmiş; ancak Anayasa Komisyonunda kabul edil-

mektedir.<sup>15</sup> Belirttiğimiz gibi, burada mahkemenin, bir de kanunu Anayasaya uygunluk yönünden denetlemesine gerek yoktur.<sup>16</sup>

memiştir. Başlar, s.35). Öneriler ve reddine ilişkin karşı oy, değişikliğe ilişkin yukarıda yer verdiğimiz Komisyon raporunda bulunabilir. Öğretide Aybay, sadece anlaşmanın ismine bakarak yapılacak belirlemenin sınırlayıcı olduğunu söylemekte; ancak içeriğe bakıldığında, bu sefer de, yüzlerce hatta binlerce anlaşmada insan haklarıyla ilgili hükümler olabileceğini; bunun da, uygulama ve uygulayıcılar açısından ayrı bir problem olacağını söylemektedir (Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, s.204). Burada üzerinde durduğumuz AİHS'in bu tarz bir anlaşma olduğunda ise, herhangi bir şüphe yoktur. (Mukayeseli hukukta üstünlük tanınan insan haklarına ilişkin anlaşmaların özel olarak belirtildiği örnekler için bkz.: **Ibid**). Öğretide, Belgin de, Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalar arasında "temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ve olmayanlar" şeklinde bir ayrımın net ve gerçekçi olmadığını; özellikle "mülkiyetin" de bir temel hak sayıldığı düşünüldüğünde, "temel hak ve özgürlükler" deyiminin kapsamının olağanüstü genişletilmiş olacağını; keza aynı durumun, sosyal ve ekonomik haklar bakımından da söz konusu olacağını; bu yüzden de, Türkiye Barolar Birliği'nin Kasım 2007'de kamuoyuna sunduğu anayasa önerisinde, "münhasıran insan haklarının korunması amacıyla bağitlanmış olma" koşulunun getirilerek, sınırın daha belirginleştirilmesinin önerildiğini belirtmektedir (Belgin, s.110).

Ayrıca hemen belirtelim ki, buradaki "anlaşma"dan, devletler ve/veya uluslararası örgütler arasında imzalanan her türlü bağlayıcı uluslararası hukuk metnini (*anlaşma, anlaşma, anlaşma, sözleşme, akıt, konvansiyon, protokol, Ortaklık Konseyi kararları* vs.) anlamak gerekir. Aynı doğrultuda bkz.: Rona Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:70, 2007, s.188. Ayrıca bkz.: Başlar, s.37, 38. Ancak yazar, örneğin karşılıklı bir anlaşma mahiyetinde olmayan "deklarasyon"ların ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname (İHEB), Helsinki Nihai Senedi ve Paris Şartı gibi "soft law" belgelerinin, AY m.90/5, c.3 anlamında bir anlaşma sayılmaması gerektiğini söylemektedir (Ibid.). Ancak bu konuda aksi görüşler de vardır. Bize, burada bu tarz anlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu söyleyen 3. cümle hükmü, kendinden önceki cümleyle birlikte okunmalı ve yorumlanmalıdır. Bu anlamda 3. cümle'nin kapsamına giren "anlaşmalar", 1. cümle'nin kapsamına giren; yani usulüne göre yürürlüğe konulmuş ve kanun kuvvetini kazanmış anlaşmalardır. Uluslararası Hukuk anlamında bağlayıcı olmayan İHEB gibi belgelerin ise, elbette kendilerinden yararlanılmasına bir engel olmamakla birlikte, bu anlamda "kanun" hükmünde olan ve dolayısıyla da diğer Türk kanunlarından üstün tutulacak anlaşmalardan olmadığı açıktır. Yine vurgulanması gereken bir başka husus da, buradaki "temel" hak ve özgürlüklerin, Anayasanın 12-74. maddeleri arasında düzenlenen "temel" hak ve hürriyetlerle sınırlı olmayıp; uluslararası hukukun geldiği nokta itibarıyla insan hakkı olarak telakki edilebilecek tüm hak ve özgürlükleri kapsamı gerektiğidir. Aynı doğrultuda bkz.: Mesut Gülmez, **Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004, s.154. Nitekim değişikliğin gerekçesi de, "insan haklarına ilişkin milletlerarası..." kavramını kullanmak suretiyle, bu yorumu desteklemektedir. Aksi yönde (sadece Anayasada "temel hak ve özgürlük" olarak düzenlenen haklarla ilgili anlaşmaların, m.90/5, c.3 anlamında üstün tutulacak anlaşma olacağına ilişkin) görüş için bkz.: Şahbaz, s.209.

<sup>15</sup> Belirtelim ki, böyle bir uyumsuzluk/çatışmayı, davanın taraflarının ileri sürmesine de gerek yoktur. Zira, mahkemeler, kanun hükümlerini re'sen uygulamakla yükümlü oldukları her durumda, kanun hükmünde olan uluslararası anlaşmaları da re'sen uygulamak ve dolayısıyla böyle bir çatışmayı tespit edip çözmekle yükümlüdürler (Gülmez, s.157).

<sup>16</sup> Gerek yoktur; çünkü böyle bir denetim, anlamsız olacaktır. Zira bu denetimin amacı, bir ayrıklık tespit edildiğinde, 152. maddedeki itiraz prosedürünü işletmektir. Oysa bilindiği üzere, itiraz yoluna başvurulabilmesi için Anayasanın aradığı şartlardan birisi de, "olaya uygulanacak bir kanun hükmünün bulunmasıdır". Fakat böyle bir çatışmada m.90/5, c.3 hükmü uyarınca anlaşmanın uygulanması söz konusu ise, o kanun hükmünün olaya uygulanması söz konusu değildir. Böyle olunca da, o kanun hükmü için itiraz yoluna gidilemeyeceği bile savunulabilir. Ancak yine de, farklı olaylarda farklı uygulamaların önüne geçebilmek ve Anayasaya aykırı bir normu sistemde barındırmamak gibi düşüncelerle, itiraz yolunun işletilmesi, uygun olabilir. Burada itiraz yoluna başvurmayı engelleyebileceği söylenen durum, somut olayda, m.90/5, c.3 gereği, anlaşma uygulanacağı ve dolayısıyla kanun hükmü uygu-

- Eğer söz konusu anlaşma, temel hak ve hürriyetlere ilişkin değilse (ve çatışmayı yine uygun yorumla çözmek mümkün olmuyorsa), o takdirde kabul ettiğimiz görüşe göre, genel çatışma kurallarını uygulayacak ve o şekilde olaya uygulanacak hüküm bulacaktır. Eğer bu mücadele (özel kanun, sonraki kanun vs.) neticesinde anlaşma galip gelirse, o takdirde yine anlaşmanın uygulanacağına şüphe yoktur. Bu halde de, mahkemenin (yukarıdaki sebeplerle) ayrıca bir de kanunun Anayasaya uygunluğunu incelemesi söz konusu olmamalıdır.<sup>17</sup>
- Eğer üçüncü ihtimal olarak, bu çatışmadan temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan anlaşma değil de, sonraki kanun veya özel kanun olduğu için kanun hükmü galip çıkarsa, olaya uygulanacak hüküm, tabii ki bu kanun

lanmayacağı için, ortada m.152 anlamında bir "olaya uygulanacak hükmün" bulunmadığıdır. Yoksa, anlaşma ile çelişen ve m.90/5, c.3 gereği uygulanamayacak olan kanun hükmü, halen yürürlüktedir. İşte bu noktada da, yukarıdaki mülahazalarla (farklı uygulamalara mahal vermemek ve anayasaya aykırı normu sistemden ayıklamak), itiraz yolunun işletilebilmesi için, m.152'de geçen "olaya uygulanacak hüküm" kavramını biraz geniş yorumlama ve neticede söz konusu hükmün, aslında başlangıçta davada uygulanmasının söz konusu olduğu ve fakat karşısına çıkan aynı konudaki bir başka norm (anlaşma) dolayısıyla uygulanmasının savsaklandığı kabul edilip "olaya uygulanacak hüküm" olarak düşünülmesi mümkündür. Ancak bir şeyi tekrardan vurgulayalım ki, bu, kesinlikle, m.90/5, c.3 uyarınca anlaşmaya göre çözülecek eldeki davanın bekletilmesine yol açmamalı; dava, anlaşmaya göre çözülmeli ve itiraz yoluna, sadece yukarıdaki mülahazalarla başvurulmalıdır. Öğretide Gerek ve Aydın da, m.90/5, c.3 uyarınca (insan haklarına ilişkin bir anlaşma hükmü ile çatıştığı için) uygulanmayacak olan kanun hükmü, o somut olayda uygulanmamasına rağmen yürürlükte kalacağı için, farklı zamanlarda ve/veya farklı yerlerde farklı uygulamaların ortaya çıkabileceğini ve bunun da, "hukukun üstünlüğü", "hukuk devleti", "hukuk güvenliği", "hukuki istikrar", "adaletli hukuk düzeni" ve "eşitlik" gibi temel hukuk ilkelerinin ihlali sonucunu doğuracağını söylemektedir. Yazarlar, devamında, böyle bir kanun hükmünün, itiraz (veya iptal) prosedürüyle Anayasa Mahkemesi önüne getirilebileceğini ve bu davanın da, m.90/5, c.3'teki "uyuşmazlık" kavramına girebileceğini; böylece aynı hükümdeki "esas alınır" emrinin Anayasa Mahkemesini muhatap alacağını; buradaki "esas alma"dan kastın, normal mahkemeler gibi hangi normun uygulanacağını çözmekle yetinmek olamayacağını; çünkü, Anayasa Mahkemesi için "esas alma"nın, iptal ederek hukuk sisteminden ayıklamak demek olduğunu ve nihayet, Mahkeme'nin, yukarıdaki mülahazalarla, söz konusu kanun hükmünün iptal edebileceğini söylemektedirler. Yazarlara göre, buradaki (esas yönünden) iptal gerekçesi, m.90/5, c.3 kapsamına giren bir uluslararası anlaşma ile açıkça çatışan bir kanun hükmünün, Anayasanın bizzat 90/5, c.3 hükmüne aykırılığıdır (yani yazarlar, burada, öğretilde böyle durumlar için genelde kullanılan "Anayasanın 2. maddesindeki insan haklarına saygılı devlet" ilkesini değil de, doğrudan m.90/5, c.3 hükmünün, ölçü norm olarak önermektedirler). Yazarlara göre, elbette, Anayasa Mahkemesinin temel görevi, kanunların, kanunlara veya uluslararası anlaşmalara değil; bizzat Anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Ancak, burada önündeki davada uluslararası anlaşmayı, m.90/5, c.3 hükmü gereği "esas almak"la yükümlü olan Anayasa Mahkemesi, esas alacağı bu anlaşma hükmüyle çatışan kanun hükmünün iptal ederek, işte bu "esas alma" yükümlülüğünü yerine getirmiş olacak; ve bunu yaparken de, bir kanun hükmünün bir uluslararası anlaşmaya değil, bizzat Anayasaya (m.90/5, c.3'e) aykırılığını saptamış olacaktır Şahnaz Gerek, Ali Rıza Aydın, **Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:55, 2004, s.237, 238).

<sup>17</sup> Hatta bir önceki ihtimalde belirttiğimiz gibi, ortada "olaya uygulanacak bir kanun hükmü" bulunmadığından, itiraz yoluna başvurmak mümkün olmayacak; Anayasaya uygunluk denetimini yapmak da, anlamsız olacaktır.



hükmü olacaktır. İşte mahkemeler, ancak bu noktada Anayasaya uygunluk denetimi yapabilir (hatta yapmalıdır) ve bir Anayasaya aykırılık tespit ettiği takdirde de, Anayasa Mahkemesine itiraz prosedürünü işletmelidir.<sup>18</sup> Yoksa bu aşamaya gelene kadar, Anayasaya uygunluk denetimi yapmaları, kanunu Anayasaya aykırı bulduğu ihtimalde de, uygun bulduğu ihtimalde de, 90/5, c.3 hükmünü dolanarak etkisizleştirmek demek olacaktır; o yüzden de bunu yapmamalıdır.

#### 4. Mahkeme Kararlarının Rolü ve Etkisi

Uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yerini ve etkisini konuşurken, bu metinlerin *otantik/özgün* yorumlayıcıları olarak kurulmuş bulunan yargısal organların ve tabii bu noktada da, zorunlu yargı yetkisine sahip olmasına bağlı olarak, AİHS bağlamında Sözleşmenin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de bu yer ve etkideki rolünü incelemek gerekmektedir. Burada Sözleşmenin 46/1. maddesi anlamında AİHM kararlarının bağlayıcılığından farklı bir etkiden bahsetmekteyiz. Elbette, anılan hüküm uyarınca, tüm akit taraflar gibi Türkiye de, taraf olduğu bir davaya ilişkin AİHM kararına uymak ve gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Burada, kural olarak sadece davalı devleti ilgilendiren "doğrudan" bir bağlayıcı etki söz konusudur. Bu anlamda örneğin, bir başvuru neticesinde AİHM tarafından tazminata mahkum edilen devlet, söz konusu tazminatı başvurucaya ödemek; yahut tazminat dışında mesela yeniden yargılama yaparak giderilebilecek bir ihlal halinde de, yeniden yargılama ve bunun gibi telafi yollarını gerçekleştirmekle yükümlüdür.<sup>19</sup> Bu noktada kararların infazı, yine Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan Bakanlar Komitesi eliyle gerçekleştirilmekte ve izlenmektedir. Buna ilişkin usul ve esaslar da, Sözleşmenin 46. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak sadece davalı devleti ilgilendiren bu bağlayıcılığın ötesinde, kararın, o ülkedeki (hatta diğer ülkelerdeki) benzer tüm durumlar için etkili kılınması ve eğer ihlal, bir mevzuat hükmünden kaynaklanıyorsa, gelecekte benzer ihlallerin yaşanmaması için yetkili organların gerekli değişikliği yapması da, yine Sözleşmenin doğasından kaynaklanan bir yükümlülüktür. Buna da belki "dolaylı" veya "ikincil" bağlayıcılık denebilir.

<sup>18</sup> Belirttiğimiz gibi, bu noktadan önce, zaten olaya uygulanacak bir kanun hükmü söz konusu olmayacağından, böyle bir anayasallık denetiminin de bir anlamı olmayacaktır. Ancak tüm bu ihtimaller için, öğretilerde, yine de çeşitli mülahazalara binaen itiraz yolunun işletilmesinin makul olabileceğinin söylendiğini hemen yukarıda belirttik.

<sup>19</sup> Örneğin Türkiye'ye karşı kasti bir suçtan hükümlü bulunan bir mahkum tarafından, kendisine Anayasanın 67/5 hükmü uyarınca seçimlerde oy kullanma hakkı verilmediği gerekçesiyle yapılan başvuruda, AİHM'in Ek 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesinden ihlal kararı verdiğini düşünürsek, bunun Türkiye için "doğrudan" sonucu, o mahkuma oy kullanma hakkını vermek; ancak muhtemelen bunun için seçimler geçmiş olduğundan AİHM'in hükmedeceği tazminatı ödemektir.



Bir de bunlardan başka AİHM'in, Sözleşmedeki hakların anlam, kapsam ve sınırlarını belirlemede en üst ve otantik yorum yetkisine sahip olmasından kaynaklanan ayrı bir etkisinden de bahsetmek gerekir. Zira her hukuk metni gibi, Sözleşme de, içerdiği hakların anlamı, kapsamı ve sınırları bakımından yoruma muhtaçtır; ve belki de, bu anlamda yorum, diğer birçok benzer metinden çok daha fazla, Sözleşme için geçerlidir. Bu anlamda, Sözleşmedeki herhangi bir hak ve özgürlüğün ne anlama geldiği, kapsam ve sınırları ve bu bağlamda akit devletlerin Sözleşmedeki hakları tanıma ve gerçekleştirme şeklindeki temel yükümlülükleri (Sözleşme m.1), mecburen Mahkeme'nin onlara verdiği anlama göre şekillenecektir. Diğer bir deyişle, Sözleşmede güvence altına alınan hakların, somut olaylarda devreye girdiği noktalar ve bu bağlamda ulusal yargı mercilerinin Sözleşme kapsamındaki hakları ilgilendiren davalarda çözüme bağlaması gereken hususlar (hakkın kapsamı, sınırları, meşru olarak sınırlanması, öznesi vs.), otomatik olarak bir yorum sürecini beraberinde getirmektedir.

Örneğin Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkındaki güvenceleri, Anayasa m.90/5 gereği somut olaylarda uygulamakla yükümlü olan Türk yargı organları, bu maddeyi, anlam, kapsam ve sınırları yönünden yorumlayacaktır. İşte bu yorumlama ameliyesi sırasında da, Sözleşmenin yargı organı, o maddeyi ve oradaki güvenceleri nasıl yorumlamış, onlara ne anlam vermişse, ulusal yargı yerinin de, Sözleşmeyi o çerçevede yorumlaması gerekmektedir.<sup>20</sup> Bunu, şöyle de ifade edebiliriz: Başta Anayasanın malum 90/5. maddesi olmak üzere, uluslararası sözleşmelerin ve bilhassa da, insan haklarına ilişkin olanların üstün tutulmasının temel mantığı, hiç şüphesiz, meseleleri, insan haklarına ve bilhassa da AİHS'e uygun olarak çözmek ve böylece meselelerin AİHM'e intikal etmesini önlemek, intikal etse de ihlal kararı çıkma ihtimalini asgariye indirmektir. Ulusal yargı organının Sözleşme ile ilgili bir meseleyi çözerken Sözleşmeyi dikkate almaması, nasıl ki bu ihtimalin gerçekleşmesini kaçınılmaz kılacaktır; Sözleşmeyi dikkate aldığında, bunu, Sözleşmenin yargı organının yaklaşımları doğrultusunda yapmaması da, hiç şüphesiz aynı menfi sonucu doğuracaktır.<sup>21</sup>

Zira aksi de savunulabilecek olmakla birlikte, bir hukuk normunun anlam ve kapsamı, o normu hukuken bağlayıcı şekilde yorumlamaya yetkili kılınmış en üst merci (adli veya idari), ona ne anlam ve kapsam veriyorsa, odur. Anayasanın herhangi bir maddesine ilişkin olarak, herkesin ve yargı yerlerinin bir anlayışı olabilirse de, nasıl ki, onun nihai anlam ve kapsamı, Anayasa Mahkemesinin ona verdiği anlamdır; veya örneğin, cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler bakımından, yine herkesin ona ilişkin farklı bir anlayışı olabilirse de, nasıl ki, o kuralın nihai an-

<sup>20</sup> Aynı doğrultuda bkz.: Gönenç, Esen, p.491.

<sup>21</sup> Aynı doğrultuda bkz.: Gülmez, s.158.

lamı, yargı denetimine kapalı olduğu için, nihai sözü söyleme yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanı'nın o kuraldan ne anladığına göre belirlenecektir; işte öyle de, AİHS söz konusu olduğunda da – elbette herkesin ve ulusal idari/adli mercilerin bir Sözleşme hükmüne verdiği belirli bir anlam ve yorum olabilirse de – aynı durum, Sözleşmenin yargı organı olan AİHM için söz konusudur. Yani Sözleşmenin örneğin 7. maddesindeki "kanunsuz ceza olmaz" kuralı veya 12. maddesindeki "evlenme hakkı" ya da 13. maddesindeki "etkili başvuru hakkı", başka herhangi bir yer (ve bu anlamda ulusal mahkemeler) değil, AİHM, ondan ne anlıyor, ona ne tür bir kapsam ve sınır biçiyorsa, o şekilde anlaşılacak ve uygulanmak zorundadır.

Bu noktada somut bir örnek vererek meseleyi izah etmek gerekirse, aşağıda da yer vereceğimiz hükümlülere oy hakkı verilmesi, bunun güzel bir örneğidir. Sözleşmenin serbest seçim hakkını düzenleyen hükmü (Ek 1 No'lu Protokol, m.3), lafzı itibarıyla açık bir şekilde tüm hükümlülerin oy kullanmasının engellenmesini yasaklamamaktadır. Ancak AİHM, ilk olarak 2005'te verdiği kararla,<sup>22</sup> hükümlülerin oy kullanmasının da, belli şartlar dahilinde söz konusu 3. madde kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Bu andan itibaren, bu Sözleşme hükmü, hükümlülerin de oy kullanma hakkını içermektedir. Böyle olunca tüm akit devlet adli ve idari<sup>23</sup> mercilerince de – ihlale yol açmamak adına – bu şekilde yorumlanmak ve uygulanmak zorundadır. Keza eşcinsellerin evlenmeleri de bu anlamda güzel bir örnektir. AİHM, henüz eşcinsellerin evlenme haklarını, Sözleşmenin 12. maddesindeki evlenme hakkı kapsamında görmemektedir. Bu, söz konusu hükmün, böyle bir hakkı içermediği anlamına gelir. Ancak ileride, Mahkeme, eşcinsel evliliklerin de, m.12 uyarınca koruma altında olduğuna karar verirse, artık 12. maddenin kapsamı, bu hakkı da kapsar şekilde genişlemiş demektir. Bu örnekler, AİHM'in kararları ilk elden ve doğrudan davanın taraflarını bağlasa da, bir Sözleşme hükmüne Mahkeme'nin verdiği anlam ve kapsamın, olması gereken hukuk açısından tüm devletleri ilgilendirdiğini göstermektedir.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> İlk karar, *Hirst v. Birleşik Krallık* kararıdır (74025/01, 6.10.2005). Mahkeme'nin bu yöndeki diğer kararları da, *Scoppola v. İtalya kararıdır* (126/05, 22.5.2012). Diğer bir karar ise, Türkiye hakkındaki *Söyler v. Türkiye kararıdır* (29411/07, 17.9.2013).

<sup>23</sup> Hükümde geçen "uyuşmazlık" ifadesinden hareketle, üstünlük hükmünün sadece adli mercileri bağladığı; idari mercilere hitap etmediği; onların, meseleyi, genel kurallara göre çözmeleri gerektiği yönünde görüş için bkz.: Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s.281.

<sup>24</sup> Bu noktada şöyle bir karşıt görüş dile getirilebilir: Elbette, Sözleşmeyi bağlayıcı olarak yorumlama yetkisi, Sözleşmenin yargı organı olan AİHM'dedir. Bu anlamda, onun bir Sözleşme hükmüne verdiği anlam ve kapsam, elbette tüm akit devlet mercileri için geçerlidir. Ancak Mahkeme, örneğin hükümlülerin oy hakkında veya diyelim ki, eşcinsellerin evlenme hakkında olduğu gibi, o hüküm getirilirken hükmün içeriğinden açıkça çıkmayan ve bu anlamda adeta Sözleşmeye yeni bir hak eklenmesi sonucunu doğuran hallerde, yani yargısal aktivizmi bu denli ilerletmesi durumunda, akit devletlerin buna itiraz etme hakları olabilir. Zira Mahkeme'nin bu iki hükmeye verdiği bu iki yeni anlamın, Sözleşmeden açıkça çıkmadığı, herhalde açıktır. Devletler de, Sözleşmeyi veya ilgili Protokolleri imzalarken, bunu öngöremezler; hatta belki de, Sözleşmede böyle bir hak açıkça yazsaydı, muhtemelen ona çekince

Ayrıca belirtelim ki, bu durum, AİHS'in, temel hak ve özgürlüklere ilişkin diğer anlaşmalardan, AY m.90/5, c.3 anlamında farklı bir statüde olması sonucunu doğurmaktadır. Bağlayıcı bir yargısal denetim içermeyen ve dolayısıyla uluslararası otantik yorumlayıcısı olmayan bir anlaşmada düzenlenen bir hak ve özgürlüğün nihai hukuksal yorumu, ulusal mahkemelere kalmakta iken; AİHS söz konusu olduğunda, burada Sözleşmenin yargı organı da devreye girmekte ve içerdiği hükmün yorumunda son söz sahibi o olmaktadır.<sup>25</sup> Mesela bu noktada Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 87 numaralı Sözleşmesi bağlamında grev hakkı, güzel bir örnektir. Öğretide Gülmez'in verdiği bilgiye göre; Türkiye'nin 1993'te onayladığı 87 No'lu Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin ILO Sözleşmesi, açıkça grev hakkından bahsetmemesine rağmen, taraf devletlerin bu Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleyen (ancak AİHM gibi yargısal nitelikte olmayan) Uzmanlar Komisyonu, grev hakkının da, Sözleşme kapsamında konduğunu belirtmektedir.<sup>26</sup> Oysa bilindiği gibi, 1982 Anayasasında kamu görevlileri için grev hakkı tanınmamıştır. İşte burada "insan haklarına saygılı olma" ilkesinden hareketle, elbette Sözleşmenin ilgili hükümlerinin, ulusal makamlarca Komisyon'un kararları doğrultusunda grev hakkını da içerir şekilde yorumlanması gerektiğine şüphe yoktur. Ancak bu gereklilik, "AİHS'teki türden bir gereklilik" değildir. Söz konusu Komisyon, AİHM'in AİHS'e ilişkin olarak zorunlu yargı yetkisine sahip otantik yorumlayıcı olmasındakinin aksine söz konusu ILO Sözleşmesinin yargısal-otantik yorumlayıcısı olmadığından, Türk ulusal makamlarının ilgili ILO Sözleşmesini onun yorumladığı yorumlamak şeklinde bir yükümlülüğü yoktur; veya daha doğru ifadeyle, böyle yorumlamaları halinde, bunun bir yaptırım söz konusu değildir. Zira AİHS'in örneğin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkında geçen "bağımsız ve tarafsız mahkeme" kavramını, AİHM içtihadı doğrultusunda yorumlamamak, nihai olarak meselenin AİHM önüne gitmesine ve de Türkiye'nin aleyhine ihlal kararı verilmesine yol açacaktır. Oysa herhangi bir ILO Sözleşmesini (veya bu nitelikte zorunlu yargısal denetim sistemi öngörmeyen herhangi bir uluslararası anlaşmayı), bu metinlerin öngördüğü denetim organları gibi yorumlamamak, Türkiye aleyhine hukuki bir yaptırım doğuracak bir duruma yol açmayacaktır. Bu, hiç şüphesiz, AİHS'in diğer insan hakları sözleşmelerine göre farklılık arz eden bir durumdur.

---

koyacakları bile söylenebilir. İmza sırasında yer almayan yeni yeni hakların, Sözleşmedeki mevcut haklar üzerinden yorum/içtihat yoluyla Sözleşmeye dahil edilmesi, devletleri, kabul edilemeyecek bir taahhüt altına sokmak demek olacaktır. Bizce bu görüşte, hiç haklılık payı yok denemez. AİHM'in zaman zaman aktivizmde sınırları zorladığı da bilinmekte ve eleştirilmektedir. Ancak Sözleşme, yargı organı olarak onu kurmuş ve Sözleşmeyi nihai yorumlama yetkisini bağlayıcı anlamda ona vermiştir. Bu, ona, aşırı aktivist davranma hakkı vermese de; bir hükmün nihai anlam ve kapsamını belirleme ve o hükmün o şekilde anlaşılmasını sağlama hakkını vermektedir. Aksi bir durum, Sözleşme sisteminin işlerliğini de zedeleyecektir.

<sup>25</sup> Aybay, s.210.

<sup>26</sup> Gülmez, s.158, 159.

Ulusal mahkemelerin, bilhassa da anayasa mahkemeleri ile diğer yüksek mahkemelerin, açıkça AİHM'in kararlarının kendi kararlarından üstün olduğunu söylemesine rastlamak mümkün olmasa da, pek çoğunun, yukarıda benimsediğimiz yaklaşımı kabul eder ve içtihatlarını Strazburg Mahkemesinin kararlarıyla uyumlaştırır nitelikte davrandığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Diğer bir deyişle, ulusal yüksek mahkemeler, retorik olarak, daima hak ve özgürlüklerin yorumunda "özerklikleri" olduğunu vurgulamış; yani otonomilerini saklı tutmuş; ancak pratikte de AİHM ile açıkça çatışmaktan kaçınmıştır. Mesela Almanya'da, bir velayet davasında, AİHM'den aldığı ihlal kararı üzerine kararı veren yerel mahkemeye giderek AİHM kararı doğrultusunda hüküm verilmesini talep eden davacının talebi yerel mahkemede kabul edilmesine rağmen, temyiz mahkemesi, AİHM kararlarının bir devlet olarak Almanya için o somut olayda bağlayıcı olduğunu; ancak yargı bağımsızlığı uyarınca, yargı organları için sonraya dair bağlayıcı olmadığını söylemiştir.<sup>27</sup> Bunun üzerine mesele bireysel başvuru ile önüne gelen Federal Anayasa Mahkemesi ise,<sup>28</sup> AİHS'in Alman yasakoyucusu tarafından onaylanarak iç hukuk yönünden bağlayıcı bir norm niteliğine kavuştuğunu ve Sözleşmeyi yorumlayan AİHM'in kararlarının da, Anayasanın m.20/3 hükmü uyarınca, idari ve yargısal organlar tarafından dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.<sup>29</sup> Keza Avusturya Anayasa Mahkemesi de, bir kararında, AİHM'in kararıyla mutlak surette bağlı olmadığını söylemiş ve iç hukuk normlarını yorumlamada özerk olduğunu belirtmiş; ancak AİHM'in, Sözleşmeyi yorumlamakla yükümlü asıl organ olduğunu ve bu anlamda da kararlarına özel önem verilmesi gerektiğini; bu amaçla da, Strazburg Mahkemesinin içtihatlarındaki gelişmeleri düzenli olarak dikkate almak için çaba gösterdiğini eklemeyi de ihmal etmemiştir.<sup>30</sup>

### 5. Anayasal Düzeydeki Çatışmanın Reel Bir Sorun Olup Olmadığı

Mahkeme kararlarının etkisini inceledikten sonra, tam bu noktada üzerinde durulması gerekli bir başka mesele de, teorik olarak bahsettiğimiz bu uluslararası norm-ulusal anayasal norm çatışmasının pratikte ne ölçüde gerçekleşebileceği; yani bunun teorik bir tartışmanın ötesinde reel bir sorun olarak belirip beliremeyeceğidir. Baştan söyleyelim ki, bu, günümüzde, aralarında AİHS'in de bulunduğu çoğu insan hakları sözleşmesine taraf olan (ülkemizin de aralarında bulunduğu) demokratik ülkelerde,

<sup>27</sup> Kural, s.1.

<sup>28</sup> 14.10.2004 tarih ve 2BvR 1481/041 sayılı karar.

<sup>29</sup> Kural, s.2.

<sup>30</sup> Kemal Başlar, *European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) Secretariat Memorandum on Examples of Constitutional Case-Law of Countries in Which International Human Rights Treaties Take Precedence over National Law*, www.anayasa.gen.tr/baslar-hrtreaties.pdf, Erişim Tarihi: 1.2.2015, p.6.

esaslı-reel bir sorun değildir.<sup>31</sup> Zira hemen hiçbir ülkenin anayasası, geldiğimiz nokta itibarıyla, bir uluslararası anlaşma, hele ki AİHS ile açık bir çatışma halinde değildir ve Türkiye bakımından da durum bundan farklı değildir. Nitekim ülkelerin AİHM'den aldıkları ihlal kararlarına bakıldığında, bunun doğrudan o ülkenin bir Anayasa kuralından kaynaklanması, belki hiç rastlanmayan, belki de nadir rastlanan bir durumdur. Genelde ihlaller, ya Anayasa dışındaki yasal düzenlemeden; hatta çoğu zaman bir yasa veya Anayasa kuralının ulusal mercilerce – mümkün olmasına rağmen – Sözleşme ile uyumlu yorumlanmamasından kaynaklanmaktadır. Türkiye için de bu tespit, aynen geçerlidir.<sup>32</sup> Velhasıl, bugün için, Anayasamızda, başta AİHS olmak üzere herhangi bir uluslararası anlaşma ile uyumlu yorumlanması asla mümkün olmayacak bir hükme rastlamak zor olduğundan, böyle bir reel çatışma da, uzak ihtimaldir.<sup>33</sup>

Ancak uzak ihtimal olsa da, Sözleşmenin, yargı organı tarafından dinamik yorumlanması olgusu karşısında, imkansız değildir. Örneğin Sözleşmenin ilgili hükmünün, otantik yorumlayıcı olan AİHM tarafından kamu çalışanlarına grev hakkı verir şekilde yorumlandığını düşünürsek, Anayasanın kamu görevlilerine grev hakkını vermeyen hükmü bağlamında, uygun yorumu mümkün olmayan bir çatışma söz konusu olabilecektir. Ancak bu halde bile bizce, Anayasanın ilgili (54/1) hükmünün işçilere grev hakkını verirken, kamu görevlilerine açıkça yasaklamadığı şeklinde bir yorum yapılması ve böylece ilgili Anayasa kuralının Sözleşme ile telif edilmesi düşünülebilir. Ancak şu an için böyle bir yorumu, Türk yargı mercilerinden beklemenin ne kadar gerçekçi olduğu da, ayrı bir meseledir.

Bu farazi örnek dışında, yukarıda yer verdiğimiz hükümlülerin oy hakkı bağlamında somut bir açık çatışma ihtimalinin belirdiği durumu da göz ardı etmemek gerekir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, AİHM, cezaevinde cezasını çekmekte olan tüm hükümlülerin otomatik olarak oy kullanma hakkından mahrum bırakılmasını,

<sup>31</sup> Hatta öğretide, bir yanda, uluslararası anlaşmaların soyut ve genel çerçeveye sahip ve yoruma açık yapıları, bir yandan da, ülkemizde kanunların, normatif yapısı itibarıyla, tüzük ve hatta yönetmelik ve genelgeler kadar ayrıntılar içeren nitelikleri düşünüldüğünde, kanun ve anlaşmaların aynı konuda farklı hükümler içermesinin, daha doğrusu, somut olayda içerdiği sonucuna varılmasının güç olduğu ve bu anlamda, m.90/5, c.3 anlamında "aynı konuda farklı hükümler içermek" bakımından, aynı konuda farklı hükümler içeren, aynı içerikte anlaşma ve kanun hükmü uyumsuzluğunun fazlaca olmayacağı ileri sürülmüştür (Karagülmez, s.172).

<sup>32</sup> Örneğin, Anayasa Mahkemesi, tüzük veya programında federal devlete yahut temel anayasal esaslara aykırı bir hedefe yer verdiği için geçmişte birçok partiyi kapatmasına (ve bunların hemen hepsinde, AİHM tarafından Sözleşme ihlali bulunmasına) karşılık, Anayasadaki parti kapatma sebepleri aynen durmasına rağmen, Mahkeme'nin son yıllarda benzer davalarda kapatma kararı vermemiş (ve bunu yaptığı için de, Anayasayı açıkça ihlal etmekle suçlanmamış) olması, bizce, sorunun, anayasal bir kuraldan ziyade; onun uygulanma ve yorumlanmasından kaynaklandığının güzel bir örneğidir.

<sup>33</sup> Bu noktada belki Anayasanın m.38/10 hükmündeki "idarenin hürriyeti bağlayıcı müeyyide uygulamayacağı" kuralının istisnası olarak öngörülen "Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni" kavramı akla gelebilir. Ancak bunun da bir emir değil; bir ruhsat hükmü olduğunu düşünürsek, bu hüküm de, bahsettiğimiz şekilde "uygun yoruma" engel değildir.

Sözleşmeye Ek 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesine aykırı bulmuş; hükümlülüğün oy kullanmaya engel objektif bir sınırlama olabileceğini; ancak bu noktada bireyselleştirme yapılmadan örneğin bütün kasti suç hükümlülerinin oy kullanamamasını, ihlal olarak değerlendirmiştir.<sup>34</sup> Kararının yargısal aktivizm noktasındaki kritiği bir yana, AİHM kararlarının bağlayıcılığı şüphesiz olduğuna göre, bu noktadan sonra, Anayasanın kasti suçtan hükümlü bulunan tüm mahkumların oy kullanmasını kesin bir dille yasaklayan m.67/5 hükmünün açıkça Sözleşmeye aykırı olduğunu kabul etmek gerekir. İşin kötüsü, bu çatışma, telifi de mümkün olmayan (en azından çok güç olan) bir çatışmadır; zira Anayasa bu konuda çok ama çok açıktır. Böyle bir durumda, meselelerin, ya Sözleşme (Ek Protokol m.3) göz ardı edilerek Anayasa hükmünün (m.67/5) uygulanması; ya da Anayasa hükmünün göz ardı edilip Sözleşmenin uygulanması şeklinde çözülmesi mümkündür. İşte böyle bir durumda, biz, ulusal organların – uluslararası sorumluluğu göze alarak – Anayasa hükmünü uygulamaları gerektiğini düşünüyoruz.<sup>35</sup> Burada yapılması gereken, derhal ilgili Anayasa hükmünün tadil edilip Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesidir ki; o da, tali kurucu iktidar olarak TBMM'nin sorumluluğundadır.

<sup>34</sup> Bkz.: yukarıda 21. dipnotta atf yaptığımız kararlar.

<sup>35</sup> Böyle bir durum, ulusal organlar önüne şu şekilde gelebilir: Kasti suçtan hükümlü bir kimse, AİHM'in bu kararını gerekçe göstererek seçimlerde oy kullanmak için ilgili idari mercie (örneğin cezaevi müdürlüğü, Adalet Bakanlığı vs.) başvurur. İşte bu başvuruyu sonuçlandırmakla görevli merci için, artık böyle bir mesele söz konusudur. Muhtemelen bu merci, Anayasanın açık hükmü karşısında bu kimşenin oy kullanma hakkının bulunmadığı yönünde bir karar verecektir. İşte bu karar da, idari yargı yoluna taşınacaktır. Böylece, idari yargı yerleri için de, bahsettiğimiz çatışma meselesi söz konusu olacaktır. Hatta buradan da – Anayasa'nın açık hükmü karşısında – çıkması muhtemel olumsuz bir karar, bireysel başvuru yoluyla nihai olarak Anayasa Mahkemesine taşınabilecek ve böylece bahse konu çatışma noktasında son sözü Anayasa Mahkemesi söyleyecektir. Biz, işin, bireysel başvuru formuna dönüştüğü andan itibaren boyut değiştireceğini ve Anayasa Mahkemesinin farklı bir çözüm yolu bulabileceğini düşünüyoruz. Bundan sonrası ayrı bir tartışma ve makale konusu olacak derinlikte olmakla birlikte, kısaca ifade etmek gerekirse, Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvurunun mantığından hareketle, diğer mahkemelerin aksine Sözleşme hükmü doğrultusunda karar vermesi gerektiğini düşünmekteyiz. Buraya kadar söylediğimiz gibi, uyumlu yorumun mümkün olmadığı böyle açık bir çatışmada, ulusal yargı organlarının yapması gereken, mecburen Anayasayı uygulamaktır ve bu farazi örnekte buraya kadarki idari ve yargısal mercilerin de, bu doğrultuda karar vermesi beklenmelidir. Ancak iş, bireysel başvuru usulüyle önüne gelen Anayasa Mahkemesi için bizce Sözleşmeyi uygulamak için, bireysel başvurunun mantığından kaynaklanan bir çıkar yol vardır. Şöyle ki, Anayasanın ilgili hükmü (m.148/3), bireysel başvuruya sadece AİHS kapsamındaki haklar için izin vermekte ve böylece Türkiye'nin AİHS bağlamındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesini ve AİHM tarafından verilecek mahkumiyetlerin engellenmesini amaçlamaktadır. Bu, bireysel başvuru mekanizması ve hakkının, bizzat bir Anayasa hükmünden kaynaklanan (anayasal) mantığıdır. Böylelikle, meselelerin, bir anlamda boyut değiştirilerek, Sözleşme-Anayasa çatışmasından Anayasa (m.67/5)-Anayasa (m.148/3) çatışmasına dönüştüğü kabul edilebilir. İşte bu noktada da, Anayasa Mahkemesinin işi, hiç şüphesiz biraz daha kolaylaşmaktadır. Mahkeme, sonraki tarihli düzenleme olarak m.148/3'ten hareketle Sözleşmenin (Ek 1 No'lu Protokol m.3) uygulanmasını tercih edebilir.

## 6. Bir Öneri: Ön-Denetim

Uluslararası anlaşmalara yönelik anayasal bir yargısal bir ön-denetimin işletilmesi meselesi de, yukarıda yer verdiğimiz sorunlar bağlamında üzerinde konuşulması gereken bir konudur. Öncelikle, bu tür sorunları bertaraf etmek adına, uluslararası anlaşmaların yürürlüğe konup iç hukukun bir parçası olması sürecinde, Anayasaya aykırı olan bir anlaşmanın kesinlikle onaylanmaması gerekir. İlk aşamada böyle bir denetim, elbette, bir uluslararası anlaşmanın imza ve onay aşamalarında rol alan yasa- ma ve yürütme organlarına düşmektedir. Örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde ki Anayasa Komisyonu vasıtasıyla bu denetim bir ölçüye kadar gerçekleştirilebilir. Ancak bu, her zaman garanti edilebilecek bir şey olmadığı gibi; iyi niyetle yaklaşıldığı takdirde dahi, teknik uzmanlık gerektiren konularda aykırılıkların saptanması, yargı- sal süreç kadar sağlıklı da olmayabilir. Bunun için, uluslararası anlaşmaların uluslara- rası hukuk anlamında yürürlüğe girmesini sağlayan gerekli işlemleri yapmadan önce, ön-denetim yoluyla Anayasa Mahkemesinin denetiminden geçirmek şeklindeki bir sistem düşünülebilir.<sup>36</sup>

Halihazırda Anayasa Mahkemesi, m.90/5, c.2'deki muafiyetin, sadece usulüne göre yürürlüğe konmuş anlaşmalar için söz konusu olduğunu; uygun bulma kanunla- rının, hem şekil hem esas bakımından denetime tabi olduğunu söylemektedir.<sup>37</sup> Fakat uygun bulma kanunlarına yönelik böyle bir esas denetimi, onay kanunlarının, an- laşmanın metnini içermeyen ve sadece ismi zikredilen anlaşmanın onaylanmasının uygun bulunduğunu belirten içeriği ("esası") düşünüldüğünde, aşırı zorlama bir yorum yapılmadığı müddetçe, pratik anlamda gerçek bir denetim imkanı sağlamadığı açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yukarıda zikrettiğimiz kararlarında, uygun bulma kanunları denetlenirken bu kanunun denetimi yoluyla anlaşmalar hakkında değer- lendirme yapılamayacağını; aksi durumun Anayasa'nın 90. maddesindeki yasaklayıcı

<sup>36</sup> Bu konuda ayrıntılı bir tartışma için bkz.: Kemal Başlar, **Antlaşmaların Usulüne Göre Yürürlüğe Girmesi Sorunu**, Prof. Dr. Ramazan Arslan Armağanı, Cilt:1, 2015, s.267-323.

<sup>37</sup> E. 1996/55, K. 1997/33 sayı ve 27.2.1997 tarihli karar. Benzer doğrultuda bkz.: E. 2010/92, K. 2012/86 sayı ve 31.5.2012 tarihli karar; E. 2011/47, K. 2012/87 sayı ve 31.5.2012 tarihli karar; E. 2011/48, K. 2012/88 sayı ve 31.5.2012 tarihli karar.



düzenlemeyi etkisiz hale getireceğini belirtmiştir.<sup>38</sup> Bu itibarla da, uluslararası anlaş-

<sup>38</sup> Uygun bulma kanunlarının Anayasa Mahkemesi denetimine tabi olup olmadığı meselesi, Türk öğretisinde tartışmalıdır. Çoğunluk, onay kanunları da denen bu uygun bulma kanunlarının sadece şeklen denetlenebileceğini ve esas yönünden denetlenemeyeceği; yahut esas yönünden denetlenebile bile, uygun bulma kanunlarının genelde onay, yürürlük ve yürütme olmak üzere 3 maddeden ibaret olduğu ve onaylanması uygun bulunan anlaşmanın hükümlerine yer vermediği düşünüldüğünde, bu esas denetiminden, pratikte bir anayasaya aykırılığın çıkmayacağı görülmektedir. (Bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin, Ankara, 11. Baskı, 2010, s.229- 230; ayrıca bkz.: Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin, Bursa, 2000, s.455, 456). Buna karşılık örneğin Soysal, aksi görüştedir. Yazar, burada doğrudan doğruya anlaşmanın metninin değil, Anayasaya aykırılıklar taşıdığı iddia olunan bir anlaşmanın, Anayasaya uygun davranmak zorunda olan ve Anayasaya sadakat borcu taşıyan TBMM tarafından onaylanmasının denetleniyor sayılması gerektiğini ileri sürmektedir (Mümtaz Soysal, **Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:14, 1997, s.178). Anayasa Mahkemesi ise, yukarıda zikrettiğimiz kararlarında, *uygun bulma kanunlarının elbette şeklen denetlenebileceğini; ancak bildiği gibi şekil denetiminin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılp yapılmadığı ile sınırlı olduğunu; esas bakımından denetim noktasında ise, uygun buldukları anlaşmayı tekrar etmeyen ve ilke olarak üç maddeden oluşan uygun bulma kanunlarının esas yönünden denetimini yapmayı kabul etmenin, anlaşmanın içeriğine ilişkin çeşitli değerlendirmelerde bulunmayı gerektirdiğini; bu itibarla uygun bulma kanununun anlaşma kuralları gözetilerek incelenmesinin anlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına geleceğini; oysa 90. maddenin böyle bir inceleme engel olduğunu; bu sebeple uygun bulma kanununun onaylanmasını uygun bulduğu anlaşmadan ayıramayan, ancak onunla birlikte anlam ve etki taşıyan nitelikteki hükümlerinin esas bakımından denetlenebilmesinin söz konusu olmadığını düşünmektedir.* (Mahkemenin 1997 tarihli ilk kararında 11 üyeden 3'ü, yukarıda Soysal'ın belirttiği argümana katılır nitelikte karşı oy yazmışken; sonraki üç karar, oybirliğiyle çıkmıştır. Üstelik son iki kararda, Mahkemenin toplantıya katılan 16 üyesinden 7'si, AYM'nin yetkisizliğinden ötürü, esasa dahi girilmeksizin ilk inceleme aşamasında red kararı verilmesi gerektiğini düşünmektedir.) Bu noktada bir değerlendirme için bkz.: Serkan Köybaşı, **Yargı Denetiminden Milletlerarası Andlaşmalar Yoluyla Kaçmak: Akkuyu Nükleer Güç Santrali Anlaşması**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı:5, 2014, s.343 vd.

Uygun bulma kanunlarının denetlenmesi yönünde şöyle bir argüman da ileri sürülebilir: Gerçekten, Cumhurbaşkanı tarafından onaylandığı andan itibaren ortada AY m.90/5, c.2 anlamında bir uluslararası anlaşma vardır ve denetim yasağı da o andan sonra başlar. Uygun bulma kanunu ise, bundan önceki bir aşamaya ilişkin bir işlemdir. Eğer, bu yorum, uygun bulma kanununu denetlemek üzerinden uluslararası anlaşmanın bizzat kendisini denetlemeye kapı açmayacaksa, problem yoktur. Zira, Anayasa, usulüne göre onaylanmış olsa bile, denetim yasağını, anlaşmanın kendisi için getirmektedir; yoksa uygun bulma kanunu için değil. Uygun bulma kanunu, hiç böyle zamansal bir ayırım (Cumhurbaşkanı'nın onayı öncesi-sonrası) zorlamasına girmeden, normal her kanun gibi, hem şekil hem de esas bakımından denetime tabidir (farklı görüşler olduğu, yukarıda belirtmiştik). Fakat burada niyet, böyle bir zamansal ayırım yapıp, uygun bulma kanununu, asıl anlaşma metniyle beraber değerlendirmek ve esas denetiminde, anlaşmanın hükümlerine de bakmak ise, bunun, Anayasayı dolanmanın, ders olarak okutulabilecek güzel bir örneği olduğu söylenebilir. Anayasanın, uluslararası anlaşmaları neden denetim dışı bıraktığı düşünüldüğünde, bu denetimi uygun bulma kanunu üzerinden yapmak, anayasa koyucunun yargı muafiyeti tanıyarak kaçınmak istediği sonuçların, başka bir yoldan doğmasına yol açmaktan başka bir anlama gelmeyecektir. Ancak ilişkin olduğu anlaşmanın içeriğini denetlemeye yol açmayacak bir şekil/esas denetimi (belirttiğimiz gibi, esas denetimi yönünden pratikte çok bir anlam ifade etmeyecek olsa da), elbette mümkündür. Aybay ise, anlaşmaya ilişkin uygun bulma kanununun, Cumhurbaşkanı anlaşmayı onaylamasından önce esas yönünden denetlenebileceğini; çünkü bu aşamada henüz AY m.90/5, c.2 anlamında usulüne göre yürürlüğe girmiş ve dolayısıyla da anayasal denetim yasağına tabi bir anlaşmanın bulunmadığını söylemektedir. Fakat yazara göre, bu denetimin yapılabileceği süre, pratikte bu denetimi imkansızlaştıracak ölçüde kısadır. (Yazar, TBMM'nin çıkardığı uygun bulma kanununun Resmi Gazetede yayımlandığı an ile bunun akabinde o anlaşmanın Bakanlar Kurulu kararnesiyle Cumhurbaşkanı tarafından onaylandığı an



malar bakımından ön-denetimin gelmesi düşünülebilir.<sup>39</sup>

Bu noktada, Anayasanın, uluslararası anlaşmaların *sonradan* yargısal uygunluk denetimine konu edilmemesi yönündeki sistemi, bizce isabetlidir. Öğretide, uluslararası anlaşmaların da, Anayasaya aykırı olabilecekleri ve bu itibarla aynı kanunlar gibi, yargısal denetime tabi olmaları gerektiği yönünde görüşler olsa da;<sup>40</sup> biz, uluslararası anlaşmaların mahiyeti gereği böyle bir sonradan (*a posteriori*) denetimin uygun olmadığı;<sup>41</sup> öğretide bu görüşü savunuların haklı kaygılarını bertaraf etmek adına, önceden (*a priori*) denetimin getirilebileceği kanaatindeyiz.<sup>42</sup> Nitekim dünyada da, uluslararası anlaşmaların yargısal denetimine izin veren ülkeler, bunu, genelde ön-denetim şeklinde organize etmiştir.<sup>43</sup>

Ön-denetim sistemi, bize kural olarak yabancı olmakla birlikte; sürecin aksamaması adına belli bir sürede gerçekleştirilmek üzere, uluslararası anlaşmalarla sınırlı böyle bir sistemin benimsenmesi düşünülebilir. Yasa koyucunun iradesine müdahale olarak görülebilecek bir ön-denetim, aslında uluslararası anlaşmaların, temelde yürütme organı tarafından müzakere ve imza edilip onaylandığı, yasama organının sadece onaylamayı uygun bulma anlamında – ki her anlaşma bakımından değil – devreye girdiği düşünüldüğünde, makul görülebilir. Bilindiği gibi, sistemimizde, yürütme organı,

---

arasında bu denetimin yapılabileceğini ve bu sürenin ise çok kısa olduğunu belirtmektedir. Hatta yazar, Cumhurbaşkanı onayından sonra bile Anayasa Mahkemesinin uygun bulma kanununu esas yönünden denetleyebileceğini; çünkü uygun bulma kanunu, esas veya şekil yönünden iptal edilse bile, Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geriye yürümediğinden, Cumhurbaşkanı'nın onayının, ortada henüz iptal edilmemiş geçerli bir kanun varken gerçekleştiği için, bu iptal kararından etkilenmeyeceğini belirtmektedir.) (Aybay, s.192.)

<sup>39</sup> Bu konuda öneriler için bkz.: Köybaşı, s. 356; Ömer Gedik, **Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu Arasında Bir Nükleer Güç Santralinin Yapımına İlişkin Antlaşmanın Hukuki Niteliğinden Hareketle 1982 Anayasası Madde 90'ın İncelenmesi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı:5, 2014, s.359.

<sup>40</sup> Başlar, s.50. Yazar, uluslararası anlaşma hükümlerinin çoğunlukla somut olmaması nedeniyle, ön-denetim aşamasında dikkate alınamayan ihtimallerin sonradan ortaya çıkabileceğini; bu yüzden hem "ön" hem de "sonradan" denetimin düşünülmesi gerektiğini söylemektedir (*Ibid.* s.60).

<sup>41</sup> Örneğin, bu durumda, aykırılık halinde olası bir iptalin, o devletin o anlaşma çerçevesindeki uluslararası yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağı açıktır. Böyle bir durumda, ya sorumluluk göze alınarak anlaşmadan vazgeçilecek, ya da denetimi yapan organın (mesela anayasa mahkemesi) gerekçeleri doğrultusunda anayasanın değiştirilmesi gerekecektir.

<sup>42</sup> Nitekim özellikle 2000'li yıllarda farklı sivil toplum kesimleri tarafından hazırlanan yeni anayasa tasarılarının bir kısmında bu yönde düzenlemeler yer almıştır. Ayrıca Aybay, bugünkü 90. maddenin 1961 Anayasasındaki sefeli olan 65. maddenin kabulü sürecinde ortaya konmuş olan farklı üç tasarıda (Ön-tasarı, SBF Tasarısı ve *Temsilciler Meclisi tasarısı*) ve 1982 Anayasasına ilişkin Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakülteleri öğretim üyelerince hazırlanan anayasa önerisinde de, bu yönde bir düzenlemenin mevcut olduğu; ancak bu önerilerin Milli Birlik Komitesi (1961) ve Milli Güvenlik Konseyi'nce (1982) dikkate alınmadığı ve/veya kabul görmediği bilgisini vermektedir (Aybay, s.189, 192).

<sup>43</sup> Mukayeseli hukukta bu konuda örnekler için bkz.: Başlar, s.53 vd.

bazı işlemleri yapmak için yargı organlarına inceleme, görüş bildirme şeklinde bir nevi ön-denetim yaptırmak (tüzükler ve imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi) zorundadır. İşte burada da, bir uluslararası anlaşmanın onaylanması aşamasında TBMM'ye sunulacak onay kanununa dair Bakanlar Kurulu tasarısında veya TBMM tarafından uygun bulunması gerekmeyen bir anlaşma bakımından onay kararnameyi aşamasında, Anayasa Mahkemesine böyle bir ön-denetim yaptırılabilir. Böylece, yargısal ön-denetim, idari safhada söz konusu olacak; yasama organının iradesine bir müdahale söz konusu olmayacaktır. Ön-denetim neticesinde de, Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı olarak görülen bir anlaşmanın yürürlüğe girebilmesi için, Anayasanın ilgili hükümlerinin değiştirilmesi gerekecektir. Böylece Anayasaya aykırı bir uluslararası anlaşmanın mevzuata girmesinin yukarıda değindiğimiz sakıncaları da, bir ölçüde bertaraf edilmiş olabilir.<sup>44</sup>

Ancak bu sistem gelene kadar, mevcut anayasal çerçeve bağlamında ne yapılabilir sorusuna döndüğümüzde; mümkün mertbe Anayasayı Sözleşme ile uyumlu yorumlamak; ancak bunun mümkün olmaması halinde ise, mecburen Anayasayı uygulamak (fakat bireysel başvuru söz konusu olursa, farklı bir çözümün benimsenebileceğini yukarıda belirtmiştik; aşağıda da ayrıca değineceğiz) gerekecektir. Bu süreçte yapılması gereken de, anlaşmaların kanunlardan ve hatta Anayasadan üstte mi altta mı yer aldığı şeklinde bir tartışma yaparak devletin milli reflekslerini harekete geçirmek yerine, Anayasanın Başlangıç kısmının 2. paragrafında da belirtildiği gibi, dünya milletlerinin şerefli bir üyesi olarak uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesine derinden bağlılık zaviyesinden meseleye bakmak olmalıdır. Hem böylece, ne olursa olsun kaçınılmaz olan uluslararası sorumluluk noktasında da bile bile lades denmemiş olacaktır.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Ancak yukarıdaki oy verme hakkı örneğini ve bu bağlamda örneğin AİHS'in AİHM tarafından ortaya konan dinamik ve yaşayan bir belge karakterini düşündüğümüzde, bu tehlikenin ön-denetim mekanizması ile dahi tamamen ihtimal dışı kalacağını söyleyemeyiz. Zira Sözleşmeye Ek 1 No'lu Protokol'ün serbest seçim hakkını düzenleyen 3. maddesinin, Anayasa Mahkemesinin ön-denetiminden geçirildiğini düşünelim. Anayasa Mahkemesi, çok büyük ihtimalle, AİHM'in bahsettiğimiz kararlarından önce, söz konusu hükmün, tüm kasti suçtan hükümlülerin otomatik olarak oy kullanamamaları gibi bir durumla bağdaşmadığı yorumunu yapmayacak ve ön-denetim neticesinde, Sözleşmenin Anayasaya (mesela Anayasanın m.67/5 hükmüne) uygun olduğu yönünde görüş bildirecekti. AİHM'in Sözleşme hükümlerinin kapsamına giren hakları genişletmedeki yargısal aktivizminin önceden tahmin edilmesi mümkün olmadığından, ön-denetim de, bir yere kadar böyle bir çatışma ihtimalini bertaraf etmeye muktedirdir.

<sup>45</sup> Örneğin bu *uluslararası hukuk-ulusal hukuk ilişkisi/çatışması*, Avrupa Birliği hukuk düzeninde de söz konusu olmuş; Birliğin yargı organı olan Adalet Divanı, örgütün kurulduğu ilk yıllardan itibaren Topluluk Hukukunun üstünlüğü noktasında oldukça inatçı davranmış ve Topluluk normlarının, ulusal hukukun hiçbir normu gerekçe gösterilerek göz ardı edilemeyeceğini ve tüm ulusal mercilerin Topluluk normuyla çatışan ulusal normu – velev ki anayasa kuralı olsun – uygulamamakla yükümlü olduklarını söylemiş; buna karşılık bilhassa Alman ve İtalyan mahkemeleri, bu noktada oldukça hassas ve kısıncı davranmış ve bu üstünlük doktrinine direnmişlerdir. Ancak neticede bu çatışma, bir anlamda tatlıya

### 7. Bir Başka Öneri: Onay Sisteminde Revizyon

Bu noktada, uluslararası anlaşmalara kanunlar karşısında üstünlük tanınacağı ihtimallerde, anlaşmaların onay ve yürürlük usullerinde de bir revizyon düşünülmelidir. Zira bilindiği gibi, bazı uluslararası anlaşmalar, TBMM tarafından onaylanması uygun bulunmadan onaylanabilmektedir.<sup>46</sup> TBMM devreden çıkartılarak tamamen yürütmenin inisiyatifıyla onaylanan ve yürürlüğe giren bir uluslararası anlaşmaya, kanunlar karşısında üstünlük tanınmasını (yani bir anlamda kanunları zımnen ilga etme yetkisi vermesini), herhalde başta yasama yetkisinin devredilmezliği olmak üzere birçok temel anayasal ilkeyle telif etmenin imkanı yoktur. O yüzden böyle genel bir üstünlük getirilecekse, TBMM'nin buradaki denetiminin tam olması gerektiği<sup>47</sup> veya TBMM'nin denetimi ve iradesinden geçen anlaşmaların bu üstünlükten yararlanabileceği söylenebilir.<sup>48</sup>

### 8. Bireysel Başvuru Müessesesinin AİHS'in İç Hukuktaki Yerine Etkisi

Bilindiği gibi, 2010 yılında anayasa değişikliği ile, kişilere, hak ve özgürlüklerinin ihlali halinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkı verilmiş ve

---

bağlanmış ve bilhassa insan haklarının korunması noktasında AB'nin aldığı mesafeyi yeterli gören ulusal yüksek mahkemeler, kural olarak Topluluk/Birlik normlarını kendi Anayasalarına uygunluk açısından denetlemekten vazgeçmiş ve Topluluk/Birlik Hukukunun üstünlüğünü – kayıtsız şartsız olmasa da – kabul etmiştir. Nitekim öğretide de, özellikle ulusal yargı organları nezdinde amiyane tabirle "alerji" yapabilecek ve angajmana yol açabilecek üstünlük (supremacy) yerine, *Topluluk/Birlik Hukukunun önceliği* (primacy) kavramı zaman zaman tercih edilmeye başlanmıştır. Bizde de, uluslararası hukukun ve özel olarak da AİHS'in iç hukuka ve dahi Anayasaya üstünlüğü yerine; açık bir çatışma halinde, bizzat Anayasanın felsefesi itibarıyla uluslararası hukuka açıklık ve saygıyı öngörmesine bağlı olarak, anlaşma kurallarının "öncelikle" uygulanacağını, diğer bir deyişle uygulanmasının tercih edileceğini kabul ederek meseleye bakılabilir.

<sup>46</sup> Hatta öğretide Başlar'ın belirttiğine göre, uygulamada, neredeyse birçok anlaşma, TBMM'ye sunulmadan Bakanlar Kurulu onayıyla yürürlüğe girmekte olup; bu anlamda, istisna olması gereken durum, asıl kural olan duruma dönüştürülmüş durumdadır (*Ibid.* s.30). Türk Hukukunda uluslararası anlaşmaların imzalanması ve onaylanmasına ilişkin bir çalışma için bkz.: Servet Armağan, **1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.

<sup>47</sup> Aynı doğrultuda bkz.: Gönenç, s.2. Hatta Meclis'in bu iradesinin de, en azından üye tam sayısının fazlası şeklindeki bir nitelikte çoğunlukla alınması önerilmiştir (Başlar, s.33, 34).

<sup>48</sup> Aynı doğrultuda bkz.: Başlar, s.31. Mukayeseli hukukta, koruyucu nitelikte benzer anayasal düzenlemeler için bkz.: Başlar, s.31 vd.). Örneğin Portekiz'de, uluslararası anlaşmalar için bir ön-denetim mevcut olup, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı bulduğu bir anlaşmanın Parlamento'da kabulü için, üye tam sayısının yarısından az olmamak üzere toplantıda hazır bulunanların 2/3'ünün oyu gerekir (m.278, 279). Benzer şekilde, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenemediği Hollanda'da da, Anayasanın bir hükmüyle çatışan bir uluslararası anlaşmanın onaylanabilmesi için Parlamento'da 2/3 çoğunluk gereklidir (m.91/3). Bizce, bir yargı organının anayasaya aykırı bulduğu bir normun, Parlamento'da normalden daha yüksek bir çoğunlukla da olsa onaylanabilmesi, yargısal denetimin mantığı ve kuvvetler ayrılığı fikri noktasında biraz problemlidir. Bu yüzden böyle bir yöntemin Türk Hukukunda kabulünü doğru bulmamaktayız.

bu müessese, gerekli yasal düzenlemelerin ardından 2012 yılında işlemeye başlamıştır. Bu müesseseyi incelemek, elbette bu makalenin konusu değildir. Ancak, bireysel başvurunun getiriliş amacı ve şartları, bizce, diğer uluslararası anlaşmalardan farklı olarak AİHS'in yerine ve bu bağlamda AİHS-Anayasa çatışmasına (AİHS-kanun çatışması, zaten 2004 değişikliği ile çözülmüştü) farklı bir boyut katmıştır. Bu hakkın tanınmasında, gerek "sebeplere" gerekse hakkın işleyiş şartları noktasında, AİHS'in önemli bir yer tuttuğunu bilmekteyiz. Bu hakkın getiriliş gerekçelerinden birisinin (ve belki de en önemlisinin), Türkiye'nin AİHS bağlamında AİHM nezdindeki parlak olmayan sicili ve sürekli aleyhine ihlal kararı verilmesinin doğurduğu maddi-manevi sorunları bir nebze olsun bertaraf etmek olduğu, herkesçe malumdur. O halde sistemin de, bu mantığa uygun şekilde işletilmesi, elzemdir. Öte yandan bu gerekçeyi desteklemek adına, hakkın işletilmesinin şartları noktasında da, Anayasa ile birlikte AİHS kapsamındaki bir hakkın ihlal edilmiş olması aranmıştır. Bu da, isabeti noktasındaki kritiği bir yana, sistemin AİHS'teki hakları korumaya endekslendiğini göstermektedir. İşte bu durumda, bizce, AİHS'in Anayasa karşısındaki konumu ve AİHS ile Anayasa hükümleri arasındaki muhtemel bir çatışmada izlenecek yola, birtakım etkileri olmalıdır.<sup>49</sup>

Bir örnekle izah etmek gerekirse, yukarıda oy verme hakkı bağlamında verilen örnekten ve orada bıraktığımız yerden devam edebiliriz. Hatırlanacağı üzere, oradaki yarı gerçek yarı farazi olayda, cezaevinde kasti bir suçtan hükümlü olarak bir kimsenin iç hukukta hakkını araması serüvenini vermişti. Ve, her ne kadar AİHM, o kimseye oy hakkının verilmemesini, 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesi anlamında bir ihlal saysa da, Anayasanın 67/5 hükmünün açıklığı ve Sözleşme ile uygun yoruma imkan vermemesi karşısında, tüm yargı yerlerinin Anayasanın ilgili hükmünü uygulaması gerektiğini söylemiştik. Bu, bizim, insan haklarına dair anlaşma (ve dolayısıyla AİHS)-Anayasa çatışmasında, ulusal mercilerin izlemesi gerektiğini düşündüğümüz yoldu. Ancak bu kimse, meseleyi, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirirse, Mahkeme'nin bireysel başvurunun mantığından kaynaklanan sebeplerle farklı bir çözümü benimseyebileceğini söylemiş ve orada bırakmıştık.

İşte buradaki "bireysel başvurunun niteliği ve mantığından kaynaklanan farklı çözümü gerektiren sebepler", hemen yukarıda değindiğimiz, bu müessesenin AİHS'teki hakları güvence altına almak ve AİHM nezdindeki mahkumiyetleri engellemek şeklindeki işlevi; bu sebeplerin gerektirdiği farklı çözüm ise, burada Anayasanın değil, Sözleşme hükmünün (ve dolayısıyla ona AİHM'in verdiği anlamın) uygulanmasıdır. Zira burada, bizzat bireysel başvuru hakkını tanıyan Anayasa hükmü olan 148/3.

<sup>49</sup> Bireysel başvurunun genel mahkemelerin insan hakları konusundaki rolüne etkileri hakkında bir çalışma için bkz.: Halil İbrahim Dursun, *Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014/112, s.297 vd.

madde, kanaatimizce, Sözleşmenin uygulanmasını gerektirmektedir. O halde burada bir *Anayasa-Sözleşme* çatışması değil; artık *Anayasa (m.67/5)-Anayasa (m.148/3)* çatışması söz konusudur. Böyle olunca da, Anayasa Mahkemesi, iş, bireysel başvuru yoluyla önüne geldiğinde, sonraki düzenleme olan 148/3'ü ve böylece onun delaletiyle Sözleşmeyi (Ek 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesini) uygulayabilir. Böyle bir çözüm, bizce, bireysel başvurunun (ve dolayısıyla Anayasanın 148/3. maddesinin) mantığına daha uygun olacaktır. Bu, bireysel başvuru mekanizmasının, Sözleşme-Anayasa çatışmasına ilişkin yapabileceği bir katkı olarak görülmelidir.

## SONUÇ

Başta AİHS olmak üzere uluslararası anlaşmaların yeri meselesi, Türk anayasal sisteminde daima tartışmalı bir mesele olmuştur. Gerek öğreti gerek içtihat, burada oldukça zengin bir birikime sahiptir. Anayasada, 2004 yılında, bu meseleyi çözüme kavuşturmak adına bir revizyona gidilmişse de, yapılan düzenleme, tartışmaları bir ölçüde bitirmiş ve başta AİHS olmak üzere uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki hiyerarşik yerinin dışında başka soru ve sorunlara da kapı aralamıştır.

Ulusal normun uluslararası normdan daha lehe bir düzenleme içermesi, doğrudan uygulanabilen ve uygulanamayan norm meselesi, bir çatışma halinde Anayasa Mahkemesine itiraz yolunun nasıl işletileceği, uluslararası mahkeme kararlarının buradaki etki ve değeri, uluslararası anlaşmalara yönelik ön-denetimin uygulanabilirliği ve bireysel başvuru mekanizmasının konuya etkileri gibi meseleler, bu bağlamda cevap bekleyen konulardır.

Çatışmanın AİHS-kanun boyutu, bilhassa 2004 değişikliklerinden sonra netlik kazanmışsa da; AİHS-Anayasa boyutu, halen daha cevap bekleyen soruları barındırmaktadır. 1982 Anayasasının, özellikle 2000'li yıllardan sonra yapılan değişikliklerle birlikte, AİHS ile büyük oranda uyumlaştırıldığı düşünüldüğünde, bu noktada gerçek bir çatışma ihtimali az olsa da, özellikle Sözleşmenin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi dinamik bir belge olarak sürekli geliştirmesi ve içerdiği güvencelerin kapsamını genişletmesi sebebiyle, böyle bir çatışma ihtimali, her zaman vardır.

## KAYNAKÇA

- Ali Karagülmez, 5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:54, 2004.
- Aslan Gündüz, **İnsan Hakları ile İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Kurduğu Denetim Organları Kararlarının Hukukumıza Etkileri, İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler)**, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 1998.
- Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, 9. Basi, İstanbul, 2009.
- David J. Harris, Michael O'Boyle, Colin Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, 3. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Derya Belgin, **Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:66, Sayı:4, Güz 2008.
- Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 3. Basi, Ankara, 2002.
- Halil İbrahim Dursun, **Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:112, 2014.
- Kemal Başlar, **Antlaşmaların Usulüne Göre Yürürlüğe Girmesi Sorunu**, *Prof. Dr. Ramazan Arslan Armağanı*, Cilt:1, 2015, s.267-323.
- Kemal Başlar, **European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) Secretariat Memorandum on Examples of Constitutional Case-Law of Countries in Which International Human Rights Treaties Take Precedence over National Law**, [www.anayasa.gen.tr/baslar-hrttreaties.pdf](http://baslar-hrttreaties.pdf), Erişim Tarihi: 1.2.2015, p.6.
- Kemal Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, 24/1-2, 2004.
- Kemal Başlar, **Yeni Sivil Anayasada Uluslararası Hukuka İlişkin Hükümler**, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/dr-kemal-baslar.pdf>, Erişim Tarihi: 11.3.2016.
- Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin, Bursa, 2000.
- Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 17. Baskı, 2004.
- Levent Gönenç, Selin Esen, **The Problem of Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution**, *European Journal of Law Review*, Volume: 8, No:4, 2006.
- Mesut Gülmez, **Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004.
- Mümtaz Soysal, **Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:14, 1997.
- Necmi Yüzbaşıoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine**, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt:11, Sayı:1, Mayıs 1994.
- Osman Can, **Imperatoris Locuta Causa Finita? Anayasa'nın 90. Madde Değişikliği ve Anayasa Yargısı**, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı:1
- Ömer Gedik, **Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu Arasında Bir Nükleer Güç Santralının Yapımına İlişkin Antlaşmanın Hukuki Niteliğinden Hareketle 1982 Anayasası Madde 90'ın İncelenmesi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.

- Rona Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 70, 2007.
- Serkan Köybaşı, **Yargı Denetiminden Milletlerarası Andlaşmalar Yoluyla Kaçmak: Akkuyu Nükleer Güç Santrali Anlaşması**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Servet Armağan, **1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.
- Şahnaz Gerek, Ali Rıza Aydın, **Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:55, 2004.
- Tolga Şirin, **Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi**, 30-31 Mayıs 2015 tarihli *Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısında Sunulan Bildiri*, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga\\_Airin\\_333\\_1.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf), Erişim Tarihi: 25.10.2015.





# Modern Kölelik İnsan Ticareti ve Rakamlarla Türkiye Gerçeği

(Modern-Day Slavery: Human Trafficking And The Realty Of  
Turkey With Figures)



Dr. Erhan AKGÜN\*

## ÖZET

Türk Ceza Kanunu'muzda uluslararası suçlar başlığı altında ele alınan insan ticareti suçu; hem kanunlara hem de toplumların manevi değerlerine aykırı olmasına rağmen Dünya'da ve Türkiye'de oldukça yaygın bir illegal kazanç elde etme yollarından birisine dönüşmüştür. Modern kölelik olarak da tanımlanabilecek olan insan ticareti, genellikle cinsel sömürü amaçlı yapılmakla birlikte bu suçu işleyen kimseler açısından büyük maddi kazançlar sağlarken suçun mağdurlarını ise fiziksel ve psikolojik anlamda yıkıma sürüklemektedir. Bu çalışmanın temel amacı; insan ticareti suçunu Türkiye gerçeğinde ele almak, yaygınlığını ve sürekliliğini ortaya koymaktır. Çalışmamızda, Uluslararası Göç Örgütü'nün verileri ışığında tespitler yapılmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Sözcükler:** İnsan Ticareti, İnsan Ticareti Mağdurları, Kaynak Ülke, Hedef Ülke, Transit Ülke, Mağdur Profili.

## ABSTRACT

Human Trafficking Crime is discussed under the heading of international crimes section in our Turkish Penal Code. Although contrary to both the States rules and regulations and moral values of all society; has become a common way of obtaining illegal profits in Turkey and the other countries. Human Trafficking which can be described as a modern slavery, are usually made sexual exploitation while brings large financial gains for offender of the crime on the other hand brings physical and psychological deceptions for the victims. In our study is usually used International Organization for Migration's datas for to observe the human trafficking. The main objectives of this study; is to determine the crime of the human trafficking and to address the content and countunity in Turkey.

---

\* İstanbul Emniyet Müdürlüğü, Hukuk İşleri ve Soruşturma Şube Müdürü.

**Key Vocabularies:** *Human Trafficking, Human Trafficking Victims, Source Country, Target Country, Transit Country, Victim Profiles.*

## 1. GİRİŞ

İnsan Ticareti, en son kapsamlı olarak 20.yy.da Amerika'da yaşayan Afro-Amerikalılara uygulanan, kökeni itibarıyla da İlkçağ ve Ortaçağ'a dayanan çağdışı bir uygulamadır. Tarım Devrimi ve Sanayi Devrimini yaşadktan sonra Bilgi Çağı olarak adlandırılan, insan haklarını geliştirme çalışmalarının da en üst seviyede uygulanmaya çalışıldığı günümüzde, insan ticaretinin kısmen de olsa varlığını modern kölelik şeklinde sürdürmesi bir insanlık ayıbı olarak karşımıza çıkmaktadır.

İnsan Ticareti, bölgesel olarak mikro ölçekli hücreler halinde faaliyet gösteren organize suç örgütlerince gerçekleştirilmekle birlikte resmin tamamına bakıldığında makro bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Mikro suç örgütlerinin birbirleri ile kurduğu güçlü uluslararası iletişim ağları ile konunun belirli bir parçasına bakılarak anlaşılamayacak kadar büyük bir fotoğraf karşımıza çıkmaktadır.

İletişim, taşıma ve seyahat imkânlarının gelişmesi, kentleşme ve göç olgusunun istismar edilmesi insan ticaretinin yaygınlaşmasında en temel etkenler olarak sıralanabilir. Bu faktörler ile bağlantılı olarak; ekonomik eşitsizlik, insanların can güvenliğinden endişe etmeleri, politik kaos, iç savaş, terörizm ve şiddet vakaları bireylerin insan ticareti çetelerinin eline düşmelerinde önemlidir.<sup>1</sup>

Dünyada her yıl ortalama tahmin edilen insan ticareti mağduru sayısı 700.000 ile 4 milyon arasındadır. Bu rakamın Avrupa'da ise ortalama 120.000 ile 500.000 arasında olduğu düşünülmektedir. Bu sayının %90'ını fuhşa alet olan 15–26 yaş arasındaki kadın ve çocuklar oluştururken, geri kalan %10 ise zorla çalıştırılan ya da organları alınan kişiler olarak tanımlanmaktadır.<sup>2</sup>

Gelişmiş Batı ülkelerinden İngiltere örneği üzerinde durulursa; her yıl ortalama 4000 kadının insan ticareti mağduru olduğu tahmin edilmektedir. Doğu Avrupa, Çin, Güney Asya, Afrika ve Brezilya'nın kaynak ülke olduğu insan ticareti suçundan yıllık 275 milyon İngiliz Sterlini kara para kazanıldığı ve aylık 500 ila 8000 sterlin tacirlere kar ettirdiği ve tacirin mağduru bir başka tacire ortalama 2000–3000 sterline

<sup>1</sup> İçli, Tülin G, Sever, Hanifi, Sever, Muhammed, Ökten, Şevket. (2012). Foreign Juvenile Delinquency: The Case of Istanbul, *Advances in Applied Sociology* 2012. Vol.2, No.1, 59-65; İçli, Tülin G, Sever, Hanifi, Sever, Muhammed. (2015). A Survey Study on the Profile of Human Smugglers in Turkey, *Advances in Applied Sociology*, (5), 1-12.

<sup>2</sup> Sever Hanifi, Arslan Salih, "İnsan Borsası" Adalet Yayınevi, 2008 s.2 (Catriona Laing, UK Regulations and Best Practices: Illegal Migration, Human Trafficking and Illegally Working, Türkiye'de Göç Yönetimi: AB Yakınlaşma Süreci, 29-30/11/2007, Ankara).

sattığı belirtilmektedir. Bu da haftalık ortalama 1000 İngiliz Sterlini insan tacirlerine finansman sağlamaktadır.<sup>3</sup>

İlerleyen bölümlerde çok daha detaylı inceleyeceğimiz İnsan Ticaretinin ülkemize olan etkilerini anlamaya çalışırken öncelikle şu gerçeikle karşılaşmaktayız: “1990’lı yılların başında Sovyetler Birliği’nin ve Doğu Bloğu’nun yıkılması ile birlikte, birlikten bağımsızlığını kazanan ülkelerin ekonomileri altüst oldu. Bunun sonucu olarak, Türkiye, kendi ülkelerinde istihdam imkânı bulamayan bayanların akınına uğradı ve yeni bir çeşit seks işçiliği deneyimini yaşamaya başladı.”<sup>4</sup>

Ülkemizde ve Dünyanın bazı bölgelerinde yaşanan insan ticareti deneyiminin ana hatlarına bakıldığında; suça konu olan kurbanların, düşük ekonomiye sahip kaynak ülkelerden oldukları, daha iyi bir gelecek için orta ve ileri seviyeli ekonomiye sahip hedef ülkelere iş bulma gayesiyle gitmeye çalıştıkları görülmektedir. Kendilerine daha iyi bir gelecek aradıklarından yapılan tüm iş tekliflerine kimi zaman safiyane, kimi zaman da maruz kaldıkları baskı sebebi ile hazır olduklarından insan ticaretine konu olabilecek bir mağdur potansiyeli kendiliğinden oluşmaktadır. Bu potansiyelin aktarıldığı gelişmiş ülkelerde ise yaşam standartları yüksek, eğlence düşkün zengin insanlardan bir müşteri potansiyeli yine kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Kısacası bir tarafta Maslow’un İhtiyaçlar Hiyerarşisinde birinci sırada bulunan fiziksel ihtiyaçlarını karşılamaya çalışan insanlar, diğer tarafta ise Maslow’un İhtiyaçlar Hiyerarşisinin üçüncü, dördüncü ya da beşinci sırasında betimlenen, yüksek gelirini zevk ve eğlenceye harcamak isteyen insanlar; yani bir çeşit paradoks ve arz talep dengesi...

Çağdaşlaşma teorisine göre; pazar fonksiyonu, serbest piyasa ekonomisine müdahale etmemektedir. Bu da arz talep dengesinin pazar payına göre oluşmasını sağlamaktadır. İkili iş ilişkisi teorisine göre, gelişmiş ülkeler iş gücü ihtiyacını yabancılardan karşılamak niyetindedir. Bu nedenle 3D işlerin (kirli, tehlikeli ve zor) yapılması için garanti işçiler olan göçmenlerin kullanılması daha kolaydır.<sup>5</sup>

İnsan ticareti, *sosyal öğrenme süreçleri* açısından da önemlidir. Göç ya da bir başka ülkeye hareket etme kendiliğinden fark edilen değil, toplum içinde öğrenilen ve öğretilen bir olgu olarak tanımlanabilir. Sosyal öğrenme sürecinde, arkadaşlar bir

<sup>3</sup> Sever Hanifi, Arslan Salih, “İnsan Borsası” Adalet Yayınevi, 2008 s.3( Catriona Laing, UK Regulations and Best Practices : Illegal Migration, Human Trafficking and Illegally Working, Türkiye’de Göç Yönetimi: AB Yakınlaşma Süreci, 29-30/11/2007, Ankara).

<sup>4</sup> Rodriguez Leopoldo, Lisaniler Fatma Güven, Uğural Sevin, “Migrant sex workers and state regulation in North Cyprus” Women’s Studies International Forum 28 (2005) 79-91.

<sup>5</sup> İçli, Tülin ve Sever, Hanifi. (2012). Foreign Workers without Work Permit in Istanbul: A Sociological Study, Advances in Applied Sociology 2012. Vol.2, No.1, 37-46.

rol modeli oluşturabilir. Örneğin, akran grupları, göç etmede enformasyon kaynağı ya da örnek model olabilmektedir.<sup>6</sup>

*Etkileşim yaklaşım* ile sosyal öğrenme sürecine aynı çizgide bakıldığında; informal sosyalleşme araçları olan aileler, toplumda önemli bir yer tutmaktadır. Ekonomik davranışla ilgili olarak, aileler, çocukların çalışmaya yönelik tutumlarını ve kariyer süreçlerini etkiler. Bu yüzden, çocuklar çalışma ile ilgili tutumlarını ailelerinden öğrenebilirler.

Sutherland'in *ayrıcı birleşimler teorisinden* ise; insan ticareti ile ilgili çeşitli çıkarımlar yapmak mümkündür. Göç davranışla öğrenilebilir. İnsanlar, insan ticaretine maruz kalacakları göç rotalarını, bu suça karışmadıkça ve kendinden önce giden insanlar olmadıkça ya da canlarını kurtarma pahasına komşu ülke sınırına akın etmedikçe öğrenemez. Göç; insanlarda, hayvanlar gibi kalıtımla geçmez.<sup>7</sup>

Dünyada göçler neticesinde ağlar oluşmaktadır. Bu ağların kuvvet ve direnç derecesine göre insanların hareket yoğunluğu artmakta ya da azalmaktadır. Ağ teorisi, arkadaşlık ya da aynı kökeni paylaşma gibi unsurlarla desteklenmektedir.<sup>8</sup> Wilpert (1992:178)'e göre; öncü göçmenler, göç veren ve göç alan toplumlara birbirine bağlayan altyapıları oluştururlar.<sup>9</sup> Yeni göç dalgaları, kurulmuş bu ağı harekete geçirir ve sonradan gelenler ilk gelenlerin tecrübelerinden yararlanırlar.<sup>10</sup> Bu ağın en önemli rolü çeşitli zorlukları azaltarak (yalnızca maddi değil aynı zamanda psikolojik) kaynak ile hedef ülkeler arasındaki göç akışına yardımcı olmasıdır.<sup>11</sup> Gerçekten göç hareketlerinin oluşabilmesi için güçlü ağların varlığı insan ticaretini tetikleyebilmektedir.

Öte yandan insan ticaretine konu olan mağdurların maruz kaldıkları istismar, baskı ve şiddet sonrası genel sağlıklarında ve psikolojilerindeki bozulmanın yanında bir kısmının taşıdıkları bulaşıcı hastalıklar ve özellikle HIV(AIDS) virüsü sebebiyle kamu sağlığında ve sosyal dokuda tahrifata sebep oldukları bilinmektedir.

<sup>6</sup> Sever, Hanifi. (2012). Sosyal Öğrenme Teorileri Işığında Yasadışı Göç ve Etkileri, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Vol.1, No:32, 51-66.

<sup>7</sup> Sever, Hanifi. (2009). Yasadışı Göçmenlerin Profili: İstanbul İli Örneği. Polis Akademisi Başkanlığı, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Suç Araştırmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (yayımlanmamış).

<sup>8</sup> Taylor, E.J. (1986). "Differential Migration, Networks, Information and Risk., Research in Human Capital and Development", Oded Stark (Der.), Migration, Human Capital and Development. Greenwich: JAI Press, ss.67-102., Massey, D.S., Arango, J., Hugo, G., Kouaouci, A., Pellegrino, A., ve Taylor, E.J. (1993). "Theories of International Migration: Review and Appraisal", Population and Development Review, 19(3): 54-77.

<sup>9</sup> Wilpert, C. (1992). "The Use of Social Networks in Turkish Migration to Germany", Mary M. Kritz, Lin Lean Lim ve Hania Zlitznik (Der.), International Migration Systems: A Global Approach. Oxford: Clarendon Press, ss. 123-180.

<sup>10</sup> Yalçın, C. (2004). Göç Sosyolojisi. Ankara: Anı Yayıncılık.

<sup>11</sup> Bijak, J. (2006). Forecasting International Migration: Selected Theories, Models and Methods. Warsaw: Central European Forum For Migration Research.

AIDS hastalığının, kuluçka döneminin 5 ila 10 yıl arası olduğu yani virüse maruz kalmış bir kişinin hasta olduğunu fark etmesinin 10 yıl alabileceği bilinmektedir. Ülkemizde 1985 yılından günümüze kadar tespit edilen vaka sayısının 2.412 olduğu ve Sağlık Bakanlığı'nca bu hastalara kişi başına yıllık ortalama 10.000 Amerikan Doları harcandığı göz önüne alındığında, hastalığının farkında olmayan insanların yarattığı risklerle, hasta miktarında örneğin 50 kat artış olmasıyla, sosyal yapıda yaratacağı tamir edilmesi çok güç tahrifatın yanında, yıllık 1 Milyar Dolarlık ekstra kaynağa ihtiyaç duyulacaktır ki bu gider Sağlık Bakanlığı'nın finanse etmekte zorlanacağı bir harcama kalemi olacaktır.<sup>12</sup>

## 2. İNSAN TİCARETİ

### 2.1. İnsan Ticareti Kavramı ve Tanımı

Uluslararası alanda net bir tanım yapılamamıştır ancak bu suçla mücadele etmek isteyen devletler kendi mekanizmaları içerisinde hareket etmiştir. Geçerli bir tanımın bulunmamasının en önemli nedeni; “bu suç kapsamına hangi eylemlerin girdiğinin net olarak kararlaştırılmaması olmuştur.”<sup>13</sup> Her ne kadar Birleşmiş Milletler çerçevesinde 12–13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo’da düzenlenen konferansta kabul edilen “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ek İnsan Ticaretinin, Öncelikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol” kapsamında insan ticareti suçu uluslararası arenada tanımlanmaya çalışılsa da net bağlayıcı hükümler içermekten uzak kalmıştır.

Ülkemizde ise “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol”ün Türkiye Büyük Millet Meclis’ince de onaylanması 30.01.2003 tarihinde uygun bulunmuştur.<sup>14</sup>

Bu protokolün 3. maddesinde insan ticareti tanım olarak; “Kuvvet kullanarak ya da kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkaları üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir. İstismar terimi; asgari olarak, başkalarının fuhşunu istismar edilmesini veya cinsel istismarın

<sup>12</sup> Sağlık Bakanlığı <http://www.saglik.gov.tr> sitesi

<sup>13</sup> Kelly Liz, Regan Linda, (2000), “Stopping Traffic: Exploring the Extent of and Responses to Trafficking in Women for Exploitation in the UK”, Police Research Series, Paper 125, London. <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/prgpdfs/fprs125.pdf>, s.4.

<sup>14</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4804.html>

başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı ya da hizmet ettirmeyi, esareti ya da esaret benzeri uygulamaları, kulluğu veya organlarının alınmasını içerir.” şeklinde tarif edilmiştir.

Tanımda en çok dikkat çeken husus insan ticaretine konu olacak mağdurun tamamen rızası ve iradesi dışında gerçekleşecek fiiller ve yöntemler sonucunda insan ticaretine konu olacağına ortaya koyulmasıdır. Peki, mağdurun rızası insan ticareti suçunu geçersiz kılabilir mi? Bu soruya cevap yine aynı protokolün 3. maddesinin b fıkrasında verilmektedir: “İnsan ticaretinin (a) bendinde belirtilen yöntemlerden herhangi biriyle yapılmış olması halinde, mağdurun bu istismara razı olup olmaması durumu değiştirmeyecektir.” denilmektedir.

İnsan ticareti suçuna maruz kalan insanların yaşam kaliteleri, hiçbir düşüncenin kabul edemeyeceği bir seviyeye düşürülmektedir. Dahası zaman zaman yaşamların yitirildiği bir dünya gerçeğidir.

Bir uluslararası suç olarak kabul edilen insan ticareti olgusunda insan ticaretini yapan kişiye insan taciri, suça ise insan ticareti denilmektedir. Ancak ticaret ve tacir kelimeleri anlam itibarıyla bu suçla ne kadar örtüşmektedir? Türk Ticaret Kanunu’na göre; “*bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen her hangi bir müesseseyi ilgilendiren muamele, fil ve işlere dair diğer kanunlarda yazılı hususi hükümler, ticari hükümler*”<sup>15</sup> olarak adlandırılmaktadır. Peki, insan ticareti bir ticaret midir? Tacir, bir müessese sahibi midir? Bu açıdan bakıldığı zaman suçun adının insan ticareti olması düşündürücüdür.

## 2.2. İnsan Ticareti ve İnsan Kaçakçılığı arasındaki farklar

İnsan ticareti ile insan kaçakçılığı çoğu zaman birbirlerine karıştırılan kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu kavram kargaşası, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 79. maddesinde insan kaçakçılığını, 80. maddesinde ise insan ticaretini iki ayrı suç tanımı olarak ortaya koyma kadar mevzuatımızda da kısmen bulunmaktaydı.

Genel olarak tanımlamak gerekirse insan kaçakçılığı tamamen kendi rızası ile bir başka ülkeye göç etmek isteyen insanı yasadışı yollardan kaçırmaktır oysa insan ticaretinde ana unsur daha iyi bir yaşam ve para kazanmak için başka bir ülkeye gitmek isteyen kişiyi, çeşitli hile ve desiselerle kandırmak, baskı, cebir, şiddet ve zor kullanarak getirilen hedef ülkede istismar etmektir.

“İnsan ticareti’nde tacir, başlangıçtan itibaren sömürdüğü kurbanla arasındaki ilişkinin sürekli olmasını ister ve ilişkilerini bu şekilde geliştirir. Bu ilişki çeşitli

<sup>15</sup> 09.07.1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, md.1.

biçimlerde ortaya çıkar ki, bunlar; zor kullanma, cinsel kölelik ya da işgücü köleliği, haysiyetin çiğnenmesi ve özgürlüğünün sınırlandırılması gibi unsurları içerir. Oysa göçmen kaçakçılığı'nda, tacirlerle göçmen arasındaki ilişki, kişinin girmek istediği ülkeye yasadışı yolla girdiği veya çıkmak istediği ülkeden çıktığı anda sona erer.”<sup>16</sup>

Hem insan ticareti, hem de göçmen kaçakçılığı Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Protokoller ile tanımlanmış ve gündeme getirilmiştir. Her iki suç türünün de bir ülkeyle sınırlı kalmayıp sınır aşan ve örgütlü suç niteliği taşıdığı belirtilmelidir. Ancak yine de unutulmaması gereken önemli bir husus, insan ticareti suçunun bir ülke sınırları içerisinde, o ülke vatandaşlarına yönelik işlenebileceğidir. Yani, Türkiye'de, Türk vatandaşı bir kişi, sınırlar aşılmaya bile ülke içinde köleleştirilebilir. Ancak yine de, her iki suç tipinin de doğasında sınır aşan bir hareket olduğu düşünülmektedir.

### 2.3. Kaynak Ülke, Hedef Ülke ve Transit Ülke Kavramları

İnsan ticaretinin mikro ölçekli bir suç olmaktan çıkıp uluslararası bir suç haline gelmesi ile birlikte bugün dünyanın birçok bölgesine etkileri uzanabilen bir suç şekli olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kimi ülkeler kaynak ülke, kimi ülkeler transit ülke, kimi ülkeler de hedef ülke olarak insan ticaretinin etkisini farklı farklı yaşamaktadırlar. Bu konuda ülkeler arasında kesin sınıflandırmalar yapmak zor olmakla birlikte ekonomik refah seviyesinin ve coğrafik konumun yapılabilecek sınıflandırmada belirleyici değişkenler olabileceği söylenebilir.

Prensipte, kaynak ülke kurbanların insan tacirlerinin eline düşmeden önce yaşadığı ülkeyi, transit ülke kurbanların hedef ülkelere götürülmeden önceki geçici barındırıldığı ülkeyi, hedef ülke ise kurbanların zorla çalıştırıldıkları ve istismar edildikleri ülkeyi ifade eder.

“Genel olarak, dünyanın güneyinden kuzeyine, doğusundan batısına bir rota çizmek ve ülkeleri güney ve doğuda bulunanları kaynak, batı ve kuzeydeki ülkeleri de hedef ülke olarak tanımlamak mümkündür. Geçiş yollarında bulunan ülkeler ise transit ülkelerdir.”<sup>17</sup>

“Küreselleşmenin doğal bir sonucu olarak sermaye, mal ve hizmetlerin akışı ile birlikte işgücünün de akışı ortaya çıkmıştır.....İnsan ticareti belki de küreselleş-

<sup>16</sup> IOM Uluslar arası Göç Örgütü Raporu, “Türkiye’de İnsan Ticareti İle Mücadelede Yasa Uygulama İle İlgili Stratejik Bir Yaklaşım”, <http://www.countertrafficking.org/tr/default.html>, Ankara,2006 s.7.

<sup>17</sup> Bolat Gürbüz, 2005. “Dünya’da ve Türkiye’de İnsan Ticareti” Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi

meden kaynaklanan işgücü akışının en kötü halidir ve bu haliyle küreselleşmenin karanlık yüzlerinden biri olarak kabul edilmektedir.”<sup>18</sup> Nitekim son yıllarda ülkelerdeki ekonomik kıtlığa paralel olarak kaynak ülke sayısında belirgin bir artış ortaya çıktığı görülmektedir.

Konuyu örneklendirmek gerekirse,” 1993–1994 yıllarında, AB ülkelerinde on ya da on iki farklı ülkeden getirilen kurbanlar insan tacirlerince satılırken, bugün kırk farklı ülkeden kurbanın insan tacirlerince pazarlandığı bilinmektedir.”<sup>19</sup>

#### 2.4. Türk Ceza Kanunu’nun İnsan Ticaretine Bakışı

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 80. maddesinde insan ticareti ile ilgili olarak, Eski Türk Ceza Kanunu 201/b maddesine oranlı daha kapsamlı bir hüküm getirilmiştir.

“Madde 80: Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırılan, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası verilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan filler var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.

(3) On sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hâllerinde suça ait araç fillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.

(4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.” denilmektedir.

80. madde incelendiğinde, daha önce de bahsedilen ve Türkiye tarafından da 30.01.2003 tarihinde onaylanan “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ek İnsan Ticaretinin, Öncelikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulma-

<sup>18</sup> Jones Loring, Engstrom W. David, Hilliard Tricia, Diaz Mariel, “Globalization and Human Trafficking” Journal of Sociology & Social Welfare, June 2007, Vol. 34, N.2.

<sup>19</sup> Bolat Gürbüz, 2005. “Dünya’da ve Türkiye’de İnsan Ticareti” Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi



sına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol” hükümlerinin adaptasyonunu sağlamak üzere hazırlandığı anlaşılmaktadır.

Maddenin birinci fıkrası, söz konusu maksatlarla gerçekleştirilecek maddî unsurların belirli araç fiillere başvurulması suretiyle gerçekleştirilmesini suçun oluşması bakımından gerekli koşullar olarak saptamıştır. Bu fiiller tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulama, nüfuzu kötüye kullanma, kandırma, mağdurların çaresizliklerinden yararlanma veya mağdurlar üzerinde sahip olunan denetim olanaklarından yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle gerçekleştirilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında, belirtilen amaçları elde etmek üzere girişilen ve suçu oluşturan yardımcı fiiller varsa artık, mağdurun rızasının yok sayılacağı belirtilmiştir. Örneğin bir kimsenin organlarını vermek hususundaki rızası, yukarıda belirtilen fiiller sonucunda elde edilmiş ise, suçun oluşması bakımından bu rıza yok sayılacaktır.<sup>20</sup>

### 3. ESKİ SOVYETLER BİRLİĞİ VE DOĞU BLOKU ÜLKELERİNİN GENEL DURUMU İLE TÜRKİYE’NİN YABANCILAR POLİTİKASI

Türkiye, 1960’lardan sonra yüzünü dışarıya daha fazla dönerek bir yandan turizmin canlanması için sınırlarında esnek vize politikası izlemiş diğer yandan da yurt dışına işçi göndererek ekonomik kalkınma hedeflemiştir. Salt ekonomik kaygılarla turizmin teşvik edilmesi ise esnek vize politikalarına neden olmuştur. Her ne kadar zengin Avrupa vatandaşlarının bu kapsamda turist olarak gelmesi beklenmişse de, özellikle 90’lı yıllardan sonra turizmin rotası Rusya, Ukrayna, Moldova, Romanya, Bulgaristan, Azerbaycan, Türkmenistan, Ermenistan gibi özellikle eski Doğu Bloğu ülkelerinden gelen bayan turistlere ya da sözde turistlere dönmüştür. Bu durum ise, turizmden sağlanacak gelirden ziyade, ‘fuhuş ve izinsiz çalışma gibi nedenlerle gelir elde eden yabancı’ sorununa dönüşerek, Türkiye’de ekonomik tahribata ve ülkeden para çıkışına neden olmuştur. Bu bağlamda, Türkiye’nin kendi milli çıkarları için başlattığı politikalar, yukarıda sayılan ülkelerin çıkarına hizmet etmeye başlamıştır.

Bunun ana sebebini açıklamak gerekirse: “Dünya genelinde fakir insan sayısı 1.300 milyon civarındadır ve bu rakamın %70’ini kadınlar oluşturmaktadır. Kaynak ve transit ülkelerde bu oran daha da artmaktadır.”<sup>21</sup>Fakirlikle mücadele eden Eski Sovyetler Birliği ve Doğu Bloğu Ülkelerinde yaşayan bayanlar kendilerine bir çıkış yolu aramaktadırlar.

<sup>20</sup> Şen Ersan, “Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu” Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.246–249.

<sup>21</sup> Corrin Chris, 2005. “Transitional Road for Traffic: Analysing Trafficking in Women from and through Central and Eastern Europe” Europe-Asia Studies Vol.57 No.4 June 2005 543–560 s.546.

Emniyet Genel Müdürlüğü'nün verileri incelendiğinde ülkemize yasal yollarla gelen turist konumundaki şahısların durumu özellikle Eski Sovyetler Birliği ve Doğu Bloğu ülkeleri dağılmadan önceki ve sonraki zamanları anlamak açısından son derece önemlidir.

	1988 (%)	2003 (%)
<b>Balkanlar</b>	20,3	14,6
<b>Orta Doğu</b>	9	5,2
<b>Eski SSCB</b>	0,1	16
<b>Diğer</b>	70,6	64,2

*Ülkemize Yasal Yollarla Gelen Yabancı Uyruklu Şahıslar  
(EGM, Yabancılar Hudut İltica Daire Başkanlığı)*

Tabloda görüldüğü gibi; 1988 yılına nazaran, 2003 yılında eski SSCB vatandaşlarının ülkemize gelişlerinde keskin bir yükseliş fark edilmektedir.

Ülkemize yasal ya da yasadışı yollarla gelen yabancı uyruklu şahısların bir kısmı ise yerleşiklik konuma geçme çabası içine girmiştir. Nitekim yabancı uyruklu şahıslar, vatandaşlık kazanmak amacıyla pek çok formalite evlilik yapmış ya da organize örgütlerce evlilik kisvesi altında statüleri yasallaştırılmıştır.

Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü verilerine göre 1995 ile 2001 yılları arasında toplam 56,449 kişi Türk vatandaşlığını kazanmıştır.

	Kişi Sayısı	Yüzde
<b>Evlenme</b>	24,300	43
<b>Diğer Nedenler</b>	32,149	57
<b>Toplam</b>	56,449	100

*1995-2001 Yılları Arasında T.C. Vatandaşı ile Evlenen Yabancı Uyrukluların Sayısı  
(İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü)*

Tabloda görüldüğü üzere; %43 oranında evlilik ile vatandaşlık kazanımı gerçekleşmiştir. Bu evliliklerin içerisinde formalite evlilikler de bulunmaktadır. %57'lik diğer nedenlerin ise büyük çoğunluğunu soydaş uygulamaları çerçevesinde kazanılan vatandaşlıklar oluşturmaktadır.

Türkiye'de ikamet izni alabilmek için yapılan başvuruların, SSCB'nin dağılmasından önce ve sonra olmak üzere iki şekilde incelenmesi yararlı olacaktır.

	1988	%	2001	%
<b>Balkanlar</b>	8,868	19,9	73,363	45,5
<b>Orta Doğu</b>	8,210	18,4	13,361	8,3
<b>Eski SSCB</b>	325	0,7	29,676	18,4
<b>Diğer</b>	27,403	61	44,824	27,8

1988-2001 Yıllarının İkamet Talebi Açısından Karşılaştırılması  
(EGM, Yabancılar Hudut İltica Daire Başkanlığı)

Tabloda görüldüğü gibi; SSCB'nin dağılmasından sonra oldukça yüksek oranlarda görülen ikamet talebi ve izinleri aslında turist olarak nitelendirilen yabancıların, gizli işçiler olduğuna ve hudut kapılarında görevlilere söylemiş oldukları “turistim” sözcüğünün asıl niyetin maskelenme amacıyla kullandıklarına işaret etmektedir.<sup>22</sup>

Türkiye'nin durumu incelendiğinde, ülkemizin çevre ülkeler için bir cazibe merkezi olduğunu söylemek yanlış olmaz. Türkiye; iki kıtayı birbirine bağlayan kritik coğrafi konumu ile bölge ülkeleriyle kıyaslandığında gerek demokrasisi ve sosyal hayatı ve gerekse de ekonomik yapısıyla diğer bölge ülkeleri için bir cazibe merkezidir. Özellikle Sovyetler Birliği ve Doğu Bloğunun dağılmasından sonra bağlı cumhuriyetlerin ekonomik yapısının tam anlamıyla çökmesi ile ortaya çıkan istihdam sorunu hem nitelikli işgücünün bir kısmı için kayıtlı istihdam hem de niteliksiz iş gücü için kayıt dışı illegal çalışma segmentinin Türkiye'ye doğru akmasına sebep oldu. İşte bu bahsettiğimiz niteliksiz illegal işgücünün bayanlardan oluşan bir kısmı da maruz kaldıkları baskı, cebir ve şiddetten dolayı insan ticaretine konu olmaktadır.

Bugün insan ticareti açısından Türkiye'nin hedef ülke olma sebebini daha net açıklamamız gerekirse kaynak ülkelerin farklı dönemlere ait ekonomik yapılarına da bir göz atmamız gerekir.

Dış Ticaret Müsteşarlığınca 2004 yılı temel alınarak çıkartılan ülke profilleri Gayrisafi Yurtiçi Hasıla ve Kişi Başına Düşen Gelir değişkenleri üzerinden incelendiğinde şu tablo ile karşılaşılmaktadır<sup>23</sup>:

<u>KAYNAK ÜLKELER</u>	<u>GSYİH</u>	<u>KİŞİ BAŞI GELİR</u>
Gürcistan	5,7 Milyar \$	867 \$
Kırgızistan	1,9 Milyar \$	379 \$
Moldova	2,6 Milyar \$	619 \$
Özbekistan	8,6 Milyar \$	330 \$
Ukrayna	69,5 Milyar \$	910 \$
Azerbaycan	7,1 Milyar \$	865 \$

<sup>22</sup> Arı Aylan, “Türkiye’de Yabancı İşçiler”, Derin Yayınları Ağustos 2007.

<sup>23</sup> Dış Ticaret Müsteşarlığı <http://www.dtm.gov.tr> sitesi

Yine aynı Ülkelere ait Ekonomi Bakanlığı'nın IMF verilerinden hareketle 2014 yılı temel alınarak çıkartılan ülke profilleri Gayrisafi Yurtiçi Hasıla ve Kişi Başına Düşen Gelir değişkenleri üzerinden incelendiğinde ise şu tablo ile karşılaşılmaktadır<sup>24</sup>:

<u>KAYNAK ÜLKELER</u>	<u>GSYİH</u>	<u>KİŞİ BAŞI GELİR</u>
Gürcistan	16,1 Milyar \$	3.559 \$
Kırgızistan	7,4 Milyar \$	1.298 \$
Türkmenistan	47,9 Milyar \$	5.796 \$
Moldova	10,6 Milyar \$	2.232 \$
Özbekistan	62,6 Milyar \$	2.046 \$
Ukrayna	179,5 Milyar \$	4.185 \$
Azerbaycan	63,6 Milyar \$	6.700 \$

Her iki tabloda incelendiğinde açıkça görülmektedir ki: Bölge Ülkelerine nazaran maddi anlamda daha iyi bir ekonomiye sahip olan Türkiye'nin bu ve benzeri kaynak ülke vatandaşları için açık bir cazibe merkezi olduğu görülmektedir. Ayrıca sosyo-ekonomik durumun insan ticaretinde etkin parametrelerden biri olduğundan ekonomik anlamda bu derece kötü durumda bulunan ülkelerdeki insanların kandırmalarının da bir o kadar kolay olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

## 4. METODOLOJİ

### 4.1. Yöntem, Kapsam ve Sınırlılıklar

İnsan Ticareti olgusunun Türkiye'ye etkilerini ortaya koyabilmek için ülkemizdeki mağdur sayıları, uyrukları, getirildikleri şehirler ve yaş durumları dikkate alınmalıdır. Bu çalışmada, insan ticaretinin etkilerinin ifade edilebilmesi tanımlayıcı (descriptive) bir şekilde ortaya konulmuştur.

Çalışmaya Türk Ceza Kanununun 80. maddesi çerçevesinde hakkında adli işlem yapılan zanlıların mağdur ettikleri yabancı uyruklu şahıslar dâhil edilmiştir. Türk vatandaşları olup da insan ticareti mağduru olan şahıslar bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

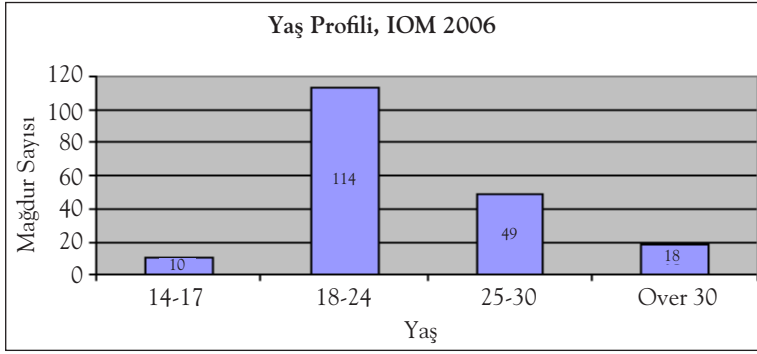
İnsan tacirleri açısından 2000'li yıllardan sonra aktif olarak sömürü sahası haline gelen Türkiye'deki sorunu ve etkilerini ortaya koyabilmek için iki ayrı döneme ilişkin veriler incelenmiştir. Birinci dönem olarak 2006 ile 2008 yılı ikinci dönem olarak da Uluslararası Göç Örgütü'nün en son verileri olan 2011 ile 2012 yılları ara-

<sup>24</sup> Türkiye Cumhuriyeti Ekonomi Bakanlığı <http://www.ekonomi.gov.tr/> sitesi

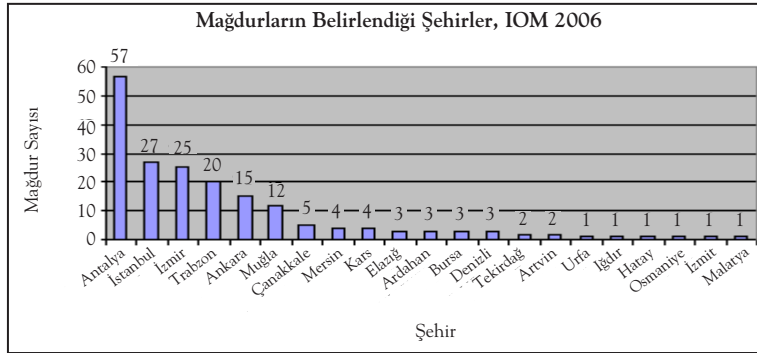
sındaki veriler ele alınmıştır. Bu sayede hem mağdur profilleri ile suçun etkilerinin ortaya koyulması hem de iki ayrı zamandaki veriler ışığında ortaya çıkan profillerde zaman içerisinde bir değişikliğin olup olmadığı hususu hedeflenmiştir.

#### 4.2. 2006 İle 2008 Yıllarına İlişkin Bulgular<sup>25</sup>

2006 yılında; 191 insan ticareti mağduru tespit edilmiştir. Bunların uyruklarına göre dağılımı; Moldova 59, Rusya 39, Ukrayna 33, Kırgızistan 24, Özbekistan 16, Azerbaycan 9, Türkmenistan 4, Gürcistan 2, Bulgaristan 2, Kazakistan 1, Belarus 1, Ermenistan 1 olarak tespit edilmiştir.

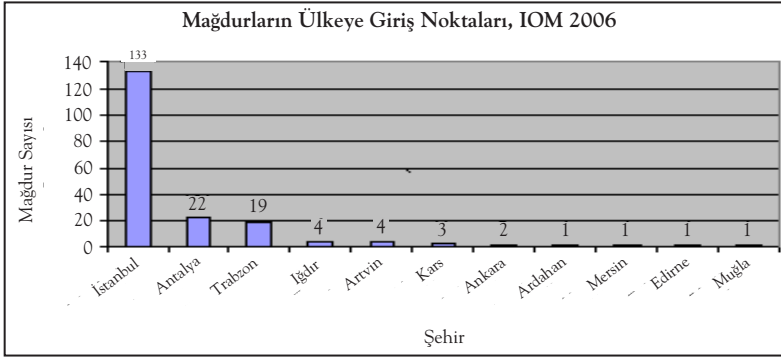


İnsan ticareti mağdurlarının yaş profillerine bakıldığında; büyük çoğunluğunun 18–24 yaş arasında olduğu görülmektedir. Ayrıca 18 yaşından küçük 10 mağdur da dikkat çekicidir.



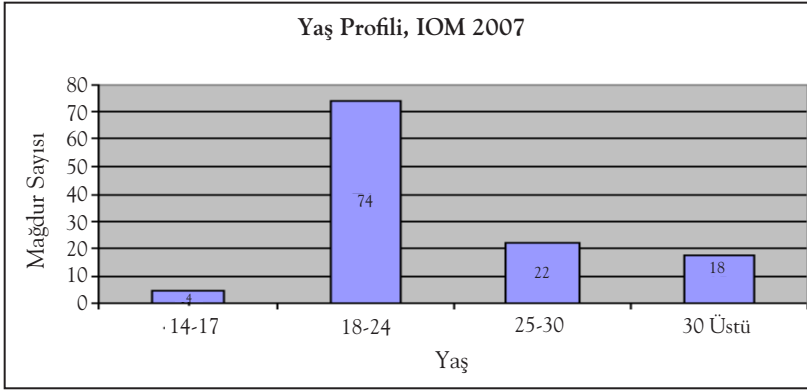
2006 yılında Antalya, İstanbul ve İzmir illeri insan ticareti mağdurlarının en çok tespit edildiği illerdir. Şehirleşme, endüstri, turizm ve ekonomik gelişmenin en üst düzeyde olduğu bu şehirlerde suç oranının da yüksek olması dikkat çekicidir.

<sup>25</sup> Uluslar arası Göç Örgütü(IOM) [www.countertrafficking.org](http://www.countertrafficking.org)

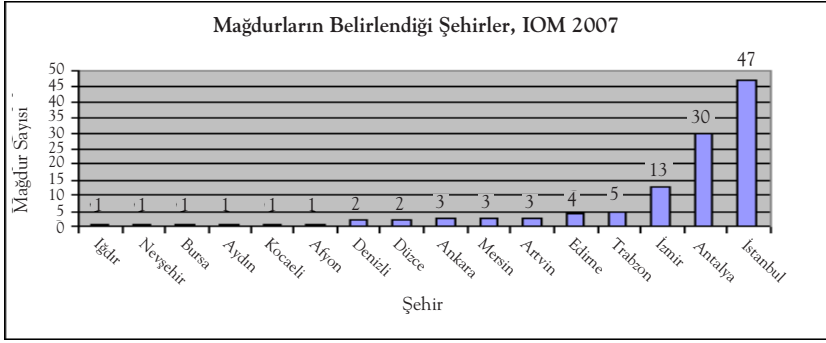


Mağdurlar sıklıkla İstanbul'dan giriş yapmaktadır. 196 ülkeye doğrudan uçuşların olduğu Atatürk Havalimanı'nın İstanbul ilinde olması bu sayıyı yükselten en önemli etkindir.

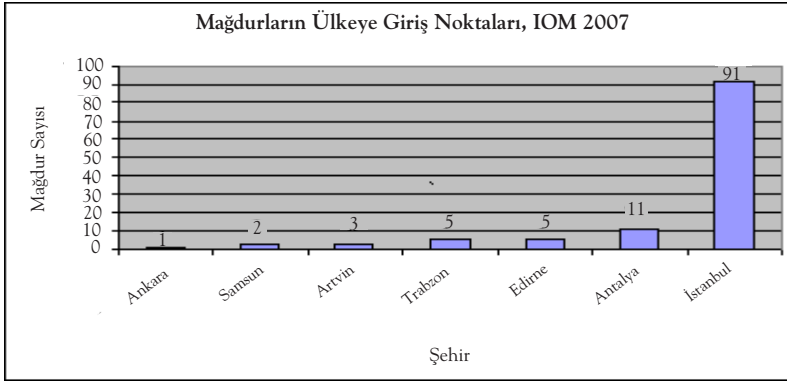
**2007 yılında;** toplam 118 insan ticareti mağduru tespit edilmiştir. Bunların uyruklarına göre dağılımı; Moldova 43, Rusya 18, Kırgızistan 14, Türkmenistan 12, Özbekistan 11, Ukrayna 6, Bulgaristan 6, Gürcistan 3, Azerbaycan 3, Sri-Lanka 1, Tunus 1, olarak tespit edilmiştir.



Tıpkı 2006 yılında olduğu gibi, 2007 yılında da mağdurların yaş profilleri benzerdir. Bu mağdurlardan, 18 yaşından küçük 4 mağdur; 18–25 yaş arası 74 mağdur; 26–35 yaş arası 22 mağdur; 30 yaş üzeri; 18 mağdur olmak üzere toplam 118 mağdur kurtarılmıştır. Bu sayının 5'i İstanbul'da kurtarılan Türkmenistan uyruklu erkekleredir.

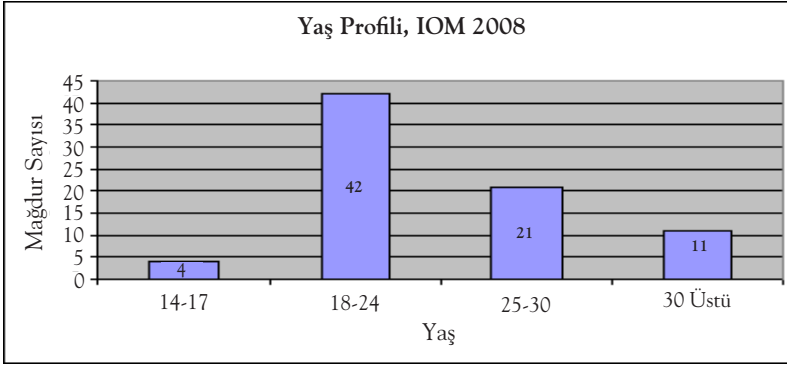


2007 yılında insan ticareti mağdurları en çok İstanbul ilinde tespit edilmiştir. Yine 2006 ile benzer bir şekilde ilk sıraları yine İstanbul, Antalya ve İzmir oluşturmaktadır.

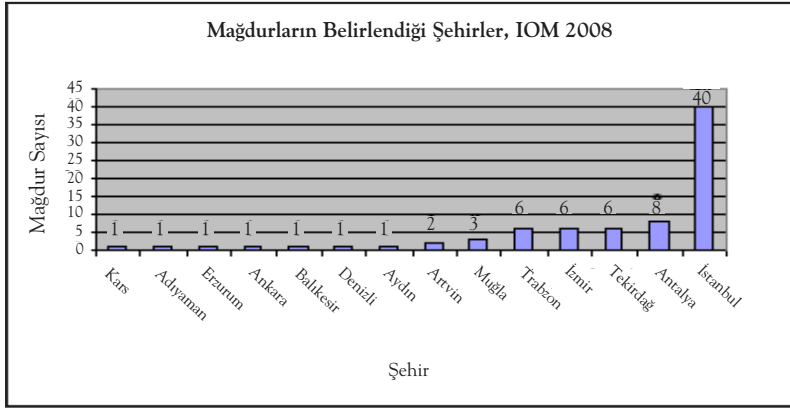


2006 yılına benzer bir şekilde 2007 yılında da mağdurlar en çok İstanbul'dan giriş yapmıştır.

**2008 yılında;** toplam 78 insan ticareti mağduru tespit edilmiştir. Bunların uyruklarına göre dağılımı; Özbekistan 20, Moldova 17, Türkmenistan 15, Rusya 6, Kırgızistan 4, Azerbaycan 4, Romanya 4, Ukrayna 3, Belarus 2, Kazakistan 1, Fas 1, Bulgaristan 1 olarak tespit edilmiştir.

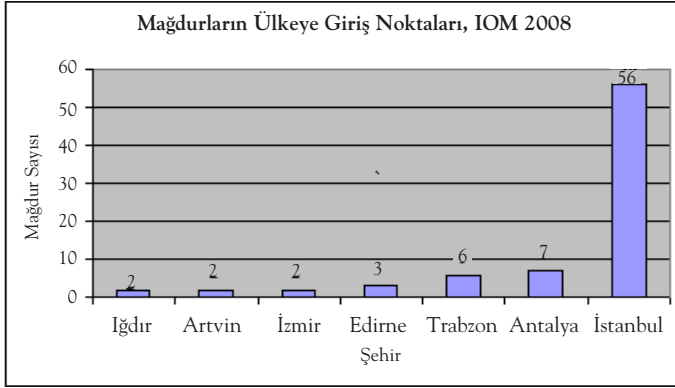


Tıpkı diğer yıllarda olduğu gibi 2008 yılında da kurtarılan mağdurların yaş profilleri ağırlıklı olarak 18–24 arasındır ve diğer yıllardaki gibi 18 yaş altı çocuklar da insan ticaretine maruz kalmıştır.

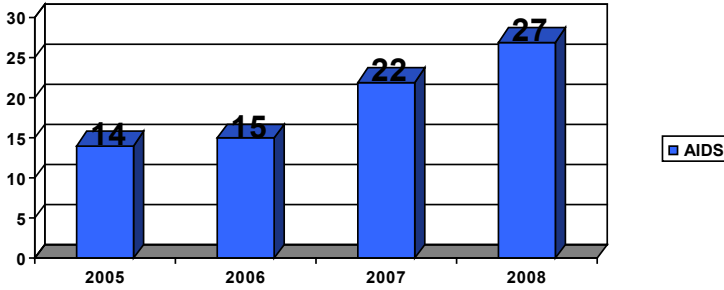


2008 Mağdurların belirlendiği illere bakıldığında diğer yıllara nazaran İstanbul, İzmir ve Antalya açısından bir farklılık arz etmemekle birlikte Tekirdağ ve Trabzon illerinin insan ticareti yönünden hareketlendiği gözükmektedir.





Diğer yıllarda da olduğu gibi mağdurların ülkeye giriş noktalarında tartışmasız İstanbul başı çekmektedir.



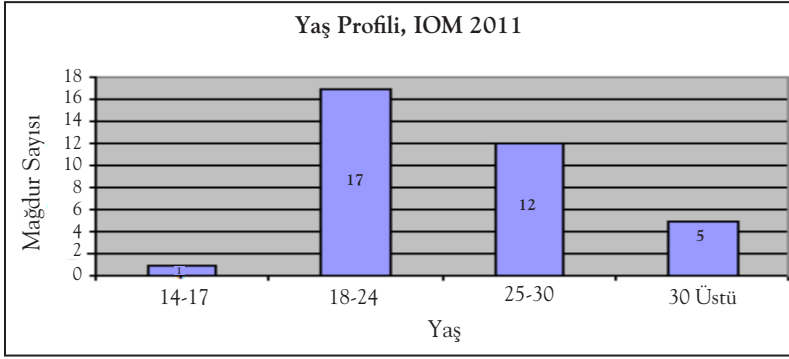
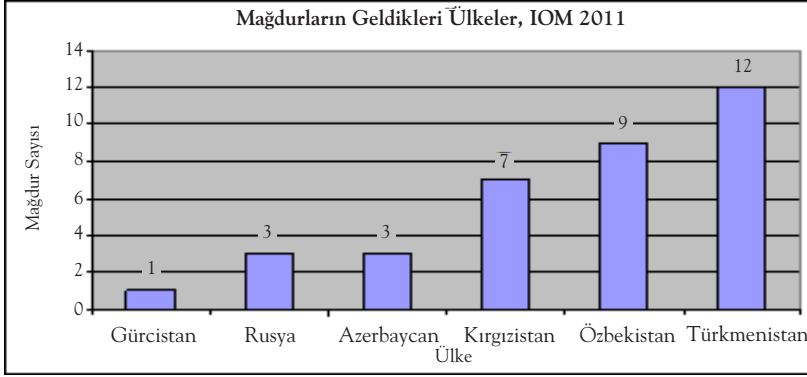
2005 yılı ile 2008 yılı arasında tespit edilen AIDS vakaları da incelendiğinde, hasta mağdurların artan bir seyir izlediği görülmektedir. Ayrıca 2005 ile 2008 yılları karşılaştırıldığında yaklaşık iki kat artış dikkati çekmektedir.<sup>26</sup>

#### 4.3. 2011 İle 2012 Yıllarına İlişkin Bulgular<sup>27</sup>

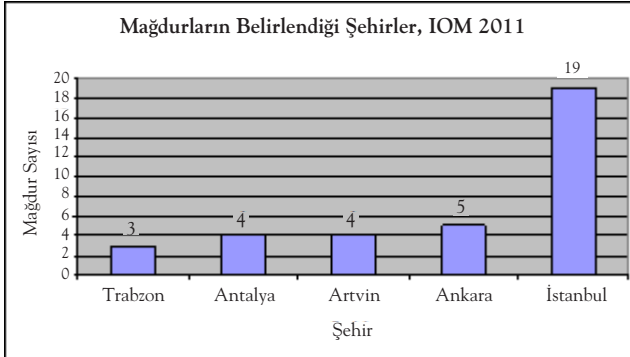
2011 yılında; 35 insan ticareti mağduru tespit edilmiştir. Bunların uyruklarına göre dağılımı; Türkmenistan 12, Özbekistan 9, Kırgızistan 7, Azerbaycan 3, Rusya 3, Gürcistan 1 olarak tespit edilmiştir.

<sup>26</sup> İstanbul Yabancılar Şube Müdürlüğünden temin edilen yayımlanmamış veriler.

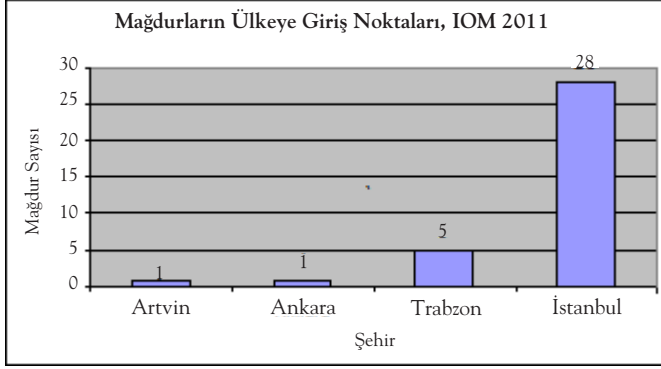
<sup>27</sup> Uluslar arası Göç Örgütü(IOM) [www.countertrafficking.org](http://www.countertrafficking.org)



İnsan ticareti mağdurlarının yaş profillerine bakıldığında; büyük çoğunluğunun 18-24 yaş arasında olduğu görülmektedir. Ayrıca 18 yaşından küçük 1 mağdur da dikkat çekicidir.

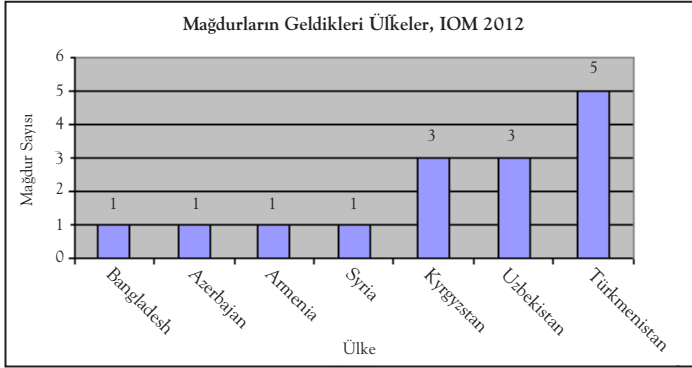


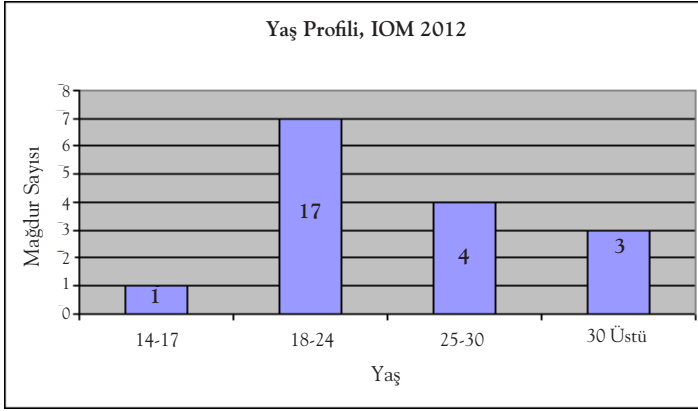
2011 yılında İstanbul ve Ankara illeri insan ticareti mağdurlarının en çok tespit edildiği illerdir. Şehirleşme, endüstri, turizm ve ekonomik gelişmenin en üst düzeyde olduğu bu şehirlerde suç oranının da yüksek olması dikkat çekicidir.



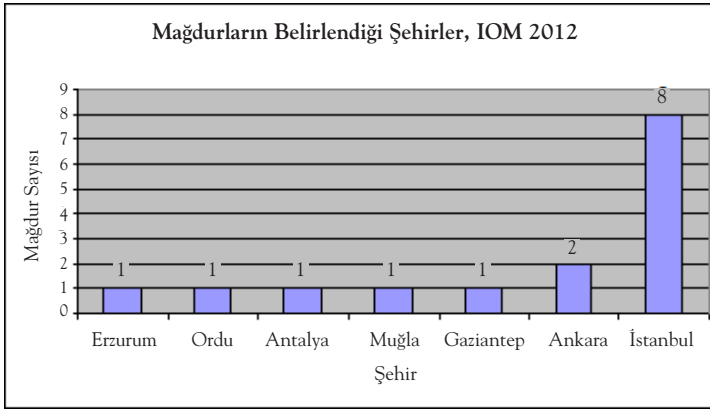
Mağdurlar sıklıkla İstanbul'dan giriş yapmaktadır. 196 ülkeye doğrudan uçuşların olduğu Atatürk Havalimanı'nın İstanbul ilinde olması bu sayıyı yükselten önemli etkidir.

**2012 yılında;** 15 insan ticareti mağduru tespit edilmiştir. Bunların uyruklarına göre dağılımı; Türkmenistan 5, Özbekistan 3, Kırgızistan 3, Suriye 1, Ermenistan 1, Azerbaycan 1, Bangladeş 1 olarak tespit edilmiştir.

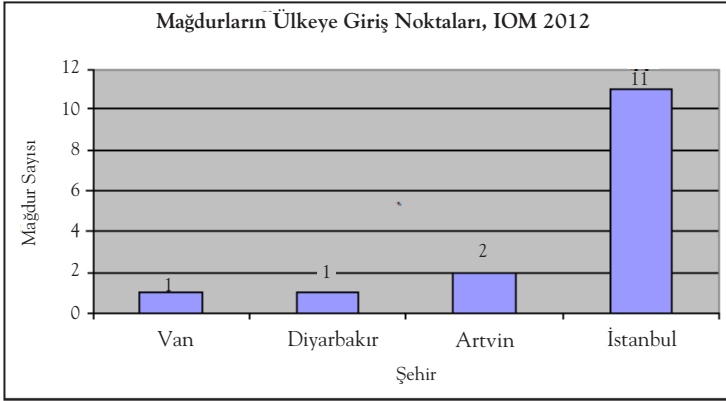




İnsan ticareti mağdurlarının yaş profillerine bakıldığında; büyük çoğunluğunun 18–24 yaş arasında olduğu görülmektedir. Ayrıca 18 yaşından küçük 1 mağdur da dikkat çekicidir.



2012 yılında İstanbul ve Ankara illeri insan ticareti mağdurlarının en çok tespit edildiği illerdir. Şehirleşme, endüstri, turizm ve ekonomik gelişmenin en üst düzeyde olduğu bu şehirlerde suç oranının da yüksek olması dikkat çekicidir.



Mağdurlar sıklıkla İstanbul'dan giriş yapmaktadır. 196 ülkeye doğrudan uçuşların olduğu Atatürk Havalimanı'nın İstanbul ilinde olması bu sayıyı yükselten önemli etkidir.

## 5. DEĞERLENDİRME

İnsan ticareti suçu ile ilgili olarak Türkiye'de her geçen gün mağdur edilen ve yakalanan örgüt elemanlarında artışlar olmaktadır. Bu da, organize bir suç olan insan ticaretinin ülkemizde yaygınlaştığını, ancak kolluk kuvvetlerinin de bu suçla daha etkin mücadele etmeye başladığını göstermektedir.

Gerek zaman dilimi olarak sınırladığımız 2006-2008 yılları ve gerekse de 2012-2013 yıllarına ilişkin mukayese edilen tüm veriler incelendiğinde bütün yıllardaki verilerin tek tek birbirleri ile büyük oranda benzerlik gösterdikleri anlaşılmaktadır.

İnsan ticareti mağdurlarının giriş yaptıkları illerin başında İstanbul gelmektedir. Ancak İzmir, Antalya ve Trabzon gibi illerde yüksek oranlarda tespitler yapılmaktadır. Bu veriler de bize, mağdurların İstanbul'daki suç gruplarınca kaynak ülke suç gruplarının yardımıyla temin edilip kiminin İstanbul'da istismar edildiği bir kısmının da diğer illere servis edildiğini ortaya koymaktadır.

İnsan ticareti mağdurlarının yaş oranlarının oldukça düşüklüğü ile hayat deneyiminden yoksun genç kadınların mağdur edildiği fark edilmiştir. Bu genç insanların "maruz kaldıkları baskı, cebir, şiddet ve cinsel istismarın yol açtığı ruhsal rahatsızlıklara ilişkin sağlıklı veriler bulunmamaktadır."<sup>28</sup>

Ancak bu insanlar diğer yandan da seks işçiliği yaparak toplumda cinsel yolla bulaşan enfeksiyonların yayılım hızını belirleyen en önemli değişkendirler. Seks işçi-

<sup>28</sup> Tsutsumi Atsuro, Izutsu Takashi, Poudyal Amod, Kato Seika, Marui Eiji, "Mental Health of Female Survivor of Human Trafficking in Nepal"2008, Social Science&Medicine 66 1841-1847.

leri ya da zorla satılan kadınlar sık eş değiştirmeleri nedeniyle bir taraftan enfeksiyon riski altındadırlar, diğer taraftan eğer güvenli cinsel ilişki kurallarını uygulamıyorlarsa hastalıkları yayma eğilimindedirler. Bu bağlamda AIDS salgını yönünden henüz başlangıç aşamasında olduğu bilinen ülkemizde, seks işçileri ve insan ticareti mağdurları önemli bir risk grubu olma özelliğini kazanmaktadırlar.

Ülkemizde bir AIDS patlaması yaşanmaması için önleme çalışmaları kapsamında seks işçilerine özel bir yer ayrılması ve seks işçilerinin güvenli cinsel davranış kazanmaları gerekmektedir. Bunun yanında insan ticaretine yönelik kolluk operasyonları sıklaşmalıdır.

Ancak özellikle kayıt dışı fuhşun son yıllarda artması ile kamu sağlığının korunması amacıyla kontrol mekanizmaları sağlıklı bir şekilde işletilememektedir. Çünkü ülkemizde gönüllü olarak ya da insan tacirlerinin eline düşerek zorla seks işçisi konumuna getirilen bayanların tamamı kayıt dışı çalışmakta ve herhangi bir sağlık kontrolüne tabi tutulamamaktadırlar. Bu durum da, insan ticareti ve bulaşıcı hastalıkların özellikle de AIDS vakalarının korelasyonunun ortaya çıkartılmasında en büyük güçlük olarak karşımıza çıkmaktadır. Sadece fuhuş suçuna karışan ve polis operasyonunda yakalanan yabancı uyruklu bayanlar yasa gereği Deri ve Tenasül Hastalıkları Hastanesinde kontrolden geçirilmektedir<sup>29</sup> ki mevcut uygulama kamu sağlığını korumaya hizmet edememektedir. Çünkü bu suçu işlerken yakalanan bayanlar kanuni zorunluluk gereği sınır dışı olmaktadır yani kamu sağlığını tehdit etme boyutundan çıkmaktadırlar.

Bulgularda yer verilen AIDS vakalarının yıllara göre sürekli bir artan ivme izlemesi halk sağlığı açısından ne derece bir tehdit oluşturabileceğini göstermektedir. Seks işçisinin ya da insan ticareti mağdurunun günde 8–10 müşteriye gönderilebildiği<sup>30</sup> düşünüldüğünde, hastalığın yayılma hızının ne kadar çok olacağı fark edilebilir.

İnsan ticareti mağdurlarının sıklıkla büyük şehirlerde tespit edilmesi ve İstanbul dışında Antalya, İzmir, Trabzon ve Tekirdağ gibi illerde de görülmesi cinsel yolla bulaşan hastalıklara özellikle de AIDS hastalığına yakalanan vatandaşımızın sayısının kuluçka döneminin on yıla kadar olabileceği de düşünüldüğünde yakın bir gelecekte sayılan illerde azımsanmayacak oranda artabileceğini göstermektedir.

<sup>29</sup> Genel Kadınlar Ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler Ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü Madde 8.

<sup>30</sup> Sever Hanifi, Arslan Salih, "İnsan Borsası" Adalet Yayınevi, 2008, s.117.

## 6. SONUÇ

İnsan ticareti sadece ülkemizi ilgilendiren bir suç faaliyeti olmayıp uluslararası nitelik taşıyan bir organize suçtur. Bu nedenle insan ticareti ile mücadelede özellikle uluslararası suç örgütlerine ulaşılması ve onların çökertilmesi çok önemli ve öncelikli bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan haklarının korunması, suçla mücadele ve halk sağlığının korunması açısından Türkiye güçlü bir bölge ülkesi olarak üzerine düşeni yapmaya gayret etmektedir.

Ancak kimi zaman etkin çalışmaların yapılamaması ile aydınlatılan vaka sayısının olduğundan çok az seviyelerde kalması sonucu ortaya çıkmakta kimi zaman da gönüllü olarak seks işçiliği yapanların devlet korumasına girmek ve kanuni avantajlarından faydalanmak için insan ticareti mağduru olmamalarına rağmen kendilerini mağdur statüsüne aldirmaya çalışmaları ile suç olduğundan daha fazla gözükmektedir.

Bu bağlamda, bölgedeki kolluk kuvvetleri ile işbirliğinin etkin bir biçimde olması toplumun bu suçlara karşı bilinç düzeylerinin yükseltilmesi, mücadele konusunda sivil toplum kuruluşlarıyla gerekli ve yeterli koordinasyonun sağlanması bu yolla tanık konumundaki mağdurların tespit edilerek, onlara koruma, psikolojik destek ve iyileştirme hizmetlerinin daha etkin verilmesi gerekir.

İnsan Ticareti suçunun gizli yapısı ve profesyonel organizasyonlarca işlenmesi sebebiyle; suç ile ilgili bilgilerin tam olarak ortaya konamaması, inanılabilir ve araştırmalara ışık tutabilecek kesinlikte istatistikî çalışma yapılamaması sonucunu doğurmaktadır. Suç gizli, kurbanlar sessiz, suç grupları acımasız olduğu için ve bu suç ile mücadele eden tüm kurumları kapsayıcı ortak bir çalışma grubu oluşturulamaması, suçun gerçek büyüklüğünün ortaya çıkartılmasını son derece güçleştirmektedir.

## KAYNAKÇA

- Arı Aylan, “Türkiye’de Yabancı İşçiler”, Derin Yayınları Ağustos 2007, Kullanılan veriler kitabın ilgili sayfalarından sentezlenmiştir.
- Bolat Gürbüz, 2005. “Dünya’da ve Türkiye’de İnsan Ticareti” Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi
- Bijak, J. (2006). *Forecasting International Migration: Selected Theories, Models and Methods*. Warsaw: Central European Forum For Migration Research.
- Corrin Chris, 2005. “Transitional Road for Traffic: Analysing Trafficking in Women from and through Central and Eastern Europe” *Europe-Asia Studies* Vol.57 No.4 June 2005 543-560.
- Dış Ticaret Müsteşarlığının resmi internet sitesi <http://www.dtm.gov.tr>
- Genel Kadınlar Ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler Ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü
- IOM Uluslar arası Göç Örgütü Raporu, "Türkiye’de İnsan Ticareti İle Mücadelede Yasa Uygulama İle İlgili Stratejik Bir Yaklaşım", <http://www.countertrafficking.org/tr/default.html>, Ankara, 2006 s.7.
- IOM Uluslar arası Göç Örgütü Raporu, "Türkiye’de İnsan Ticareti İle Mücadelede Yasa Uygulama İle İlgili Stratejik Bir Yaklaşım", <http://www.countertrafficking.org/tr/default.html>, Ankara, 2006 s.7.
- İçli, Tülin G, Sever, Hanifi, Sever, Muhammed, Ökten, Şevket. (2012). Foreign Juvenile Delinquency: The Case of Istanbul, *Advances in Applied Sociology* 2012. Vol.2, No.1, 59-65.
- İçli, Tülin G, Sever, Hanifi, Sever, Muhammed. (2015). A Survey Study on the Profile of Human Smugglers in Turkey, *Advances in Applied Sociology*, (5), 1-12
- İstanbul Yabancılar Şube Müdürlüğünden temin edilen yayımlanmamış veriler.
- Jones Loring, Engstrom W. David, Hilliard Tricia, Diaz Mariel, "Globalization and Human Trafficking" *Journel of Sociology & Social Welfare*, June 2007, Vol. 34, N.2
- Kelly Liz, Regan Linda, (2000), “Stopping Traffic: Exploring the Extent of and Responses to Trafficking in Women for Exploitation in the UK”, *Police Research Series, Paper 125*, London. <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/prgpdfs/fprs125.pdf>, s.4
- Massey, D.S., Arango, J., Hugo, G., Kouaouci, A., Pellegrino, A., ve Taylor, E.J. (1993). “Theories of International Migration: Review and Appraisal”, *Population and Development Review*, 19(3): 54-77.
- Rodriguez Leopoldo, Lisaniler Fatma Güven, Uğural Sevin, “Migrant sex workers and state regulation in North Cyprus” *Women’s Studies International Forum* 28 (2005) 79-91.
- Sağlık Bakanlığı’nın resmi internet sitesi <http://www.saglik.gov.tr>
- Sever Hanifi, Arslan Salih, “İnsan Borsası” *Adalet Yayınevi*, 2008, s.2.
- Sever, Hanifi. (2009). *Yasadışı Göçmenlerin Profili: İstanbul İli Örneği*. Polis Akademisi Başkanlığı, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Suç Araştırmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi
- Sever, Hanifi. (2012). *Sosyal Öğrenme Teorileri Işığında Yasadışı Göç ve Etkileri*, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Vol.1, No:32, 51-66.
- Şen Ersan, “Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu” *Vedat Yayıncılık*, İstanbul, 2006, s.246–249
- Taylor, E.J. (1986). “Differential Migration, Networks, Information and Risk., *Research in Human Capital and Development*”, Oded Stark (Der.), *Migration, Human Capital and Development*. Greenwich: JAI Press, ss.67-102.
- Türk Ticaret Kanunu



Tsutsumi Atsuro, Izutsu Takashi, Poudyal Amod, Kato Seika, Marui Eiji, "Mental Health of Female Survivor of Human Trafficking in Nepal"2008, *Social Science&Medicine* 66 1841–1847.

Türkiye Büyük Millet Meclisi resmi internet sitesi <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4804.html>

Uluslararası Göç Örgütü'nün(IOM) resmi internet sitesi [www.countertrafficking.org](http://www.countertrafficking.org)

Wilpert, C. (1992). "The Use of Social Networks in Turkish Migration to Germany", Mary M. Kritz, Lin Lean Lim ve Hania Zlitznik (Der.), *International Migration Systems: A Global Approach*. Oxford: Clarendon Pres, ss. 123-180.

Yalçın, C. (2004). *Göç Sosyolojisi*. Ankara: Anı Yayıncılık.



# Sieyès Hala Yaşıyor mu?

(Sieyès is Still Alive?)



Ar. Gör. Alper IŞIK\*

*"une loi commune et une eprésentation commune  
voilà ce qui fait une nation"\*\*\*  
Emmanuel Sieyès*

## ÖZET

Fransız Devrimi sürecinde halk sınıfları arasındaki eşitsizlik, Sieyès'in "Qu'est-ce que le Tiers état?" (Üçüncü Sınıf Nedir?) adlı eserinin ana konusunu oluşturmaktadır. Bu eserde Sieyès'in "ortak bir yasa ve ortak bir temsil; işte bir ulusu oluşturanlar" şeklindeki ifadesi, bir ulusu meydana getiren basitçe açıklamaktadır. Bu açıklamadan çıkan sonuç ise, herhangi bir ırk, dil veya kültür bağının yer almadığı bir ulus tanımının yapılabilecek olmasıdır. Ulus tanımının yanı sıra Sieyès, temsili hükümet, kurucu iktidar, ulus iradesi gibi bir çok kavrama ilişkin olarak kendi görüşlerini ortaya koyabilmiştir. Fransız Devrimi ile başladığı kabul edilen ulus-devlet çağı, günümüzde özellikle küreselleşmeyle birlikte çeşitli değişimlere uğramaktadır. Ulus-devlet ve dolayısıyla ulusun da uğradığı bu değişimlere karşın, Sieyès'in "Qu'est-ce que le Tiers état?" eserinde yaptığı tanımlar ulus-devletleri ve ulusu koruyabilmek için bir formül olarak düşünülmesi midir?

**Anahtar Kelimeler:** Sieyès, Tiers état, Ulus, Fransız Devrimi, Temsil

## ABSTRACT

Inequality between the commoners in the process of French Revolution, is the main subject of Sieyès's "Qu'est-ce que le Tiers état?" (What is the Third State?). In this work of Sieyès "a common law and a common representation, that build a nation" as the phrase is simply to describe the elements that make up a nation. A consequence of this explanation, it is possible to describe a nation regardless of race, language or culture. As well as the definition of nation, Sieyès could express his opinions about the definitons of representative government, constituent power and the will of the nation. Nation-state era began with the French Revolution, is undergoing

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Ortak bir yasa ve ortak bir temsil; işte bir ulusu oluşturanlar

several changes today, especially with globalization. Should definitions in "Qu'est-ce que le Tiers état?" by Sieyès be considered as a formula to protect the nation in spite of the nation state and the changes that it has been faced?

**Keywords:** Sieyès, Third Estate, Nation, The French Revolution, Representation

### I. Fransız Devrimi Öncesindeki Süreç

Fransız Devrimi'nin ortaya çıkmasında iki büyük akımdan bahsedebiliriz. Bunlardan ilki, fikri anlamdadır ve burjuvalardan gelmektedir. Burjuvaların talebi, devletin siyasal anlamda yeniden organize edilmesidir<sup>1</sup>. İkincisi ise, eylem alanındadır ve halk kitlelerinden gelmektedir. Köylüler ve şehirlerdeki işçi kesiminden meydana gelen bu kitleler, ekonomik koşullarında acil ve elle tutulur bir iyileştirme istemekteydiler<sup>2</sup>. Bunlara ek olarak ekonomik liberalizmi benimseyen fizyokratların da etkisini hesaba katmak gerekir<sup>3</sup>. Bu fikri alt yapıda en önemli paylar Montesquieu ve Rousseau'ya aittir. Montesquieu ve Rousseau ile birlikte anılması gereken bir diğer isim, Devrim'e son ve belki de en önemli katkıyı yapmış olan Sieyès'tir<sup>4</sup>. Fransız Devrimi'nden önce Fransız toplumunu kabaca üç sosyal sınıfa ayırmak mümkündür. Bunlar; ayrıcalıklı bir konumda bulunan rahipler ve soylular-kısaca birinci ve ikinci sınıf- ve ayrıcalıksız konumda bulunan üçüncü sınıf, yani halktır<sup>5</sup>. Rahipler 130.000, soylular 140.000, halk ise 25.000.000'lük bir nüfusa denk düşmekteydi<sup>6</sup>. Dolayısıyla üçüncü sınıf olarak adlandırılan halk, nüfusun ezici bir çoğunluğuna tekabül etmektedir. Halkın büyük çoğunluğu ise köylülerden oluşmaktadır<sup>7</sup>.

Demografik açıdan köylülerin fazla olduğu ve bu yüzden tarım ekonomisinin hakim olduğu Fransa'da köylüler verdikleri vergilerin fazla olması ve sahip oldukları toprakların az olması dolayısıyla zor koşullar altında yaşamaktaydılar<sup>8</sup>. O dönemlerde sanayi anlamında fazla gelişmese de Fransa işçi sınıfı düşük ücretlerden yana sıkıntı çekiyordu. Bununla birlikte burjuva sınıfı da, ayrıcalıklı sınıf olan aristokraziye bes-

<sup>1</sup> Pierre KROPOTKINE, *La Grande Révolution 1789-1793*, Paris, 1909, s. 1.

<sup>2</sup> KROPOTKINE, s. 1.

<sup>3</sup> Mehmet AKAD/Bihterin VURAL DİNÇKOL/Nihat BULUT, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 157.

<sup>4</sup> Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, İmge Yayınevi, Ankara, 2010, s. 174.

<sup>5</sup> Leo HUBERMAN, *Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla*, Çev: Murat BELGE, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011, s. 165.

<sup>6</sup> HUBERMAN, s. 165.

<sup>7</sup> Hilton L .ROOT, *La Construction de l'État Moderne en Europe La France et l'Angleterre*, Tra: Jacques FAUVE, Presses Universitaire de France, Paris, 1994, s. 12.

<sup>8</sup> AĞAOĞULLARI, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, s. 183.

lediği düşmanlıkla, bir değişimin yanında yer alacağını sezdiriyordu<sup>9</sup>. Bu çatışmanın ana sebebi ise imtiyazlar ve yüksek mevkilere erişimde yaşanan eşitsizliklere ilişkindir<sup>10</sup>. Paris Parlamentosu'nun 3 Mayıs 1788'de yayınladığı bildiri monarşik düzenden yana tavır almakla birlikte yurttaşlara bir takım güvenceler vermektedir<sup>11</sup>. Toplumda baş gösteren bu eşitsizlik sorununa 1778 yılında Fransa'nın, Amerikan kolonilerinin İngiltere'ye karşı bağımsızlık savaşına destek olması da eklenmiştir. İngilizler savaşı kaybetmiştir ama bu durum Fransa'nın hazinesini de olumsuz yönde etkilemiştir. Bu duruma çözüm olarak soylulardan ve din adamlarından da vergi alınması gündeme gelmiştir. Dönemin Maliye bakanı Calonne, bu tasarısında soyluların muhalefeti ile karşılaşmıştır<sup>12</sup>. Böylesine temel bir değişikliği yapmak konusunda *Assemblée des Notables* (Soylular Meclisi) ve *Parlement*'in ayak diremesi üzerine ancak *États Généraux*'nun bu konuda karar alabileceği ortaya çıkmış ve bu amaçla 1614'ten sonra ilk defa olmak üzere 1 Mayıs 1789'da *États Généraux* toplanmıştır<sup>13</sup>.

## II. Fransız Devrimi ve Sieyès

### A. Fransız Devrimi

*États Généraux*'nun 1200 temsilcisi 4 Mayıs 1789'da Saint-Louis Kilisesi'nde toplanmış ve ertesi gün kralın çağrısıyla açılış yapmıştır. Bu oturumda devrimin kaçınılmaz olduğu intibası yaygındır<sup>14</sup>. *Tiers état*'lar 578 kişiyle temsil edilmekteydi ve bu grubun neredeyse tamamı burjuvalardan oluşmaktaydı<sup>15</sup>. Sieyès ise Meclis'te üçüncü sınıfın temsilcisi olarak yer almaktadır<sup>16</sup>. Meclis açılışında kral her türlü siyasal değişimin karşısında olduğunu en baştan açıklamıştır. Kral'a göre yalnızca, ekonomi alanında bir takım radikal olmayan yasal düzenlemelerin yapılması yeterlidir ve sınıfların kaldırılması değil uyum içinde olması önemlidir<sup>17</sup>. Ancak *Tiers état* temsilcileri,

<sup>9</sup> AĞAOĞULLARI, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, s. 184.

<sup>10</sup> Ellen MEIKSINS WOOD, *Özgürlük ve Mülkiyet; Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasal Düşüncesinin Toplumsal Tarihi*, Çev: Oya KÖYMEN, Yordam Kitap, İstanbul, 2012, s. 337.

<sup>11</sup> Mehmet Semih GEMALMAZ, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 284.

<sup>12</sup> Recai Galip OKANDAN, *Umumi Amme Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 272.

<sup>13</sup> AĞAOĞULLARI, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, s. 188; OKANDAN, s. 272; GEMALMAZ, s. 285.

<sup>14</sup> KROPOTKINE, s. 66.

<sup>15</sup> Ancak bu grubun içinde Mirebeau gibi birkaç soylu ve Sieyès gibi birkaç din adamı da mevcuttur. AĞAOĞULLARI, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, s. 207.

<sup>16</sup> Philippe NEMO, *Histoire des Idées Politiques aux Temps Modernes et Contemporains*, Quadrige/PUF, Paris, 2002, s. 462.

<sup>17</sup> KROPOTKINE, s. 67.

ayrı meclisler şeklinde toplanma önerisini reddettikleri gibi oylamaların sınıflara göre yapılmasını da reddederek krallığa karşı mücadeleye başlamıştır<sup>18</sup>. 17 Haziran'da ise kendilerini, Sieyès'in önerisi üzerine, "Ulusal Meclis" olarak ilan etmişlerdir. Bu karar, sınıfların ortadan kalkmasına yönelik olarak atılmış ilk adımdır<sup>19</sup>. Üçüncü sınıf temsilcileri bu kararla aynı zamanda kendilerinin onaylamadığı hiçbir verginin geçerli olmadığını da teyit etmiş oluyordular<sup>20</sup>.

20 Haziran'da ise Kral'ın Meclis'in toplandığı binayı kapatması üzerine üçüncü sınıf temsilcileri *Jeu de Paume* binasında toplanmışlardır. Birinci ve ikinci sınıftan bir çok kişi onlara katılmış ve bu topluluk anayasa hazırlanıp yürürlüğe konana kadar orada kalacaklarına dair yemin etmiştir<sup>21</sup>. Daha sonraki süreçte ise "Ulusal Meclis", "Ulusal Kurucu Meclis" adını alacak ve bir anayasa komisyonu kurulacaktır<sup>22</sup>. Bu gelişmelerin halktaki yansımaları ise çok kısa zamanda gerçekleşmiştir. Kral'ın "Ulusal Meclis"te yaşanan gelişmelerin önüne geçmek için katı aristokratları bakanlıklara atması ve Paris çevresine asker yığması, Paris halkının krala karşı ayaklanmasına yol açmıştır. Nitekim 14 Temmuz 1789'da *sans-culottes* olarak adlandırılan halk kitlesi *Bastille Hapishanesi*'ni işgal etmiş ve yıkmıştır. Bastille baskınıyla birlikte mutlak monarşinin direnişi kırılmıştır<sup>23</sup>. Bu gelişmeler sonucunda kral XVI. Louis yenilgiyi kabul etmiş ve *Tiers état*'nın elinde yeni bir yönetim kurulmuştur<sup>24</sup>. Fransız Devrimi'nin öncesini ve Devrim'e götüren aşamaları kısaca belirttikten sonra Sieyès'in bu sürece katkısına değinmek gerekmektedir.

## B. Sieyès, Tiers État ve Ulus

### 1. Sieyès'in Fransız Devrimi'ne Etkisi

1789 Fransız Devrimi, egemenliği ulusa devretmiştir. Devrimin fikri bakımdan en önde gelen isimlerinden birisi de Emmanuel Sieyès'tir. Öyle ki Touchard'a göre

<sup>18</sup> Fransız Devrimi'nin genel kanının aksine bir burjuva devrimi olmadığını savunan görüş için bkz. Pierre BOURDIEU, *Devlet Üzerine-College de France Dersleri (1989-1992)*, Çev: Aslı SÜMER, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 410.

<sup>19</sup> Augustin, CHALLAMEL/Désiré, LACROIX, *Les Grands Hommes et Grands Faits de la Revolution Française (1789-1804)*, Paris, 1889, s. 17.

<sup>20</sup> AĞAOĞULLARI, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, s. 208.

<sup>21</sup> Pierre-Louis, ROEDERER, *L'esprit de la Révolution de 1789*, Paris, 1831, s. 62.

<sup>22</sup> Gabriel LEPOINTE, *Histoire du Droit Public Français*, Presses Universitaires de France, Paris, 1965, s. 124.

<sup>23</sup> Neil FAULKNER, *Marksist Dünya Tarihi*, Çev: Tuncel ÖNCEL, Yordam Kitap, İstanbul, 2014, s. 172.

<sup>24</sup> AĞAOĞULLARI, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, s. 209.

1789'un ölümsüz ilkelerinin yer aldığı en önemli eserlerden biri, Sieyès'in *Qu'est-ce que le Tiers état?* eseridir<sup>25</sup>. Sieyès'in diğer düşünürlerden en önemli farkı, Devrim döneminin içinde hem fikri üretim hem de fiili girişimlerle Devrim'e destek vermesidir. Sieyès hem yazdıklarıyla hem de "Ulusal Meclis"te oynadığı rolle Fransız Devrimi'nde kuşkusuz büyük bir öneme sahiptir ve "Fransız Ulusal Meclisi'nin gerçek babası"<sup>26</sup> olarak anılır. Bunun yanı sıra Fransız liberal düşüncesinin ilk jenerasyonuna dahildir<sup>27</sup>. Emmanuel Sieyès 1748 yılında bir burjuva ailesinde dünyaya gelir. Din adamlığı mesleğine yönelir ancak bu mesleğin üst mevkileri soylu kökenden gelmeyenlere kapalı olduğu için yükselmez<sup>28</sup>. 1789 yılının Ocak ayında adını duyurmasına sebep olacak "Qu'est-ce que le Tiers état?" (Üçüncü Sınıf Nedir?) isimli eserini *États Généraux* toplanmadan önce yazar. Bu eserinde Sieyès, ilk olarak soru sorarak *Tiers état*'yı tanımlamaya ve amacını belirlemeye çalışır. Kitabın ünlü ilk cümleleri şu şekildedir;

"Üçüncü sınıf nedir?

HER ŞEY

Şimdiye kadar politik düzende neydiler?

HİÇ BİR ŞEY

Ne istiyorlar?

BİR ŞEY OLMAK"<sup>29</sup>

## 2. *Tiers État*

Kitabın ilk bölümü "üçüncü sınıf bütün bir ulustur" başlığını taşımaktadır. Bu bölümde toplumu ayakta tutan çalışmalar belirli bir sınıflandırmaya tabi tutulur ve tüm bu faaliyetleri yapanın üçüncü sınıf yani *Tiers état* olduğu belirtilir<sup>30</sup>. Sieyès, kural olarak, *Tiers état*'yı yalnızca burjuvayla sınırlı olarak tanımlamamış, bütün nüfusu bu kavrama dahil etmiştir<sup>31</sup>. Dolayısıyla siyasi konumların yerine üretime dayalı olarak

<sup>25</sup> Jean TOUCHARD, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Çev: İsmail YERGUZ, Işık Yayınları, İstanbul, 2015, s. 468.

<sup>26</sup> Jean-François SIRINELLI (Ed.), *Dictionnaire de l'Histoire de France*, Éditions Larousse, Paris, 2006, s. 279.

<sup>27</sup> Philippe NEMO, *Les Idéologues et Le Libéralisme*, içinde, Philippe NEMO-Jean PETITOT (Ed.), *Histoire du Libéralisme en Europe*, Quadrige/PUF, Paris, 2006, s. 326.

<sup>28</sup> AĞAOĞULLARI, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, s. 189.

<sup>29</sup> Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état?*, Éditions du Boucher, Paris, 2002, s. 1.

<sup>30</sup> SIEYÈS, s. 3.

<sup>31</sup> Marcel PRÉLOT/Georges LESCUYER, *Histoire des Idées Politiques*, Éditions Dalloz, Paris, 1994, s. 327.

tanımlanan sınıflar gündeme gelmiştir. Sınıfların toplumsal iş bölümünden ziyade siyasal bir anlam taşımaları ise Fransız Devrimi sürecinde ortaya çıkmıştır<sup>32</sup>. Üçüncü sınıfın toplumun temeli olduğu ancak buna rağmen hala ayrıcalıklı sınıfın mevcut olmasının üçüncü sınıfa engel teşkil ettiği, Sieyès tarafından vurgulanmıştır. Şu haliyle üçüncü sınıf, her şeydir ama baskı ve engel altındadır<sup>33</sup>.

Üçüncü sınıf, ulusal zenginliğinin tamamını tek başına üretmektedir, bu yüzden de siyasal anlamda meşru olarak kabul edilmelidir, soylular ise aynı sebepten dolayı bu meşruiyet kapsamına girmemelidir<sup>34</sup>. Sieyès, birinci bölümün son kısmını ayrıcalıklı sınıfın eleştirisine ayırmıştır. Bu bölümde yer alan ifadeler soyluların ulus kavramının içinde neden yer alamayacağına odaklanmaktadır. Kısaca belirtmek gerekirse soylular toplum işlerine yabancıdır<sup>35</sup>. Ancak unutmamak gerekir ki Fransız Devrimi'nin hazırlayıcı koşulları arasında soyluların, ülkenin mali durumunun bozuk olmasından kaynaklanan memnuniyetsizlikleri de vardır<sup>36</sup>. Dolayısıyla, Sieyès'in düşüncesinin aksine, soylu ve ruhban sınıfının çıkarlarının, üçüncü sınıfın çıkarlarıyla uyduğu noktalar da olabilmektedir.

Sieyès, üçüncü sınıf ve diğerleri arasındaki nitelik farkını belirttiikten sonra bir kötü yönetilen devlet tanımı yapar. Buna göre; en kötü yönetilen devlet, bir sınıfın tembelliği onur sayarak, üretilmesine katkıda bulunmadıkları üründe pay sahibi olduğu devlettir. Çünkü böyle bir sınıf, tembelliği sayesinde ulusa yabancıdır<sup>37</sup>.

### 3. Ulus ve Siyasal Toplumun Oluşumu

Ulusa yabancı olan ayrıcalıklı sınıfı bu şekilde tasvir eden Sieyès, bu değerlendirmenin ardından da bir ulus tanımı yapar. Bu tanıma göre ulus; "*ortak bir yasa altında yaşayarak birbirine bağlı ve aynı yasama organıyla temsil edilen topluluktur*"<sup>38</sup>. Sieyès'in bu tanımının özgün olduğu nokta ise ulus kavramını herhangi bir başka unsurla özdeşleştirmiyor oluşudur. Touchard'a göre ise Sieyès, bu cümlesiyle kanunun önemini iki kez vurgulamaktadır. Çünkü bakış açısı tamamen hukuksal bir çerçeveye oturmaktadır. Diğer unsurlarla birlikte ele alındığında Sieyès'in ulus anlayışı; *rasyonalist, yarırcı, bi-*

<sup>32</sup> Michel BLAY (Ed.), *Grand Dictionnaire de la Philosophie*, Éditions Larousse, Paris, 2003, s. 155.

<sup>33</sup> SIEYÈS, s. 4.

<sup>34</sup> Pierre-Yves QUIVIGER, *Sieyès et l'État*, *Tumultes* 2015/1 (n° 44), s. 28.

<sup>35</sup> SIEYÈS, s. 4.

<sup>36</sup> Murray BOOKCHIN, *Köylü İsyanlarından Fransız Devrimine*, Çev: Sezgin ATA, Dipnot Yayınları, Ankara, 2012, s. 341.

<sup>37</sup> SIEYÈS, s. 5.

<sup>38</sup> SIEYÈS, s. 5, 9.



reycidir ve kesinlikle hukuka dayanmaktadır<sup>39</sup>. Bununla birlikte Sieyès, ulusun varlığı için bir pozitif oluşum beklemenin gereksiz olduğunu savunmaktadır. Ona göre ulusun varlığı için pozitif bir oluşum beklemek gerekseydi, ulus asla varolmazdı; dahası ulus, ulus olmamaya da karar veremez<sup>40</sup>.

Sieyès'ten önce ulus üzerine ortaya atılan görüşlerin sonucunda Fransız ve Alman anlayışları belirgin farklılıklarla meydana çıkmıştır<sup>41</sup>. Fransa'da ulus kavramı İngiltere'yle girilen Yüz Yıl Savaşlarından sonra doğmuş, devamında ise monarşinin egemenliği altında bu düşünce gelişmiştir<sup>42</sup>. Öyle ki Fransız Devrimi'nin ardından da ulus, monarşi yıkılmasına rağmen varlığını devam ettirmiştir. Alman anlayışı ulus ise aynı tarihsel koşullara sahip değildir. Fransa'nın uzun yıllar yaklaşık olarak aynı coğrafi sınırlar içinde hüküm sürmesine karşın Almanların ulusal birliğini kurması tarihin daha ileriki evrelerinde gerçekleşmiştir. 19. Yüzyıla dek Orta Avrupa, istikrarlı siyasal birliklerden yoksun kalmıştır. Schnapper'ın ifadesine göre Almanların tarihi bilinçlerinde, kültürel aidiyet, siyasi organizasyondan her zaman ayrılmış bir haldedir<sup>43</sup>. Bu duruma ilişkin olarak belirtilmesi gereken önemli bir nokta ise dile ilişkindir. Benedict Anderson'a göre ulus fikri bir cemaat hayal etmektir. Bu hayalin oluşmasında ise yerel dillerin ortaya çıkması ve devletlerin resmi dilleri olarak kullanılmaları dikkate değerdir. Bu dillerin Latince ile rekabet eden diller haline gelmeleri, Hıristiyanlığın hayal edilmiş cemaatinin aşılmasına sebep olmuştur<sup>44</sup>. Ancak Almanların bu noktada Fransızlardan önemli bir farkı mevcuttur. Almanların gözünde kendi dilleri, Fransızca gibi yalnızca idari açıdan kolaylık sağlayan veya devlet içinde iletişimi sağlamaktan ibaret bir dil değildir. Bunların yanı sıra seçkin bir edebiyat ve evrensel bir anlatım dilidir ayrıca onları Alman yapan yegane unsurdur<sup>45</sup>. Tarihsel açıdan yaşanan bu farklılıklar karşımıza iki model olarak çıkmaktadır. İlkinde ele alınan Fransız modeli, siyasal, bireyci, rasyonalist ve gönüllülük esasına dayalı bir ulus kurgusunu öngörürken; Alman modeli, kökünde bir halk topluluğuna dayanan, aynı soydan gelen,

<sup>39</sup> TOUCHARD, s. 469.

<sup>40</sup> SIEYÈS, s. 53.

<sup>41</sup> Fransız ve Alman anlayışlarını detaylı bir şekilde inceleyip günümüze etkilerini tartışan bir eser için bknz. Rogers BRUBAKER, *Fransa ve Almanya'da Vatandaşlık ve Ulus Ruhü*, Çev: Vahide PEKEL, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009, s. 75-77.

<sup>42</sup> Dominique SCHNAPPER, *La Communauté des Citoyens*, Éditions Gallimard, Paris, 1994, s. 158.

<sup>43</sup> SCHNAPPER, s. 159.

<sup>44</sup> Konu hakkındaki detaylı açıklama için bknz.

Benedict ANDERSON, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, London-New York, 2006, s. 42.

<sup>45</sup> Eric J. HOBSBAWM, *1780'den Günümüze Milletler ve Milliyetçilik: Program, Mit ve Gerçeklik*, Çev: Osman AKINHAY, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2014, s. 127.

aynı kültürü, geçmişi, etnik ulusu paylaşan bir anlayışı öngörmekteydi<sup>46</sup>. İki anlayışı da kısaca açıkladıktan sonra Sieyès'in ulusa ilişkin yaptığı tanımın Fransız anlayışına daha yakın olduğu sonucuna varabiliriz. Bununla birlikte Sieyès'in ulusun nasıl oluştuğuna ilişkin olarak da bir takım tespitleri vardır.

Sieyès, ulusa ilişkin en kapsamlı çıkarımlarını kitabının beşinci bölümünde yapmıştır. İlk adım olarak bir anayasa yapılması gerektiğinden bahseden Sieyès, bu anayasayı kimin, nasıl yapabileceğini tartışırken siyasal toplum, ulus ve ulusal iradeye ilişkin tanımlamalarda bulunmuştur. İlk olarak siyasal toplumu ele almıştır. Siyasal toplumun oluşmasında Sieyès'e göre üç evre vardır. İlk olarak birleşmek isteyen sayıca az ya da çok bağımsız bireyler mevcuttur. Bu durumda bile ulus oluşturmuşlardır, kullanmasalar da tüm haklara sahiplerdir. Bu dönem bireysel iradelerle ifade edilir, birleşmek onların eseridir ve iktidarın kaynağı onlardır<sup>47</sup>. İkinci evrede, ortak iradenin eylemi söz konusudur. Birleşen insanlar birliklerine bir kıvam kazandırmak, amacını gerçekleştirmek isterler. Kamusal işler ve bunların nasıl görüleceği üzerine görüşürler ve karar verirler. Burada iktidar yine kamuya aittir. Topluluğa ortak bir irade gerekir ve irade birliği olmadan, topluluk isteyen ve davranan bir birlik haline gelmez<sup>48</sup>. Üçüncü evrede ise nüfus ve yerleşim alanı genişlemiştir ve ortak irade kolayca uygulanabilir olmaktan çıkmıştır. Bu durumda aralarından güvendikleri kişileri kamu işlerine göz kulak olmaları ve hükmetmeleri için görevlendirirler<sup>49</sup>. Bu evre, vekaletle yürütülen yönetim aşamasıdır.

#### 4. Temsil

Bilindiği üzere siyasal temsil anlamında kullanılan vekalet kavramının emredici vekalet ve temsili vekalet olmak üzere iki türü vardır. Söz konusu kavramlar halk egemenliği ve millet egemenliği teorisinin yansımalarıdır. Halk egemenliği teorisinde halk, yasama yetkisini elinden bırakmamıştır, bu yetkiyi temsilcilerine yön vererek kullanır. Millet egemenliği teorisinde ise temsilciler sadece seçildikleri bölgeyi değil bütün milletin iradesini temsil etmektedirler<sup>50</sup>. Bu yüzden de kendilerini seçen kitleyle doğrudan temasları sınırlıdır. Temsilcilerin sadece kendi seçildikleri bölgeyi değil de bütün bir milleti temsil etmeleri, bugün bizim anayasamızın 80. maddesinde de yerini almış bir ilkedir<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> SCHNAPPER, s. 162.

<sup>47</sup> SIEYÈS, s. 51. "un nombre plus ou moins considerable d'individus isolés qui veulent se réunir".

<sup>48</sup> SIEYÈS, s. 51. "caractérisée par l'action de la volonté commune. Les associés veulent donner de la consistance à leur union".

<sup>49</sup> SIEYÈS, s. 52. "Ils en détachent tout ce qui est nécessaire, pour veiller et pourvoir aux soins publics".

<sup>50</sup> Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 116.

<sup>51</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm> Erişim Tarihi 12.02.2016.

"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler."

Tarihsel süreçte emredici vekaletten temsili vekalet anlayışına doğru bir geçiş söz konusudur. Örneğin İngiltere’de Avam Kamarasının yasama yetkisini ele geçirmeye ilişkin kazanımlarıyla emredici vekaletin yakın bir ilişkisi vardır. Parlamento-nun yasama yetkisini ele geçirmesi, parlamentoda görüşülen konuların kapsamının genişlemesine ve ülkenin genelini ilgilendiren konulara dönüşmesine sebep olmuştur. Bu durum parlamento üyelerinin kendilerini seçen seçmenlerle aralarındaki bağların gevşemesine yol açmıştır. Ayrıca emredici vekalet anlayışında, vekilin mali külfetine de seçmenlerin katlanması, seçmenlerin bu haklarından yavaş yavaş vazgeçmesine yol açmıştır<sup>52</sup>. Fransa açısından bakıldığında ise emredici vekalet anlayışından kopuş, burjuva sınıfının siyasi iktidarı ele geçirmesiyle mümkün olmuştur<sup>53</sup>.

Sieyès’in temsile ilişkin tespitleri de dikkat çekicidir. Sieyès’e göre; topluluk temsille, isteme hakkından vazgeçmiş değildir, sadece uygulamaya ilişkin olarak birilerini görevlendirmiştir. Seçilmişler bu uygulamanın bütününe sahip değildir, onlar tüm güce değil sadece iyi bir düzenin sağlanması için gerekli kısmi bir güce sahiptir. Buna paralel olarak kendilerine verilen yetkinin sınırlarıyla oynamak konusunda da seçilmişlerin yetkisi yoktur<sup>54</sup>. Sarıca, seçilmişlerin yapacakları faaliyetlerin sınırlarının anayasayla çizilmesini, seçilmişlerin seçmenlerin talimatlarıyla değil anayasayla bağlı olmaları şeklinde yorumlamaktadır. Bu durumda ise Sieyès’in savunduğu, emredici vekaletin ortadan kalkmasıdır<sup>55</sup>. Ancak Sieyès, seçmenlerin belli kişileri görevlendirmekle, isteme haklarından vazgeçmediğini belirtmiştir<sup>56</sup>.

Görüldüğü gibi Sieyès, seçilmişleri sınırlı bir kapsamda değerlendirir. Seçilmişlerin pozisyonu kurulu iktidar gibidir. Çünkü seçilmişler, anayasal hükümler sayesinde vardılar ve onlarla bağlıdılar. Ulus ise her şeyden önce vardır, iradesi her zaman yasaldir ve yasanın kendisi ulustur, onun önünde sadece doğal hukuk vardır<sup>57</sup>. Ulusun doğal hukuk dışında hiçbir kuralla bağlı olmamasının sebebini ise Hannah

<sup>52</sup> İngiltere’de emredici vekalet anlayışından vazgeçilmesinin sebepleri konusunda detaylı bilgi için bkzn. **Murat SARICA**, *Fransa ve İngiltere’de Emredici Vekaletten Yeni Temsil Anlayışına Geçiş*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969, s. 56.

<sup>53</sup> Fransa’da emredici vekalet anlayışından vazgeçilmesinin sebepleri konusunda detaylı bilgi için bkzn. **SARICA**, s. 81.

<sup>54</sup> **SIEYÈS**, s. 52.

<sup>55</sup> **SARICA**, s. 113; **Muhammet Emin RUHİ**, *1789 Fransız Devrimi’nden İki Portre: Sieyès ve Robespierre*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 144.

<sup>56</sup> Sieyès daha sonraki dönemde doğrudan demokrasi düşüncesine karşı olan tavrını daha da ileri götürecektir. Bu konuda kullandığı argümanlardan en dikkat çekicisi ise posta örneği olarak adlandırılan örnektir. “Rousseau’nun istediği şekilde, bir mektubu kendi kendimize Bordeaux’ya götürsek daha fazla mı özgür olurduk? Posta teşkilatına güvenmek sizi can sıkıcı bir angaryadan ve büyük miktarda bir masraftan kurtarır”. **PRÉLOT/LESCUYER**, s. 329.

<sup>57</sup> **SIEYÈS**, s. 53. “La nation existe avant tout, elle est l’origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d’elle il n’y a que le droit naturel”.

Arendt'in Fransız ve Amerikan Devrimleri arasında yaptığı kıyaslamada bulmak mümkündür. Arendt, Amerikan ve Fransız Devrimleri arasındaki en önemli farkın devraldıkları siyasal miraslarda bulunduğunu belirtmektedir. Buna göre, Amerikan Devrimi, İngiltere'den sınırlı bir monarşiyi devralmıştır. Fransız Devrimi ise mutlakiyetçi bir rejimin devamı olmuştur. Dolayısıyla hükümdar ne denli mutlakiyetçi ise onu deviren ve yerine geçen siyasi irade de o denli mutlakiyetçi bir biçimde örgütlenecektir. Bu durumda Sieyès'in yaptığı da hükümdarın yerine ulusu koymaktan başka bir şey değildir<sup>58</sup>. Ulus kurucu iktidarın kendisidir, anayasa onun eseridir ve ulusun tek sınırı doğal hukuktur. Anayasayı yapan irade ulus iradesidir ve ulusun yetki verdiği kişiler için koyduğu formalitelerle ve anayasayla bağlı olduğunu düşünmemek gerekir. Sieyès'in bu tespitleri 1789 *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi*'nin 3. maddesinde yer alacaktır<sup>59</sup>.

### 5. Kurucu İktidar ve Olağanüstü Hal

Sieyès'in ulusun oluşumuna ve her türlü kayıtlamadan, doğal hukuk hariç, bağımsız olduğuna ilişkin açıklamaları kurucu iktidar ve olağanüstü hal durumlarına ilişkin tespitlerle devam eder. Sieyès'in açıklamalarına geçmeden önce kurucu iktidar ve olağanüstü hal kavramlarının günümüzdeki anlamlarına değinmek yerinde olacaktır. Kurucu iktidar, doktrinde ikili bir ayrımla ele alınmaktadır: Asli kurucu iktidar ve tali kurucu iktidar. Asli kurucu iktidar, önceden konmuş hiçbir hukuk kuralı ile bağlı olmadan devleti kuran, bir başka deyişle bir anayasayı ilk elden oluşturan iktidardır<sup>60</sup>. Tali kurucu iktidar ise yürürlükte olan bir anayasayı, anayasada öngörülen usuller çerçevesinde değiştirme yetkisine sahip olan iktidardır<sup>61</sup>. Arendt'e göre ise Sieyès, bu ayrımla ulusu *değişmez bir doğa haline yerleştirmiştir*<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Hannah ARENDT, *Devrim Üzerine*, İletişim Yayınları, Çev: Onur Eylül KARA, İstanbul, 2012, s. 206-207.

<sup>59</sup> "Egemenliğin özü esas olarak ulustadır. Hiçbir organ, hiçbir fert, açıkça ulustan kaynaklanmayan bir iktidarı kullanamaz". RUHİ, s. 124.

<sup>60</sup> Kurucu iktidar konusunda detaylı açıklamalar için bkz. TEZİÇ, s. 178; Louis FAVOREU/Patrick GAÏA/Richard GHEVONTIAN/Jean-Louis MESTRE/Otto PFERSMANN/André ROUX/Guy SCOFFONI, *Droit Constitutionnel*, Éditions Dalloz, Paris, 2007, s. 98; Maurice HAURIUO, *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1930, s. 79; Marie-Anne COHENDET, *Droit Constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2007, s. 349; İbrahim Ö. KABOĞLU, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 22; Pierre PACTET, *Institutions Politiques Droit Constitutionnel*, Masson, Paris, 1994, s. 71.

<sup>61</sup> TEZİÇ, s. 191; FAVOREU/GAÏA/GHEVONTIAN/MESTRE/PFERSMANN/ROUX/SCOFFONI, s. 98; COHENDET, s. 349; KABOĞLU, s. 28; PACTET, s. 75.

<sup>62</sup> ARENDT, s. 216.

Sieyès bu bağlamda ortaya bir soru atmaktadır. Bu soru, ulusun nerede olduğudur. Sieyès bu soruya, “*tüm ülkeyi, tüm yaşayanları ve kamusal şeylere bağlı olanları kucaklayan kırk bin kilise çevresinde*” şeklinde cevap verir ve ulusun anayasa yapma konusunda her zaman yetki sahibi olduğunu vurgular<sup>63</sup>. Dolayısıyla asli kurucu iktidar Sieyès’e göre ulusun kendisidir. Bu bağlamda, anayasaya göre kurulmuş bir organ, sadece anayasaya göre karar alabilir ve kendisine başka bir anayasa veremez<sup>64</sup>. Bu tespitten çıkan sonuç, tali kurucu iktidarın da ulusun kendisi olduğudur. Çünkü ulusun temsilcileri kendisine çizilen sınırlar dışında hareket edemez ve bu sınırları değiştiremez. Sieyès’in kurucu ve kurulu iktidara ilişkin bu tespitleri *1836 Meksika Anayasasında* dahi kendine yer bulmuştur<sup>65</sup>. Sieyès, söz konusu tespitleriyle, seçilmişlerin sadece kurulu iktidara sahip olduklarını kayıt altına almaktadır. Peki anayasal değişiklikleri sadece ulus yapabilecekse ulus bu görevi nasıl kullanacaktır? Sieyès beşinci bölümde ulusu kimin harekete geçireceği sorusuna cevap aramaktadır. Kuşkusuz burada, çağırmanın görevi sadece ulusa toplanması gerektiğini bildirmektir. Çağırma terimi iki hususu kapsamaktadır; ulusun ihtiyacın ortaya çıktığı görüşünün verilmesi ve buluşulacak ortak bir randevu yerinin gösterilmesi. Sieyès’e göre bu görev, kamu selametini düşünen her yurttaşın görevidir<sup>66</sup>.

Ulusun anayasal sorunlar için toplanması yine temsil ile mümkün olacaktır. Ancak bu durum olağanüstü bir duruma işaret edeceği için temsilcilerin yetkileri genişleyecektir. Olağanüstü durum kavramı ise egemenlik kavramıyla sahip olduğu yakın ilişki açısından önemlidir. Carl Schmitt’in egemenin belirlenmesine yönelik olarak yaptığı, ünlü tanımına göre; “*egemen, olağanüstü hale karar verir*”<sup>67</sup>. Sieyès’in temsile ilişkin daha önceki tespitleri olağan dönemlere ilişkindir ve idealize edilmiş bir perspektifi yansıtır. Olağanüstü dönemlerde yine temsil söz konusudur. Bu dönemlerde ulus, temsilcilere vermek istediği görevleri verecektir. Büyük bir ulus gerçekte, ortak düzenin dışına çıkıldığında bizzat toplanamayacak ve bazı yetkileri olağanüstü temsilcilere devretmek durumunda kalacaktır. Bu olağanüstü temsilciler, ulusun yerini tutar ve anayasadan bağımsızdır. Anayasadan bağımsız olmaları, yukarıda açıklandığı gibi onları asli kurucu iktidar sahibi olarak görmemizi gerektirir. İktidarı kötüye kullanma ihtimallerine karşı önlem almaya da gerek yoktur. Çünkü söz konusu tem-

<sup>63</sup> SIEYÈS, s. 58.; Sieyès, bu sözlerine paralel olarak, ulusun, anayasaya temas eden uyuşmazlıklarda tek yargıç olduğunu da belirtir. SIEYÈS, s. 71.

<sup>64</sup> SIEYÈS, s. 59.

<sup>65</sup> David PANTOJA MORAN, *Sieyès et La Constitution Mexicaine de 1836*, Tra: Aude MERCIER, Revue Française d’Histoire des Idées Politiques 2011/1 (N° 33), s. 106-107.

<sup>66</sup> SIEYÈS, s. 61.

<sup>67</sup> Carl SCHMITT, *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev: A. Emre ZEYBEKOĞLU, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, s. 13.

silciler sadece belirli bir iş, anayasa hazırlanması, ve belirli bir zaman için görev almışlardır. Böyle bir önlem ulusun yerine tamamen geçtikleri tezini de çürütecektir<sup>68</sup>.

### 6. Soyluların Ayrıcalıklı Durumunun Aşılması

Soyluların, bir takım ayrıcalıklara sahip oldukları açıktır ve bu onları ortak yasanın dışına çıkartır. Siyasi haklar bakımından halkın vekaletini almamışlardır ve genel değil kendi bireysel çıkarlarını düşünürler. Ancak üçüncü sınıf ulusa ait olan her şeyi kucaklar ve bu sınıfa ait olmayan ulusa da ait değildir. Bu yüzden üçüncü sınıf her şeydir. İlk bölümü bu şekilde bitiren Sieyès, ikinci bölümü, yukarıda yer alan sorulardan ikincisinin cevabını aramaya ayırmıştır. Bu bölüm, *Tiers état*'nın yani üçüncü sınıfın şimdiye kadar hiç bir şey olmadığına odaklanmıştır. Sieyès'e göre, üçüncü sınıfın özgür olmadığı durumda ulusun özgür olması da söz konusu değildir. İnsanları ayrıcalıklar değil, herkese ait olan yurttaş hakları özgürleştirir<sup>69</sup>. Dolayısıyla her türlü ayrıcalık üçüncü sınıfın aleyhinedir ortak hukukun karşısındadır ve farklı bir sınıf oluştururlar. Buna paralel olarak Sieyès, üçüncü sınıf ile ulusun aynı şey olduğunu da belirtir.

Kitabın üçüncü bölümü ise “Üçüncü sınıf ne talep ediyor? Bir şey olmak” başlığını taşır ve üçüncü sınıfının taleplerini anlatır. Sieyès bu talepleri üç ana başlık etrafında toplar. İlki, *États Généraux*'da halkın içinden çıkmış gerçek temsilciler tarafından temsil edilmektir. Sieyès ikinci bölümün sonlarında aristokrasinin devlet yönetiminde hüküm sürdüğünü ve bunu halktan yetki almadan yaptığını belirtmektedir. Bölümü bitirirken ise üçüncü sınıfın, *États Généraux*'da şimdiye dek gerçek temsilcileriyle temsil edilmediği için siyasi haklar bakımından sahip olduklarının bir hiç olduğunu söyler<sup>70</sup>. Bu isteğin devamı olarak ortaya attığı ikinci istek ise üçüncü sınıfın diğer iki sınıfla eşit sayıda temsilcisinin bulunmasıdır. Bu istek Krallığın 27 Aralık 1788 tarihli kararnameyi sonucunda kabul edilmiştir<sup>71</sup>. Üçüncü istek ise oyların sınıf değil kişi esasına göre değerlendirilmesidir<sup>72</sup>. Sieyès bu taleplerin amacının ayrıcalıklı sınıfla eşit bir etkiye sahip olmak amacını taşıdığını söylemektedir. Ancak bu üç istek de Sieyès'e göre yeterli değildir. Çünkü şimdiye kadar herkes soylulara karşı belli bir saygı çerçevesinde yetiştirilmiştir. Sieyès'in burada bahsettiği üçüncü sınıf üzerinde kurulan bir psikolojik üstünlük fikrinin, bu talepler kabul edilse bile, eşitliği sağlamayı zorlaştırdığı şeklinde anlaşılmaktadır.

<sup>68</sup> SIEYÈS, s. 57.

<sup>69</sup> SIEYÈS, s. 8.

<sup>70</sup> SIEYÈS, s. 12.

<sup>71</sup> AĞAOĞULLARI, s. 194.

<sup>72</sup> SIEYÈS, s. 14-15.

### 7. Seçme ve Seçilme Hakkı ve Eşit Temsil

Taleplerine yönelik eleştirilere cevap verdiği bölümde Sieyès, seçme ve seçilme hakkının da mutlak olmadığını belirtmiştir. Bu hak tıpkı medeni haklar gibi, yurttaşlığa bağlı olmalıdır. İlk kriter olarak günümüz demokrasilerinde de uygulanan yaş sınırından bahsetmiştir. Yaş sınırının yanı sıra kadın olmak, serseri olmak, dilenci olmak da bu özgürlüğün sınırını oluşturur. Bu kişilerle birlikte yabancılar ve efendilerinin boyunduruğu altındaki kişiler de bu hakkı kullanamazlar<sup>73</sup>. Eşit temsile yönelik eleştirilere de yanıt veren Sieyès, Fransa'nın demografik yapısından kısaca bahseder ve çoğunluğun ezici bir biçimde üçüncü sınıf nüfusundan yana olduğunu söyler. Bu durumda üçüncü sınıf çıkarlarının karşısına ayrıcalıklıların çıkarlarını<sup>74</sup> koymak ise kabul edilemez.

Sieyès'in yanıt verdiği son eleştiri ise üçüncü isteğe yani oyların sınıf değil kişi bazında değerlendirilmesine yönelik olandır. Sieyès, yukarıda da belirtildiği üzere, üç sınıf da çıkarlarının birbirinden farklı olduklarını belirtmişti. Oyların eşit olması da buna ilişkin olarak ortaya atılmıştır. Sınıfların çıkarlarının bu kadar farklı olduğu bir düzende bir sınıfın diğerleri üzerinde veto hakkına sahip olması her şeyi yıkabilecek bir niteliğe sahiptir. Çünkü her sınıfın ayrı ayrı oy vermesi halinde *Tiers état*, birinci ve ikinci sınıflar karşısında üstünlük sağlama olanağından yoksun kalacaktır<sup>75</sup>. Dolayısıyla işe, tüm sınıfları aynı ortak çıkara yönlendirerek başlamak gerekir. Bunun yolu da tüm ayrıcalıkları kaldırmaktan başlar<sup>76</sup>.

### 8. Sosyal Sözleşme ve Devletin Amacı

Gerçek çoğunluğun göz ardı edilmesini yasanın bir hiç hükmünde olmasıyla eş tutan Sieyès'in bu düşüncesi ulus ve devletin oluşumuna ilişkin düşüncelerine de etki etmiştir. Sieyès'in sosyal sözleşmeye ilişkin olarak ortaya attığı görüş, John Locke'un sosyal sözleşmeye ilişkin görüşlerinden güçlü etkiler taşımaktadır<sup>77</sup>. Ulusun diğer ayrıcalıklı sınıflar karşısında haklarını talep etmesi için toplumsal sözleşmeyle bir araya gelmesini savunan Sieyès, bu düşüncesine ilişkin dipnotta toplumsal sözleşmenin ulus

<sup>73</sup> SIEYÈS, s. 18.

<sup>74</sup> Sieyès'e göre çıkar kavramı da üçe ayrılmaktadır. İlki, yurttaşların birbiriyle benzer konumda olduğu, ortak çıkardır. İkincisi, bir bireyin diğerleriyle birleşerek gündeme getirdiği çıkardır, bu çıkar grup çıkarı olarak adlandırılabilir. Üçüncüsü ise bireyin diğerlerinden izole olduğu çıkar, bir başka ifadeyle kişisel çıkardır. Bu üç çıkar arasında sorun yaratan tek çıkar, grup çıkarıdır. Dolayısıyla, temsilciler meclisi grup ruhu oluşturmaya izin vermeyecek şekilde planlanmalıdır. SIEYÈS, s. 74-75.

<sup>75</sup> AĞAOĞULLARI, s. 195.

<sup>76</sup> SIEYÈS, s. 40-41.

<sup>77</sup> Erwan SOMMERER, *Le Contractualisme Révolutionnaire de Sieyès; Formation de la Nation et Prédétermination du Pouvoir Constituant*, Revue Française d'Histoire des Idées Politiques 2011/1 (N° 33), s. 23.

ve hükümet arasında değil, insanlar arasında yapılacağını söyler, çünkü ulus kendi hakimiyetinde olanlarla asla sözleşme yapmaz, onları sadece kendi gücünün kullanımı için görevlendirir<sup>78</sup>.

Kitabının son bölümünde Sieyès, daha önceden söz ettiği bir takım ilkelere ilişkin açıklamalarını detaylandırmaya çalışmaktadır. *Etats Generaux*'nun bir ön sorun olarak üç ayrı sınıfın durumuna ilişkin olarak ulusun vereceği kararı bekleme gerektiğinden bahseder. Dolayısıyla *Tiers état*'nın karşısına iki olasılık çıkacaktır. Bunlardan ilkinde üçüncü sınıf sadece bir sınıf olacaktır, ikinci durumda ise üçüncü sınıf ulustur, genel iradenin yegane temsilcisidir ve *Ulusal Meclis*'i oluşturur. Bu durumda ulus için sadece ulus vardır, sınıflar yoktur. Ulusa ilişkin olarak yaptığı açıklamalara ek olarak Sieyès, ulusun iradesini de tanımlamıştır. Sieyès'e göre ulusun iradesi, bireysel iradelerin sonucudur. Toplumsallaşmanın amacı da ortak güvenlik, ortak özgürlük ve kamusal işlerdir. Dolayısıyla birey, ortak güvenlik şemsiyesi altında kendi projelerine yönelmiştir<sup>79</sup>.

### 9. Eşit Yurttaşlık ve Liberal Devlet

Son olarak Sieyès, yurttaşlar arasındaki eşitliğe ilişkin görüşlerine de eserinde yer vermiştir. John Rawls'un yaptığı tanıma göre, temel hakların belirli bir toplumsal sınıfa mensup olup olmamaya göre tanımlandığı toplum, eşit yurttaşlık anlayışına sahip değildir<sup>80</sup>. Sieyès de bu düşünceye paralel görüşler ileri sürmüştür. Ona göre, yurttaşları farklı kılan avantajlar, yurttaşlık karakterinin dışında kalır. Mülkiyet ve çalışma alandaki farklılıklar ise yaş, cinsiyet, boy ve ırk farklılıkları gibidir. Kuşkusuz Sieyès, bu tespitle birlikte mülkiyet ve çalışmaya ilişkin farkların doğal olduğunu belirtmektedir. Toplum, bireylerden oluşmaktadır, bu bireyler bağımsızdır ancak, tek bir güç tarafından yönetilirler ve aynı yasalara tabidirler<sup>81</sup>. İlerleyen satırlarda Sieyès, yasanın sadece olanı muhafaza edeceğini ve hiçbir şey vermeyeceğini de söyler. Sieyès, yasayı büyük bir küreye benzetir ve yurttaşların onun etrafında, küreye eşit uzaklıkta olduklarını ve eşit yerler işgal ettiklerini düşünür<sup>82</sup>. Sieyès'in bu tasarımı günümüzde eşit yurttaşlık kavramının çerçevesiyle de örtüşmektedir. Bu tespitlerden yola çıkarak, Sieyès'in bireyler arasında pozitif ayrımcılık yapılması yoluyla eşitliğe varılmasına

<sup>78</sup> SIEYÈS, s. 34, s. 47 . "On ne peut pas entendre autrement le contrat social ; il lie les associés entre eux. C' est une idée fautive et dangereuse que de supposer un contrat entre un peuple et son gouvernement. La nation ne contracte point avec ses mandataires, elle commet à l'exercice de ses pouvoirs".

<sup>79</sup> SIEYÈS, s. 73.

<sup>80</sup> John RAWLS, *Siyasal Liberalizm*, Çev: Mehmet Fevzi BİLGİN, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 74.

<sup>81</sup> PRÉLOT/LESCUYER, s. 327.

<sup>82</sup> SIEYÈS, s. 76. "Je me figure la loi au centre d'un globe immense; tous les citoyens sans exception sont à la même distance sur la circonférence et n'y occupent que des places égales".



tarafıta olmadiğı söylenebilir. Çünkü bu tür eŐitsizlikler doğaldır. Dolayısıyla Sieys, kendi döneminin Şartları gereği, öncelik olarak bireyler arasında mutlak eşitliğin sağlanmasına çalıŐmıŐtır. Pozitif ayrımcılık veya devletin zayıf olanın önündeki engelleri kaldırmak amacıyla sosyal alanda pozitif faaliyetlerde bulunmasının, onun siyasal sisteminde yeri yoktur. Sieys'in katıksız bir liberalizmden yana olduğu söylenebilir. Bu yönüyle Sieys, liberal devletin gerçek kurucusu olarak anılmaktadır<sup>83</sup>.

## SONUÇ

Fransız Devrimi'nin altyapısını hazırlayan en önemli düşünür ve eylem adamlarından olan Sieys'in "*Qu'est-ce que le Tiers tat?*" eserinde ortaya attığı kavramlar buğn de etkinliğini korumaktadır. Sieys'in fikirlerinin temeline oturttuğu ulus kavramı, günümüzde dahi olası tanımları bakımından bir tartışma konusudur. Özellikle ulus-devletlerin hakim olduğu günümüz dünyasında ulus kavramı, Sieys'in yaptığı basit tanımın uzağında kalmaktadır. Etnik, dilsel ve dinsel alandaki farklılıkların ulusların bütünlüğünü zedelediği düŐünüldüđü günümüzde, Sieys'in ulus tanımı kulak verilmesi gereken bir tanım olarak ne çıkmaktadır. Bu durum hem devletlerin kalbinde yer alan ulus kavramının daha kapsayıcı olmasına kaynaklık edecek hem de artık küreselleşmeyle birlikte sınırların keskinliğinin aŐındıđı çağımızın gerçeklerine daha uygun düşecektir. Ulus kavramıyla birlikte Sieys'in kayda değer bir başka tespiti ise kurucu-kurulu iktidar ayırımında ortaya çıkmaktadır. Özellikle temsili demokrasinin hakim anlayış haline gelmesi ve sonrasında yürütme erkinin yasama karşısında güçlenmesi, yurttaş iradesinin önem kaybetmesine yol açmıştır. Öyle ki, seçmen niteliğini haiz yurttaş günümüzde neredeyse yalnızca seçim zamanlarında oy kullanan ve bu zamanlar haricinde ortaya bir irade koyamayan yığınlar haline gelmiştir. Sieys ise kurucu iktidarın her zaman ulusun kendisi olduğunu belirtmiştir. Bu durumun bir sonucu olarak seçilmişler yalnızca ulusun belirlediği yetkiyi kullanan kişilerdir. Sieys'in söz konusu tespitleri, günümüz demokrasilerinde seçmen niteliğini haiz yurttaşın kaybolan önemini keşfetmek bakımından da yol göstericidir. Dolayısıyla Sieys'in yarattığı kavramlar ve onlara ilişkin olarak yaptığı tanımlar, günümüze ışık tutmaya devam etmektedir. Kavramları detaylı bir incelemeye tabi tuttuğumuzda ise günümüz dünyasında yaşanan sorunlara çözüm olabileceği ileri sürülebilir.

<sup>83</sup> Ayferi GÖZE, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 220.

## KAYNAKÇA

- AĞAĞULLARI, Mehmet Ali, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, İmge Kitabevi, Ankara, 2010.
- AKAD, Mehmet/ VURAL DİNÇKOL, Bihterin / BULUT, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2015.
- ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, London-New York, 2006.
- ARENDET, Hannah, *Devrim Üzerine*, İletişim Yayınları, Çev: Onur Eylül KARA, İstanbul, 2012.
- BLAY, Michel (Ed.), *Grand Dictionnaire de la Philosophie*, Éditions Larousse, Paris, 2003.
- BOOKCHIN, Murray, *Köylü İsyanlarından Fransız Devrimine*, Çev: Sezgin ATA, Dipnot Yayınları, Ankara, 2012.
- BOURDIEU, Pierre, *Devlet Üzerine-College de France Dersleri (1989-1992)*, Çev: Aslı SÜMER, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.
- BRUBAKER, Rogers, *Fransa ve Almanya'da Vatandaşlık ve Ulus Ruhü*, Çev: Vahide PEKEL, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009.
- CHALLAMEL, Augustin/LACROIX, Désiré, *Les Grands Hommes et Grands Faits de la Revolution Française (1789-1804)*, Paris, 1889.
- COHENDET, Marie-Anne, *Droit Constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2007.
- FAVOREU, Louis/GAÏA, Patrick/GHEVONTIAN, Richard/MESTRE, Jean-Louis/ PFERSMANN, Otto/ROUX, André/SCOFFONI, Guy, *Droit Constitutionnel*, Éditions Dalloz, Paris, 2007.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- HAURIOU, Maurice, *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Libraire du Recueil Sirey, Paris, 1930.
- HOBBSAWM, Eric J., *1780'den Günümüze Milletler ve Milliyetçilik: Program, Mit ve Gerçeklik*, Çev: Osman AKINHAY, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2014.
- HUBERMAN, Leo, *Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla*, İletişim Yayınları, Çev: Murat BELGE, İstanbul, 2011.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- KROPOTKINE, Pierre, *La Grande Révolution 1789-1793*, Paris, 1909.
- LEPOINTE, Gabriel, *Histoire du Droit Public Français*, Presses Universitaires de France, Paris, 1965.
- MEIKSINS WOOD, Ellen, *Özgürlük ve Mülkiyet; Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasal Düşüncesinin Toplumsal Tarihi*, Yordam Kitap, Çev: Oya KÖYMEN, İstanbul, 2012.
- NEMO, Philippe, *Histoire des Idées Politiques aux Temps Modernes et Contemporains*, Quadrige/PUF, Paris, 2002.
- NEMO, Philippe, *Les Idéologues et Le Libéralisme*, içinde, Philippe NEMO-Jean PETITOT (Ed.), *Histoire du Libéralisme en Europe*, Quadrige/PUF, Paris, 2006.
- OKANDAN, Recai Galip, *Umumi Amme Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.
- PACTET, Pierre, *Institutions Politiques Droit Constitutionnel*, Masson, Paris, 1994.
- PANTOJA MORAN, David, *Sieyès et La Constitution Mexicaine de 1836*, Revue Française d'Histoire des Idées Politiques 2011/1 (N° 33), s. 103-116.
- PRÉLOT, Marcel/LESCUYER, Georges, *Histoire des Idées Politiques*, Éditions Dalloz, Paris, 1994.
- QUIVIGER, Pierre-Yves, *Sieyès et l'État*, Tumultes 2015/1 (n° 44), s. 28

- RAWLS, John**, *Siyasal Liberalizm*, Çev: **Mehmet Fevzi BİLGİN**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.
- ROEDERER, Pierre-Louis**, *L'esprit de la Révolution de 1789*, Paris, 1831.
- ROOT, Hilton L.**, *La Construction de l'État Moderne en Europe La France et l'Angleterre*, Tra: **Jacques FAUVE**, Presses Universitaire de France, Paris, 1994.
- RUHİ, Muhammet Emin**, *1789 Fransız Devrimi'nden İki Portre: Sieyès ve Robespierre*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- SARICA, Murat**, *Fransa ve İngiltere'de Emredici Vekaletten Yeni Temsil Anlayışına Geçiş*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969.
- SCHMITT, Carl**, *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev: **A. Emre ZEYBEKOĞLU**, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014.
- SCHNAPPER, Dominique**, *La Communauté des Citoyens*, Éditions Gallimard, Paris, 1994.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph**, *Qu'est-ce que le Tiers état?*, Éditions Boucher, Paris, 2002.
- SIRINELLI, Jean-François (Ed.)**, *Dictionnaire de l'Histoire de France*, Éditions Larousse, Paris, 2006.
- SOMMERER, Erwan**, *Le Contractualisme Révolutionnaire de Sieyès; Formation de la Nation et Prédétermination du Pouvoir Constituant*, Revue Française d'Histoire des Idées Politiques 2011/1 (N° 33), s. 5-25.
- TEZİÇ, Erdoğan**, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- TOUCHARD, Jean**, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Çev: **İsmail YERGUZ**, İslık Yayınları, İstanbul, 2015.



# Thibaut ve Savigny’de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri



Ar. Gör. Gonca KURU\*

“Bir ülke yalnızca bir toprak parçası değil, aynı zamanda bir geçmiş ve bir dildir.”

Juan Goytisolo

## ÖZET

Avrupadan yayılan resepsiyon ve kodifikasyon hareketleri, özellikle onsekizinci yüzyıldan itibaren ülkelerin hukuk gündemini ve hukuk kültürünü meşgul eden önemli konulardır. Bu iki kavramın Alman hukuk hayatında oynadığı rol hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihi açısından yadsınamayacak bir ölçüdedir. Çalışmada resepsiyon ve kodifikasyon kavramlarının, Thibaut ve Savigny’nin hukuki görüşlerindeki yeri incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kodifikasyon, resepsiyon, Thibaut, Savigny, doğal hukuk okulu, tarihçi hukuk okulu.

## ABSTRACT

Movements of reception and codification, which are pervaded from Europe, are significant subjects occupying the countries’ agenda of law and legal culture since the eighteenth century. The role of these two concepts from the points of philosophy of law and sociology of law and legal history is undeniable. This article analyzes the concepts of reception and codification within the legal scopes of Thibaut and Savigny.

**Keywords:** Codification, reception, Thibaut, Savigny, school of natural law, historical school of law.

---

\* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

## GİRİŞ

Tarihçi Hukuk Okulu'nun diğer hukuk felsefesi akımlarına nazaran daha az önemsenen bir okul olduğu, esasen kimsenin onu yadsımadığı ancak ciddiye de almadığı ifade edilmektedir<sup>1</sup>. Bu iddiaya rağmen Alman Tarihçi Hukuk Okulu'nun ve önde gelen temsilcisi Frederich Karl von Savigny'nin Alman hukuk hayatındaki tesiri tartışma götürmeyecek açıklıktadır. Öyle ki, Almanya için yeni bir medeni kanunun hazırlanması ve yürürlüğe konulması çalışmalarının Savigny'nin görüşlerinin etkisiyle onlarca yıl ötelendiği ifade edilmektedir<sup>2</sup>.

1814 yılında Anton Justus Friedrich Thibaut'un "Almanya İçin Genel Bir Medeni Kanunun Gereği Hakkında" çalışmasına karşılık olarak Savigny'nin hazırladığı "Zamanımızın Kanun Koyma ve Hukuk Bilimi Alanındaki Ödevi" başlıklı metin, Almanya'da kodifikasyon hareketi hakkındaki tartışmaları hararetlendirmiştir. Söz konusu tartışmanın net bir biçimde açıklığa kavuşturulması için, arka plandaki siyasi, hukuki ve felsefi koşulların da araştırılması önem arz etmektedir.

Bu çalışmada Alman hukuk hayatında önemli yer tutan ve Savigny ile Thibaut arasındaki kodifikasyon polemikinin özünü oluşturan noktaların aydınlatılması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, kanunlaştırma ve resepsiyon kavramları incelenerek, Doğal Hukuk Okulu'nun ve Tarihçi Hukuk Okulu'nun bahsi geçen düşünürleri nasıl etkilediği ele alınacaktır. Ardından Roma hukukunun Alman hukuk hayatındaki konumuna ayrı bir başlık altında yer verilecek; dönemin politik gelişmelerine de konuyla bağlantısı nispetinde değinilecektir. Son bölümde ise kanunlaştırma ve resepsiyon kavramları, Thibaut ve Savigny'nin hukuki görüşleri ışığında incelenecektir.

## I. KANUNLAŞTIRMA VE RESEPSİYON KAVRAMLARINA GENEL BİR BAKIŞ

### A. Kanunlaştırma Kavramı

Kanunlaştırma kavramı, "herhangi bir hususa müteallik hareket tarzını kanun haline koyma, kanun vaz'etme"<sup>3</sup>, "yazılı olmayan hukuka karşı, yazılı hukukun biçimlendirilmesine ilişkin yöntem"<sup>4</sup>, "dünya hukuklarının pozitif hükümlerle yalınlaştı-

<sup>1</sup> Robert E. Rodes, "On the Historical School of Jurisprudence" (2004). Scholarly Works, Paper 858, [http://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/858](http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/858), (E.T. 09.12.2015), 2004, s. 165.

<sup>2</sup> Nitekim 1896 yılında kabul edilerek Alman İmparatoru tarafından ilân edilen Alman Medeni Kanunu ancak 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>3</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat*, C. I, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 142.

<sup>4</sup> Stone, A., Primer on Codification, 29 Tulane Law Review, 1955, s. 303'den aktaran Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 103.

rılması, sistemleştirilmesi ve sentez haline getirilmesi çabası”<sup>5</sup>, “önceden mevcut ve birbirleriyle bağdaşmayan örf ve âdet kuralları ile geleneklerin yerini almak üzere, toplumsal yaşamın belirli bir bölümünün tekbiçim hukuk kurallarıyla düzenlenmesi”<sup>6</sup>, “bir ülkede dağınık ve yazılı olmayan bir şekilde bulunan hukuk kurallarının birleştirilmesi suretiyle ülkenin tamamında geçerli bir hukuk sisteminin meydana getirilmesi”<sup>7</sup> olarak tanımlanmaktadır.

Hıfzı Veldet Velidedeoğlu “kanunlaştırma”nın batı dillerindeki karşılığının “codification” olduğunu, Latince “codex”ten türetildiğini ve kelimenin “büyük kanun”, “kanunlar mecmuası”, “mecelle” anlamına geldiğini belirterek, kanunlaştırma hareketleri ile amaçlananın medeni kanun, ceza kanunu, ticaret kanunu, usul kanunu gibi genel nitelikteki büyük kanunların yapılması faaliyeti olduğunu ifade etmektedir<sup>8</sup>.

“Kanunlaştırma” için eski hukuk dilimizde “tedvin” kavramının kullanıldığını dikkat çeken Zahit İmre de söz konusu kavramın medeni hukuk, ceza hukuku gibi büyük bir hukuk dalının kurallarının tümünün kanun olarak hazırlanması anlamına geldiğini, ancak küçük kanunların bu kavramın kapsamına girmediğini ifade etmektedir<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Yntema’dan akt. Özsunay, s. 104.

<sup>6</sup> Hirsch’ten akt. Özsunay, s. 103-104.

<sup>7</sup> Jale Akipek, Türk Medeni Hukuku, Ankara 1966, C. I, s. 25’ten aktaran Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 5.

<sup>8</sup> Velidedeoğlu, s. 143. Buna karşılık codex kelimesinin Antik Çağ’da ilk olarak ağaç gövdesi anlamında kullanıldığı, sonrasında ise sırasıyla; tahta levhayı, üzerine yazı yazılan tahta levhaları, üzerine yazı yazılan tahta levhaların birleşimini ifade etmesine karşılık en sonunda kelimenin anlamının tahta ile olan bağlantısının koparılarak dikişle tutturulan parşömen kitap anlamına geldiği de belirtilmiştir. Bkz. Jacques Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle-Essai de definition*-Liege, Les editions de l’institut de sociologie de l’Universite Libre de Bruxelles, 1967, s. 72’den aktaran Barkın Asal, *Yasalastırma: Kodifikasyon Teorisi ve Politikası*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2013, s. 3.

<sup>9</sup> Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, Fakülte Matbaası, İstanbul, 1980, s. 71.

Bir başka tanıma göre kanunlaştırma iki anlama gelmekte; ilkiyle, hukuk kuralı koyulmasındaki özel bir yöntem, ikincisiyle, hukuk kuralı koymanın sonuçları ve bunları içine alan “kanun (code)”lar kastedilmektedir<sup>11</sup>.

Onsekizinci yüzyıldan itibaren müessir olmaya başlayan kanunlaştırma hareketlerinin ortaya çıkmasındaki nedenler incelendiğinde, doğal hukukun, hukuku örf ve âdetlerden arındırarak, akla hizmet eder hale dönüştürmesinin devletler üzerindeki etkisi göze çarpar. Akıl aracılığıyla hukukun daha adil biçimde düzenlenmesi, aynı zamanda romantik bölgecilik düşüncesine bir karşı çıkış olarak da okunabilir. Ayrıca, hukuk kurallarının yazılı hale getirilerek kanunlarda toplanması, ilgili kuralların herkesçe bilinilebilirliğini sağlamasının yanı sıra hukuk güvenliği ve dolayısıyla iktisadi gelişmeler açısından da önem arz etmektedir<sup>12</sup>.

Bu noktada, kodifikasyona yol açan sebepler ile onsekizinci yüzyılın ikinci yarısından sonra hukuk hayatında tesirleri derinden hissedilen bazı ilkeler arasındaki bağa dikkat çekmek yerinde olur. Kanunların sade ve anlaşılır olması, yazılı şekilde herkese açık halde bulunması yani herkesçe bilinebilir olması, bu sayede de hukukun sadece hukuk bilginlerinin tekelinde bulunmasının engellenmesi örnek verilebilir. Ayrıca kanunların mantıklı, birbiriyle uyumlu olmasının hukuki çelişkilerin yaşanmaması adına önemli olduğu ve mahkemelerin, önlerine gelebilecek hukuki sorunları

<sup>10</sup> Hatemi'nin ifade ettiğine göre; “Code veya Almanca Gesetzbuch terimi münferit ve nisbeten kısa metinli bir kanunu değil, Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku gibi alanlarda geniş kapsamlı yasal düzenleme metinlerini ifade eder. Eski hukuk dilimizde bu terimi karşılamak üzere “Kanunname” veya “Mecelle” gibi terimler kullanılmıştır. Mecelle terimi ondokuzuncu yüzyılda İstanbul'da ve özellikle Ahmed Cevdet Paşa'nın gayretleri ile hazırlanan “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye” özel adı gibi kullanılmaya başlandı ve Cumhuriyet Dönemi'nde “kanunname” terimi de unutuldu. Bugün “Kanunname” için de yine “Kanun” terimini kullanılmaktadır”. Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 22. Diderot ve D'Alambert de editörlüğünü yaptıkları *Encyclopedie* isimli eserde, kanun (code) sözcüğünün birbirinden oldukça farklı anlamlara gelecek şekilde kullanıldığını ifade etmişlerdir. Eserde bu kullanımların, Roma hukukunun derlemeleri (the Theodosian Code, the Justinianian Code, the Gregorian Code); Roma kilise hukuku bilimi derlemeleri ve antolojileri (the *canons*) ve diğer kilise kuralları ve ilkeleri (the *Codex canonicum*, the *Codex Gratianus* vb.); eski ve yeni kanunların, düzenlemelerin, bildirilerin, anayasaların vb. tek bir ciltte ya da ciltler halinde tek bir eserde toplanması (the Code Neron, the *Corpus Constitutionum Marchicarum* vs. ); bir memlekette uygulanmakta olan hukukun bir alanına ilişkin olarak kanuni hükümlerin derlemeleri (ceza hukuku, ticaret hukuku, medeni hukuk vb.) ve son olarak da teamül, düzenleme, genel yasal hükümler, ilkeler gibi hukuki konuları karşılayan hukuki sözleşmeler olduğu bilgisine yer verilmiştir. Diderot and D'Alambert 1779, III, 570'den aktaran Domiano Canale, ‘The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe’, Damiano Canale/ Hasso Hofmann/ Paolo Grossi ( Vol. ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, V. 9: *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Springer, Dordrecht-New York, 2009, s. 136.

<sup>11</sup> Özsunay, s. 103.

<sup>12</sup> İmre, s. 72-74; Özsunay, s. 112-113.



çözümüne kavuşturulabilmesi için, kanunların eksiksiz bir biçimde ilgili hükümleri kapsamına ihtiyaç duyulduğu unutulmamalıdır<sup>13</sup>.

Ülkeleri kanunlaştırma hareketi içerisinde yer almaya götüren gayeler de dikkate alınmalıdır. Muhafazakâr amaçla yapılan kanunlaştırma, ülkede dağınık biçimde mevcut olan kuralların bir sistem dâhilinde birleştirilmesi ve bu sayede yürürlükteki hukukun herkesçe bilinebilmesi gayesini taşıırken; devrimci amaçla yapılanla ülkenin toplumsal, ekonomik yapısı ve gereklilikleri neticesinde eskisinden tamamen farklı, yeni hukuk kuralları yaratılmaktadır<sup>14</sup>. Devrimci kanunlaştırmalarda metodolojik bir gayeden ziyade politik amaçlar ön plandadır. Örneğin doğal hukukun tesiriyle gerçekleşen devrimlerle hedeflenen, bütün yurttaşları kapsayacak biçimde eşitlik ve özgürlük temelinde hukuki ve toplumsal düzenlemelerin yapılmasıdır<sup>15</sup>.

### B. Resepsiyon Kavramı

Ülkelerin şu veya bu sebeple ortaya çıkan yeni toplumsal, siyasal, ekonomik ihtiyaçlarını karşılayacak bir hukuk sistemini kendi iç imkânlarıyla yaratması olası ise de, buna imkân vermeyen koşulların içerisinde de olabilirler. Kendi imkânlarıyla bir hukuk sistemini yaratamayan ülkeler, yabancı bir hukuk sistemini kısmen veya tamamen kabul ederek, kanunlarını kendi kanunları olarak yürürlüğe koyabilirler. İşte bu duruma; bir toplumun kanunlarının başka bir toplum tarafından alınmasına resepsiyon denir<sup>16</sup>.

Latince almak, kabul etmek, geri istemek anlamlarına gelen *recipere* fiilinden türetilmiş olan *receptio* çeşitli dillerde *reception*, *réception*, *rezeption* olarak kullanılmaktadır<sup>17</sup>.

Resepsiyon sözcüğü dilimize Fransızca *réception* sözcüğünün karşılığı olarak girmişse de sözcüğünün net bir Türkçe karşılığı yoktur. Kaynaklarda resepsiyon kav-

<sup>13</sup> Canale, s. 137.

<sup>14</sup> Bozkurt, s. 5; Özsunay, s. 104. Belirtmelidir ki hangi amaçla yapılırsa yapılsın kanunlaştırmaya karar verildikten sonra önemli bir husus da kanun yapılırken kullanılacak olan yöntemin saptanması hadisesidir. Bu aşamada kazüistik yöntemin mi soyut yöntemin mi yoksa soyut kazüistik yöntemin mi kullanılacağına kanun yapma tekniği bakımından önem arz ettiği belirtilmelidir. Özsunay, s. 108. Bu yöntemler hakkında bilgi için bkz. Özsunay, s. 108-110; İmre, s. 74-75.

<sup>15</sup> Canale, s. 142.

<sup>16</sup> Bozkurt, s. 5; Coşkun Üçok/ Ahmet Mumcu/ Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Savaş Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2002, s. 264.

<sup>17</sup> Bozkurt, s. 5-6; Ergun Özsunay, "Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Medeni Kanunun Anlamı ve Önemi", Medeni Kanun 50. Yılı Sempozyumu (1. Tebliğler), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuku Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1978, s. 399 (Bundan böyle *Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi* olarak kullanılacaktır).

ramı yerine “iktibas”ın kullanıldığı görülmeğe de, “seçerek almak, tam olarak almak” anlamına gelen bu kavramın, resepsiyonu karşılamadığı belirtilmektedir<sup>18</sup>. Ayrıca, literatürde resepsiyon yerine yabancı hukukun benimsenmesi ifadesine de yer verilmektedir<sup>19</sup>. Cahit Can ise resepsiyon sürecinde alma ve benimsemeden oluşan iki aşama bulunduğundan bahisle, modern resepsiyonları ifade etmek üzere “yabancı hukuk alımı” ifadesinin kullanılmasının uygun olduğu fikrini savunmaktadır<sup>20</sup>.

Kapsamındaki olguların çokluğu ve farklılığı nedeniyle “resepsiyon” yahut “iktibas” veya “benimseme” ile yabancı hukukun benimsenmesi, zorla benimsetilmesi, bir bütün olarak alınması, kısmen alınması; eski bir hukukun yeniden canlanması gibi çeşitli olguların hepsi anlatılmak istenmektedir<sup>21</sup>. Bundan dolayıdır ki konuyla ilgili çalışmalarda aynı sözcük farklı olgulara karşılık gelmek üzere kullanılmaktadır.

“Belirli bir hukuk ikliminde oluşan belirli bir hukuki fenomenin, bir başka hukuk ikliminde bilinçli bir şekilde yürürlüğe konması”<sup>22</sup> veya “farklı uygarlıklar arasındaki kültür alışverişinin hukuk alanındaki özel adı”<sup>23</sup> olarak tanımlanabilen resepsiyonda hukuki aktarımın nasıl gerçekleşeceği önem arz etmektedir ve bununla ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bozkurt, resepsiyonda iradenin oluşum şeklinin, yani bu iradenin baskıyla mı yoksa bilinçli bir istekle mi oluştuğunun önemli olmadığını savunarak, iki farklı hukuk ortamının varlığını gerekli bulmakta ve kendi hukuk ortamında gelişmiş bir hukuk ikliminin bir başkasında yürürlüğe girmesini yeterli görmektedir. Dolayısıyla, istençli ve bilinçli bir şekilde gerçekleştirilenler kadar zorla benimsetilenlerin de resepsiyon kapsamında değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Bozkurt, s. 6.

<sup>19</sup> Örneğin Ergun Özsunay’ın makalesi “Türkiye’de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Medeni Kanunun Anlamı ve Önemi” başlığını taşıırken Gülnihal Bozkurt da resepsiyon kavramını yabancı hukukun benimsenmesi olarak kullanmıştır. Bozkurt, s. 5.

<sup>20</sup> Cahit Can, *Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi*, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2012, s. 37-38 dipnot 47, Can’ın çalışması açısından resepsiyon ve “yabancı hukuk alımı” arasında yaptığı anlam ayrımı için bkz. Can, s. 38.

<sup>21</sup> Can, s. 23. Resepsiyon sözcüğü ile farklı olguların tümünün karşılanmak istenmesine karşılık ilgili eserinde Cahit Can yasama organının iradi kararı doğrultusunda bir bütün halinde gerçekleştirilen “hukuk alımı” ifade etmek üzere “yabancı hukuk alımı”, özellikle eski bir hukukun yeniden canlanması olgusu için ise resepsiyon sözcüğünü kullandığını belirtmiştir. Can, s. 23.

<sup>22</sup> Max Rheinstein, “Types Of Reception”, *Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul*, No: 6, İstanbul, 1956, s. 31. Ancak belirtilmelidir ki, “hukuk iklimi” deyimini ile tek bir durum değil, çeşitli olası durumlar kastedilmektedir. Bu deyim bir ülkede gelişen, örneğin İsviçre, hukuki fenomenin başka bir ülke tarafından benimsenmesini, örneğin Türkiye, ifade etmek üzere kullanılmasının yanı sıra hukuki fenomenin aynı ülkede yeniden benimsenmesini de kapsamaktadır. Buna örnek olarak da İtalya’da Eski Roma İmparatorluğu dönemindeki hukukun, Orta Çağda yeniden benimsenmesi verilebilir. Rheinstein, s. 31-32.

<sup>23</sup> Can, s. 39.

<sup>24</sup> Bozkurt, s. 15-16.

Rheinstein ise belirli bir hukuk düzeninde oluşan hukuki kavram, kurum ya da olgunun veya bunların hepsinin diğer ülke tarafından benimsenmesi durumunun, istekli ve bilinçli bir şekilde yapılması gerektiğini; aksinin yabancı hukukun benimsenmesi değil benimsetilmesi, zorla kabul ettirilmesi (*imposition*) olduğunu savunur<sup>25</sup>. Can da başarıya ulaşmış olsa dahi, zorla benimsetmenin resepsiyon kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatinde<sup>26</sup>.

Ülkeleri, başka ülkelerin hukuk normlarını veya sistemlerini benimsemeye, almaya iten çok çeşitli neden mevcuttur. Bir ülkede gerçekleştirilen resepsiyon çalışmaları, değişme ve modernleşme isteğiyle ya da toplumun temel siyasal, sosyal ve ekonomik yapısının değiştirilmesi gayesiyle gerçekleştirilebilir. Dış baskıların etkisi ve bağımsızlık isteği de etkili olabilmektedir. Örneğin Türkiye ve Japonya resepsiyonlarında modernleşme ve değişme isteği ön plandayken, Osmanlı Devleti'nin özellikle ondokuzuncu yüzyılda gayrimüslim ve müslüman vatandaşlarına eşit biçimde uygulayabileceği genel bir hukuk oluşturma çabalarında dış baskılar, Fransız İhtilâli sonrasında Avrupa'da ve Latin Amerika'da kurulan yeni devletlerde ise bağımsızlık isteği itici bir rol oynamıştır<sup>27</sup>.

Dayanılan gerekçe ne olursa olsun, kanunların hangi ülkeden resepsiyon yoluyla alınacağıın belirlenmesi politik bir karar olduğundan, politikacıların veya resepsiyonu gerçekleştirecek olan hukukçuların eğilimleri bu kararın alınmasında önem arz etmektedir. Tanzimat döneminde Osmanlı Devleti'nde yapılan resepsiyonda Fransa'da eğitim görmüş hukukçuların Fransız mevzuatından etkilenmeleri bu hususa örnek gösterilebilir<sup>28</sup>.

Resepsiyonu farklı yönleriyle sınıflandırmak mümkünse de, değişik görünümelerde ortaya çıkması genelleme yapmayı zorlaştırmaktadır<sup>29</sup>. Bundan dolayı bir ülkede resepsiyon üzerine yapılan çalışmalar incelenirken, sadece yabancı hukukun alınması değil, bu hukuk alımı ve neticesinde ortaya çıkan yeni hukuki düzenlemeler, bunların uygulanmasında karşılaşılan sorunlar, çözümü için başvurulan yollar ile resepsiyonun örf ve âdetlere ne şekilde sirayet ettiği de incelenmelidir<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Rheinstein, s. 33.

<sup>26</sup> Can, s. 39-41.

<sup>27</sup> Bozkurt, s. 8-10.

<sup>28</sup> Bozkurt, s. 12.

<sup>29</sup> Resepsiyonun farklı açılardan gruplara ayrımı hakkında bkz. Bozkurt, s. 14-16; Özsunay, "Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi", s. 401-406.

<sup>30</sup> İmre Zajtay, "Yabancı Hukukun Tüm Olarak İktibas", (Çev. Teoman Akünal), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXVII, S. 1-4, 1971, s. 321-322.

Ülkelerin resepsiyona yönelmelerinde etkin olan sebeplere bağlı olarak resepsiyon hareketleri üç dönemde incelenmektedir. Buna göre, ilk önemli resepsiyon hareketi Orta Çağda, Avrupa'nın çeşitli ülkelerinde Roma hukukunun benimsenmesidir. İtalya'da eğitim alan Alman hukukçular ülkelerine döndükten sonra Roma hukukunun Almanya'da yerleşmesinde etkin rol oynayarak ilk resepsiyon hareketini gerçekleştirmişlerdir. Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Napoléon veya Code Civil) İtalya, Belçika, İspanya gibi çeşitli ülkelerde aynen ya da çok az değişiklikle kabulü ise ikinci dönem resepsiyon hareketi olarak kabul edilir. Üçüncü dönem resepsiyon hareketleri ise çeşitli Batı Avrupa devletlerinin hukuklarının Asya, Afrika ve Latin Amerika ülkeleri tarafından benimsenmesi ile gerçekleşmiştir<sup>31</sup>.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, kimisinde az kimisinde çok olsa da, her hukuk sisteminde yabancı kurumların varlığıdır. Yabancılık unsuru taşımayan bir hukuk sistemi yoktur. Ama resepsiyonu önemli kılan, yabancı bir hukuki düşünce, kurum veya yapının başka bir hukuk iklimine taşınması hadisesidir. Zira resepsiyonla birlikte, yeni düşünce sistemine uymayı gerektiren, bu doğrultuda hukuki ve kültürel değişikliklerin yapılmasına yol açan bir süreç başlatılmış olur<sup>32</sup>.

## II. ROMA HUKUKUNUN ALMANYA TARAFINDAN RESEPSİYONU

Her ne kadar Batı Roma İmparatorluğu'nun resmi yıkılış tarihi M.S. 476 ise de İmparatorluğun yayıldığı topraklarda egemen olan hukuk düzeni ve ilgili kültür mevcudiyetini koruyor; İmparatorluğun yıkılmasının ardından Avrupa'da kurulan krallıklar kendilerini Roma İmparatorluğu'nun kültür ve medeniyet mirasçısı olarak görüyorlardı<sup>33</sup>.

Batı Roma İmparatorluğu'nun çöküşü ile başladığı kabul edilen Orta Çağ süresince, bölgelere ve küçük devletlere ayrılması kesinleşen Almanya'da Cermen örf ve âdet hukuku uygulanmış, bu bölgelerin bazılarında yürürlükte olan hukuk kurallarının kitap olarak toplanmasına çalışılmıştır. Fakat Orta Çağ'dan Yeni Çağ'a geçilirken Roma Cermen İmparatorluğu'nda Roma hukukunun uygulanmaya başlanması, Almanya'da hukukun gelişiminin farklı şekilde seyretmesine yol açmıştır<sup>34</sup>.

Roma hukukunun Almanya'da uygulanmasının arkasındaki nedenler ve bu kabulün nasıl gerçekleştiğine ilişkin çalışmalar incelendiğinde, durumun şu şekilde cereyan ettiği anlaşılmaktadır: İlgili dönemde Almanya'da siyasi ve merkezi birlik

<sup>31</sup> Üçök/Mumcu/Bozkurt, s. 265; Özsunay, "Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi", s. 399-400.

<sup>32</sup> Bozkurt, s. 7.

<sup>33</sup> Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, Yetkin Yayınları, 15. Bası, Ankara, 2012, s. 30.

<sup>34</sup> Üçök/Mumcu/Bozkurt, s. 254.

sağlanamadığı gibi hukuki birlik de sağlanamamıştı. Bundan ötürü hem merkezi gücü temsil eden imparator hem de diğer prenslikler Roma hukukunun kabulüne karşı durmamışlardır. Ayrıca ‘Kutsal Roma-Cermen İmparatoru’ ünvanını taşıyan ve kendilerini eski Roma İmparatorluğu’nun varisi konumunda gören Alman imparatorları da bu hukukun kabulünde bir sakınca görmemişlerdir. Hatta, geliştirilmiş ve dogmatikleştirilmiş Roma kamu hukukunun, kendi hakimiyetlerinin pekiştirilmesinde yararlı olduğu sonucuna bile varmışlardır<sup>35</sup>. Fakat belirtmelidir ki, Almanya’da kabul edilen Roma hukuku Corpus Iuris Civilis’teki hukuk değil, Iustinianus zamanında toplattırılmış olan ve on ikinci yüzyıldan sonra genel olarak Corpus Iuris Civilis adı ile anılan derlemenin İtalyan hukukçuları tarafından, özellikle de sistematik hukuk biliminin kurucuları kabul edilen “kommentatorlar (*postglossatorlar*)<sup>36</sup>”, tarafından düzenlenmiş, geliştirilmiş halidir<sup>37</sup>.

Bu çerçevede İtalya ile Roma hukuku arasındaki bağlantıya da değinmek faydalı olacaktır. Onikinci yüzyıl, İtalyan üniversitelerinde, özellikle Bologna Üniversitesi’nde, onbirinci yüzyılın sonlarında başlayan Roma hukuku ile ilgili araştırma ve çalışmaların meyvelerini verdiği bir asırdır<sup>38</sup>. Bu çalışmalar sebebiyle birçok kişi hukuk eğitimi almak üzere İtalya’ya gitmiştir. Bunda Rönesansın etkisiyle Antik Roma ve Yunan kültürlerine olan ilginin ve merakın canlanması kadar, Almanya’da üniversitelerin henüz kurulmamış olması da etkindir. Nitekim Almanya’da üniversitelerin kurulması için ondördüncü yüzyılın gelmesi gerekmiştir; 1348’de Prag’ta, 1365’te Viyana’da, 1385’te Heidelberg’te, 1388’de Köln’de ilk Alman üniversiteleri açılmıştır<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Coşkun Üçok, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, 1950, s. 312-313; Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 2003, s. 91. Bunun sebebi Kutsal Roma-Cermen İmparatorluğu düşüncesinin siyasal bütünlüğün devamı adına üç ortak manevi temele; Cermen unsuruna, Hristiyanlığa ve Roma kültürüne dayanmasıdır. Bu temellerin siyasal birliğini henüz sağlayamamış olan Alman İmparatorluğunu bir arada tutmaya yarayan en önemli bağ olduğu ifade edilebilir. Çelebican, s. 31.

<sup>36</sup> Postglossatorlar, onüçüncü ve onbeşinci yüzyıllar arasında Roma hukuk bilimine dair araştırmalar yapan hukukçulardır. Kendilerinden önceki glossatorların Corpus Iuris Civilis’i dogma kabul ederek glossa adı verilen notlarla açıklama çalışmalarına karşın postglossatorlar uygulamadan doğan ihtiyaçlara da cevap verecek biçimde Corpus Iuris Civilis’i incelemişler ve örf ve âdet hukukunu da kapsayacak şekilde, yerel hukukları da göz önünde bulundurup yeni ilkelere, kavramlara ve kurumlara ulaşımlardır. Bülent Tahiroğlu/ Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul, 2012, s. 100.

<sup>37</sup> Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München, Berlin, 1947’ den aktaran Üçok, s. 314; Bozkurt, s. 20; Tahiroğlu/ Erdoğan, s. 100.

<sup>38</sup> Çelebican, s. 31-32; Andreas Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, I. Cilt, (Çev. Türkan Rado), Doğan Kardeş Yayınları AŞ Basımevi, İstanbul, 7. Bası, 1965, s. 11-12.

<sup>39</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 255; Stein, s. 89. Bu gelişmeye paralel olarak da 1387’de Heidelberg Üniversitesi’nde, 1460’da Basel Üniversitesi’nde, 1472’de Ingolstadt’da, 1477’de Tübingen

Eğitimlerini İtalya’da almış olan hukukçuların Alman hukuk hayatındaki te-sirlerini mercek altına aldığımızda karşımıza çıkan tabloda hukukçuların, özellikle yargıçların, eğitimini aldıkları Roma hukukunun ulusal halk hukuku olan Cermen hukukuna üstün gelmesinde (yöneticilerin ve Kilise’nin de yardımıyla) önemli rol oynadıkları görülür. Yöneticiler ve hukukçular, tüzükleri ve yönetmelikleri, şehir hu-kuklarını ve noter belgelerini hep Roma hukukundan elde ettikleri bilgiler doğrultu-sunda düzenlemişlerdir. Başlangıçta sadece yerli hukukta uygulanabilecek bir kuralın bulunmaması halinde buna aykırı olmayan Roma hukuku kuralları uygulanmaktadır. Ancak, İtalya’da eğitim almış hukukçu yargıçlar, farklı yerlerde değişiklik gösteren Cermen halk hukukunu iyi bilmedikleri için, bu hukukun boşluklarını doldurmaya çalışmak yerine Roma hukukunu uygulamayı tercih etmişlerdir. Bahsi geçen yargıç-lar, zaman içerisinde halk yargıçlarının mahkemelerin dışında tutulmasında da etkili olmuşlardır. Davalarda örf ve âdet hukukunun uygulanması istemi ise, bu kuralların çoğunlukla yazılı olmadığı ve ispatlanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle yerine getirilmemiştir. Bütün bu gelişmeler Roma hukukunun uygulamadaki rolünü güçlen-dirmiştir<sup>40</sup>.

Alman hukukundaki “Küçük bölgenin hukuku büyük bölgenin hukukun-dan önce gelir.” kuralının terk edilmesinin de Roma hukukunun Almanya’da yer-leşik hale gelmesinde önemli bir rol oynadığı ifade edilebilir<sup>41</sup>. Ancak Roma hu-kukunun Almanya’da yerleşik hale gelmesine yol açan en mühim gelişmelerden biri, Ağustos 1495’te Kral I. Maximilian’ın emirleri doğrultusunda İmparatorluğun en yüksek mahkemesi olan Reichskammergericht’in kurulmasıdır. Düzenlemede Reichskammergericht’te Roma hukukunun uygulanacağı ve yüksek mahkeme üyele-rinin yarısının doktora yapmış Roma hukukuna hakim yargıçlardan oluşacağı hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenleme, Yüksek Mahkeme’nin Roma hukukunu temel alarak karar vermesine; verdikleri kararların Yüksek Mahkeme tarafından bozulması-nı istemeyen alt derece yargıçlarının da hükümlerini Roma hukuku ekseninde kurma-larına sebep olmuştur. Böylece, mahkeme uygulaması aracılığıyla Roma hukukunun Almanya’da yerleştiği ifade edilebilir<sup>42</sup>.

---

Üniversitesi’nde, 1479’da Freiburg Üniversitesi’nde, 1493’te Viyana Üniversitesi’nde ve 1498’de Greifswald Üniversitesi’nde Roma hukuku kürsüleri kurulmuştur. Bu kürsülerde eğitimlerini İtalyan üniversitelerinde almış olan hukukçulara yer verilmesinin sonucu olarak da Roma hukukunun Alman-ya’daki etkisi daha belirgin hale gelmiştir. Charles Sumner Lobingier, “*The Reception of the Roman Law in Germany*”, Michigan Law Review, Vol. 14, No. 7 (May, 1916), s. 562.

<sup>40</sup> Bozkurt, s. 19.

<sup>41</sup> Koschaker’den aktaran Üçok, s. 313-314.

<sup>42</sup> Bozkurt, s. 20; Çelebican, s. 32-33; Stein, s. 91; Frederick C. Beiser, *The German Historicist Tradition*, Oxford University Press, New York, 2011, s. 240-241. Bu noktada Roma hukukunun neden örneğin İngiltere tarafından değil de Almanya tarafından benimsendiğine de kısaca değinmek faydalı olacak-

Bu gelişmeler bir bütün olarak ele alındığında ortaya çıkan tablo, Almanya'da halk içinde yerleşmiş bulunan Cermen hukukunun etkisinin zamanla silinerek yerini Roma hukukuna bıraktığı ve Roma hukukunun da hiçbir engel ile karşılaşmadan Almanya'da uygulanageldiğidir. Fakat belirtilmelidir ki tablonun bu şekilde oluşmasının ardında, söz konusu dönem itibariyle Almanya'nın hukuki birliğini sağlayamamış olması yer almaktadır.

### III. DOĞAL HUKUK OKULU VE FRANSIZ MEDENİ KANUNU'NUN KODİFİKASYON HAREKETİNDEKİ YERİ

#### A. Doğal Hukuk Okulu

Roma hukuku Alman hukuk hayatında kendini kabul ettirmiş ve hiçbir engelle karşılaşmadan uygulanıyor olsa da, onsekizinci yüzyıla gelindiğinde Avrupa'da ve dolayısıyla Almanya'da yeni düşünce akımları kendilerine yer buluyordu. Bununla bağlantılı olarak, din ya da Tanrı merkezli düşünceler ile eski, geleneksel, değişmez kabul edilen düşünceler terk ediliyordu. Köhnemiş inanışların yerini akılla kavranan düşünceler almaktaydı. Dönem, "akılın egemenliği" nin hukukta da önemsendiği bir dönemdir. Bu önemseyişin ardında doğal hukuk akımının aklın, kanunların, örf ve âdet hukukunun üstünde olması gerektiğini savunması önemli rol oynamıştır<sup>43</sup>. "Akılını kendin kullanmak cesareti göster!" sloganı ile anılan aydınlanma dönemi koşullarında filizlenen düşünceler, bütün Avrupa'da etkisini göstermeye başlamıştır<sup>44</sup>.

Doğal hukuk tek bir çağa indirgenemeyecek bir düşünce sistemidir ve tüm zamanlarda kendine yer bulmuştur. Başlarda doğadan, doğanın kendisinden hareket eden doğal hukuk ve onun, herkesin aklını kullanmak suretiyle bulabileceği, her toplumda ve çağda geçerli olan genel, evrensel, değişmez kuralları Orta Çağ boyunca kili-

---

tır. İmre Zajtay'a göre bu konu şu şekilde açıklanabilir: "Roma Hukukunun İngiltere'de benimsenmemiş olması, uygulamacıların kudretli bir meslekî organizasyona (Inns of Courts) sahip olmaları ile açıklanabilir. Pratikten yetişen İngiliz hukukçuları, uygulamanın bir ürünü olan Common Law'ı savunmuşlardır. Bu hukukçular, kendilerinin anlamakta ve uygulamakla zorluk çekecekleri yabancı bir hukukun Common Law'ın yerini almasına karşı kovmuşlardır. Buna karşı Almanya'da ülkenin kendi hukukunu yaratabilecek ve savunabilecek bir hukukçu sınıfının bulunmaması Roma Hukukunun benimsenmesini kolaylaştırmıştır. Alman hukukçuları uygulamadan değil, üniversitelerden yetişmekteydiler. Yönetim ve yargı organlarında uzman olmayan kimselerin yerlerine geçen bu hukukçular, aşına oldukları Roma Hukukuna yöneltiler ve bu hukuku giderek uygulamaya, daha da genel olarak ülkenin hukuk yaşantısına soktular." Zajtay, s. 311.

<sup>43</sup> Ernest Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Baskı, Ankara, 1996, s. 80-84.

<sup>44</sup> Deyişin özgün hali "Sapere aude!"dir ve Horatius'un bir şiirinde geçmektedir. Ancak söz, Alman Aydınlanması ile ilişkili olan 'Doğrunun Dostları Topluluğu' tarafından benimsenmiş olup Immanuel Kant tarafından "Aydınlanma Nedir? Sorusuna Yanıt" (1784) adlı eserde de kullanılmıştır. Immanuel Kant, "Aydınlanma Nedir? Sorusuna Yanıt" (1784), *Seçilmiş Yazılar*, (Çev. Nejat Bozkurt), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 213.

senin öğretilerinin kabul ettirilmesi amacıyla kullanılmışsa da Aydınlanma dönemi ile doğal hukuk akımının seyri değişmiştir<sup>45</sup>.

Doğal hukukun geçirdiği bu değişim, kilisenin hukuk üzerindeki etkinliğinin yıkılarak aklın himayesindeki hukukun gelişmesine; Tanrı'ya bağlı olmayan ve Tanrı'nın dahi değiştiremeyeceği normları içerir bir doğal hukuk düşüncesinin kabulüne yol açmıştır. Aslında kökenleri Yunan ve Roma felsefesine dayanan doğal hukuk, yüzyıllar boyunca çeşitli görünümde Batının hukuk hayatında önemli rol oynamıştır. Doğal hukukun modern versiyonu olarak ele alınabilecek olan onyedinci ve onsekizinci yüzyıllardaki hukukun izlerini Hugo Grotius (1583-1645), Thomas Hobbes (1585-1679), Samuel von Pufendorf (1632-1694) ve Gottfried Wilhelm Leibniz (1648-1726)'de bulabilirsek de doğal hukukun onsekizinci yüzyılda Almanya'daki en önemli ve etkili temsilcisi Christian Wolff (1679-1754)'tur<sup>46</sup>.

Christian Wolff, Roma hukuku ile doğal hukuku birleştirerek, Roma hukuku meselelerinin doğal hukuk kaidelerine göre çözüldüğü bir kitap hazırlamıştır. Onun açtığı yoldan gidenler aracılığıyla da Roma hukuku ile doğal hukuk arasında önemli bir bağın oluşması sağlanmıştır<sup>47</sup>. Nitekim doğal hukuk öğretisi, Almanya'da hukukun sistematik olarak gelişmesine, genel hukuk öğretilerinin ve temel kavramlarının oluşturulmasına ve açıklığa kavuşturulmasına yardım etmiştir<sup>48</sup>.

## B. Fransız İhtilali ve Fransız Medeni Kanunu'nun Kabulü

Aydınlanma düşüncesi ile birlikte tohumları atılan ideolojiler ve bu anlamda üst ideoloji sayılabilecek olan liberalizmin ortaya çıkması ve burjuvazinin hukuki eşitsizlikleri yıkmak için ileri sürdüğü doğal haklar kuramı, Orta Çağ'da savunulduğunun aksine bu dünyada da mutluluğun yakalanabileceğinin bir ilanı olarak 1789'da Fransa'da gerçekleşen ihtilalin sebeplerindedir<sup>49</sup>.

26 Ağustos 1789'da, 1791'de kabul edilen Fransız Anayasası'na sonradan ön-söz olarak eklenen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi kabul edilir. Bildiri incelendiğinde doğal hukuk ilkelerinin yasa maddelerine dönüştüğü görülmektedir. Bir giriş ile onyedinci maddeden meydana gelen Bildiri'nin ilk satırlarından itibaren insana içkin, doğal, devredilemez ve kutsal hakların bulunduğu hususuna önemle yer verilmiştir<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Hirş, s. 75-85.

<sup>46</sup> Schwarz, s. 168; Üçok, s. 316.

<sup>47</sup> Schwarz, s. 168; Üçok, s. 316.

<sup>48</sup> Schwarz, s. 169.

<sup>49</sup> Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, 13. Bası, İstanbul, 2011, s. 238-239.

<sup>50</sup> Göze, s. 582-593; Hirş, s. 84.



Daha iyi ve daha adil bir hukuk için anayasalarda ve kanunlarda hukuki kaidelere yer verilmesi ve bu sayede hukukun içeriğinin rasyonelleşmesi doğal hukuk kuramının kanunlaştırma hareketlerindeki etkisini ortaya koymaktadır.

Söz konusu dönemde Avrupa’da Prusya Devletleri İçin Genel Memleket Kanunu’dan sonra yapılan ikinci kanunlaştırma çalışması, konumuz açısından büyük önem taşıyan ve “Napoléon Kodu (Code Napoléon)”<sup>51</sup> ya da Code Civil olarak adlandırılan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’dur. Kanun, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’ndeki ilkeleri yansıtır olup, eşitlik ve özgürlük ilkelerine dayalı bireyci bir karaktere sahiptir ve soyut metod esasları gözetilerek hazırlanmıştır. Açık, yalın bir anlatıma sahiptir<sup>52</sup>.

Doğal hukuk kuramı, onsekizinci ve ondokuzuncu yüzyıllardaki kanunlaştırma hareketlerinde öncü rol oynamıştır. Bunda doğal hukukun, hukukun içeriğinin kurallara bağlanması için kanunlaştırmaya verdiği önem başat unsurdur<sup>53</sup>. Nitekim, hukukun insan aklının gereklerinden doğduğu kabulüyle geçmiş geleneklerle bağını yadsıyarak, özel hukukun doğal hukuk ilkeleri ışığında yeniden düzenlenmesini savunan doğal hukuk kuramının birçok Alman devletinde özel hukukla ilgili kodifikasyon faaliyetlerine katkıda bulunduğuna işaret edilmelidir<sup>54</sup>.

#### IV. KODİFİKASYON TARTIŞMASI: THIBAUT ve SAVIGNY

##### A. Genel Olarak

Kodifikasyon tartışması olarak da adlandırılan süreç, Ekim 1813’te Napoléon’un Leipzig yenilgisi sonrasında, Almanya’nın yeni bir medeni kanuna mı gereksinim duyduğu veya eskiden olduğu gibi Roma hukuku ve gelenekler toplamıyla mı devam edileceği meselesi etrafında şekillenir.

Ondokuzuncu yüzyılın başlarındaki bu kodifikasyon tartışması, dönemin hukuk kültürü tarihindeki en önemli polemiklerden biri olarak arşivlerdeki yerini almıştır<sup>55</sup>. Uyuşmazlığın bir tarafında Berlin Üniversitesi’nin ilk rektörü olan Friedrich

<sup>51</sup> İlk hazırlandığı dönemde “Code civil des Français” adını taşıyan Fransız Medeni Kanunu’na 1807 tarihli bir kanun ile “Code Napoléon” adı verilmişse de sonraki yıllarda yapılan düzenlemelerle kanunun adının yeniden “Code civil” olması hususu karara bağlanmıştır. Fakat 1852’de bir kez daha “Code Napoléon” adının kullanılmasına başlanmış; 1870’e gelindiğinde ise tekrar orijinal adı kullanılmıştır. Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 118-119.

<sup>52</sup> Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 119-120; İmre, s. 80.

<sup>53</sup> Schwarz, s. 169.

<sup>54</sup> Çelebican, s. 95-96; Schwarz, s. 169.

<sup>55</sup> Paolo Becchi, “German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, The Historicisms, and “Conceptual Jurisprudence”, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, V. 9: A History of the

Karl von Savigny (1779-1861) diğer tarafında ise Kiel ve Jena, ardından Heidelberg Üniversitesi profesörlerinden Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) bulunmaktadır. Savigny eski sistemin devam etmesinin lüzumuna dikkati çekerken, Thibaut yeni bir medeni kanunun hazırlanmasının gerekli olduğunda ısrar etmekte idi. Zaman içerisinde Thibaut ve Savigny arasındaki bu tartışma kamuoyu tarafından da dikkatle takip edilen bir niteliğe bürünmüştür. Anlaşmazlık aynı zamanda kendi yandaşlarını da yaratmaktan geri kalmamıştır; iki tarafın çekişmesinde Gustav Hugo, Barthold Georg Niebuhr ve Grimm kardeşler; Jacob Grimm ve Wilhelm Grimm Savigny'yi desteklerken Anselm von Feuerbach ve Georg Wilhelm Friedrich Hegel Thibaut'un yanında yer almışlardır<sup>56</sup>.

Napoléon'un Leipzig'te almış olduğu yenilginin Almanya'da politik ve uygulamaya yönelik konuların irdelenmesine yol açması, bu tartışmanın başlamasına tesir etmiştir denilebilir. Bu dönemde Rhine Konfederasyonu'nun yıkılmasının ortaya çıkardığı politik boşluk önemli bir hukuki sorunu gündeme getirmiştir. Ortaya çıkan ve cevabı aranan soru, Alman devletlerinde hangi medeni hukukun uygulanacağıdır. Söz konusu süreçte, üç seçenek öne çıkmaktadır: İlki eskiden olduğu gibi Roma, Kanon ve ortak hukukun bir birleşiminden oluşan ve Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'ndan beri Almanya'da tatbik edilen hukuk ile devam edilmesi, ikincisi Code Napoléon olarak bilinen ve dönemin en yeni medeni kanunu olan Fransız Medeni Kanunu'nun medeni hukuktan doğan sorunlara çözüm olması için Almanya'da da uygulanması yani Fransız Medeni Kanunu'nun resepsiyonu veyahut üçüncü bir seçenek olarak tıpkı Fransızların yaptığı gibi ama bu sefer Alman mahsulü olacak olan yeni bir medeni kanun hazırlanmasıdır<sup>57</sup>.

Fransız Medeni Kanunu döneminin en yeni medeni kanunu idi ve bütün medeni hukuku 2281 maddede toplamış olmak gibi bir bütünlüğe, kolaylığa ve açıklığa sahipti. Ancak bu özelliklerine rağmen Almanya tarafından kabul edilmesi için büyük bir engeli de içinde barındırıyordu: O bir Fransız ürünüydü. Fransız Medeni Kanunu'nun Almanya tarafından resepsiyonu yabancı bir hukuk tarafından ele geçirilmekle eş görülüyordu. Bu yaklaşımdan dolayı kabul edilemezdi. Fakat bu, diğer seçeneklerin sorunsuz olduğu anlamına gelmemektedir. Zira, Roma hukukunun anlaşılmasının, uygulanmasının getirdiği güçlükler de aşikâr idi. Ayrıca pek çok hukukçu ve yargıç için Corpus Iuris Civilis'in kısımları ve şerhleri demek olan Roma hukuku modern Almanya'dan ziyade Antik Roma için daha uygundu; çünkü Roma hukuku-

---

*Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Damiano Canale/ Paolo Grossi / Hasso Hofmann (Volume ed.), Springer, Dordrecht-New York, 2009, s. 192.

<sup>56</sup> Beiser, s. 233-234.

<sup>57</sup> Beiser, s. 234.

nun bazı kurallarına, kurumlarına örneğin kölelik kurumuna, modern Almanya’da yer verilemezdi. Son seçenek olan, bütün Alman devletlerinde uygulanacak yeni bir medeni kanunun hazırlanması fikri de Alman devletlerinin bir konu üzerinde anlaşılabilirlerinin o güne değin görülmemiş bir şey olmasından ötürü bir hayal ürünü olarak ele alınmaktaydı. Fakat bu hayalin gerçekleşebileceğine ilişkin Avusturya Medeni Kanunu ve Prusya kodifikasyonları gibi umut verici örnekler de yok değildi<sup>58</sup>. Öyleyse, Almanya da kendi medeni kanununu hazırlayabilirdi. Ayrıca bu salt Almanya’nın kendi hukukuna bir katkı sunma çabası değil, devletin egemenliğine ilişkin de çok mühim bir mesele idi.

### B. Thibaut’un Konu Hakkındaki Görüşü

Almanya’nın kendi medeni kanununu hazırlayabileceğine inananların başında, onlarca yıl medeni hukuk üzerine yaptığı çalışmalar ışığında, Almanya’nın çeşitli bölgelerinde uygulanan farklı hukuklar yerine tüm Almanya’yı kapsayacak yeni bir kanunun, aynı zamanda henüz milli birliğini kurmamış olan Almanya’nın ulusal birliğini kurmasında da önemli bir rol oynayacağı kanısındaki Thibaut geliyordu. Thibaut, Fransız İhtilali’nin de etkisiyle, eskimiş âdet ve görenekler yerine doğal hukukun akli ve genel ilkelerinin temel alındığı yeni bir kanunun hazırlanmasının gerekliliğine olan inancını “Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland (Almanya İçin Genel Bir Medeni Kanunun Gereği Hakkında)” isimli çalışması ile gündeme getirmiştir<sup>59</sup>.

Roma hukukunun sorunlarını gidermenin çok zor olduğunu düşünen Thibaut, bütün bir hayatını Roma hukukuna vakfetmiş bir kimsenin dahi, Roma hukukuna dair tam bir bilgiye sahip olamayacağını vurgulamıştır. Roma hukukunu labirente benzeten ünlü hukukçu, Roma hukukunda uzmanlaşmış hukukçuların dahi Corpus Iuris Civilis’i kısımları hakkında sürekli biçimde tartıştıklarını anımsatmıştır<sup>60</sup>.

Savigny ve Thibaut arasındaki polemige neden olan asıl eser ise August Wilhelm Rehberg tarafından kaleme alınmıştır. 1814’ün başlarında basılan *Ueber den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland* (Code Napoléon ve Almanya’daki Uygulaması) isimli çalışmasında Rehberg bazı Alman bölgelerinde yürürlükte olan Fransız Medeni Kanunu’nun yürürlükten kaldırılarak eskiden var olan duruma geri dönülmesini savunmaktaydı. Napoléon işgalinin neden olduğu duygusal

<sup>58</sup> Beiser, s. 234; İlgili kanunlar hakkında daha fazla bilgi için bkz. Baki Kuru, “1794 Tarihli Prusya Umumi Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-4, ss. 102-139, 1958.

<sup>59</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2007, s. 204.

<sup>60</sup> Beiser, s. 235.

hal ve ulusal gurur, Code Napoléon'a karşı bir tepkinin oluşmasına yol açmıştı. Bu yüzden, Rehberg'e göre Napoléon işgali karşısındaki direnişin ardından gelen zaferin Almanya'da medeni hukukunun düzenlenmesine nasıl tesir edeceği derhal çözülmesi gereken bir sorundu. Rehberg'e göre Fransa'nın hamillliği ortadan kalktığına göre bazı Alman devletlerinde uygulanan Code Napoléon'a veda edilerek eski düzene dönülmesinin vakti gelmişti<sup>61</sup>.

Rehberg'ün kitabı ulusal ve anayasal sorularla, medeni hukukla ilgili tartışmaların fitilini ateşlemiştir. Konuya ilişkin çeşitli görüşler literatürdeki yerlerini almışlarsa da bunlardan en ilgi çekeni Thibaut'un ileri sürdüğü olmuştur. Her ne kadar Thibaut Napoléon işgali sırasında yadsınamayacak değerinden ötürü Fransız Medeni Kanunu'nun Almanya'nın kimi bölgelerindeki yürürlüğünü desteklemişse de kanunun diğer Alman bölgelerini de kapsayacak şekilde uygulanmasına karşı çıkmıştır<sup>62</sup>.

Thibaut çalışmasında yeni bir medeni kanun hazırlamanın Alman otonomisi ve zamanın Alman halkının ihtiyaçlarının karşılanması bakımından ehemmiyetli olduğunu savunmanın yanı sıra; aklın gerektirdiklerine göre hazırlanacak bir kanunun, düzeni sağlayabilecek sistematik bir yapıyla donatıldığında, uyuşmazlığa yol açan konuları etkili ve kolay bir şekilde çözeceğine ilişkin görüşlerine de yer vermiştir. Ona göre aklın öğretmenliğinde hazırlanacak böyle bir kanun, hukuku meslek edinmemiş olanlar tarafından da anlaşılabilir içerikteki ilkeleri barındırmalıdır<sup>63</sup>.

Fransız Medeni Kanunu'nun resepsiyonu ya da yeni bir medeni kanunun hazırlanması mevzunun felsefi olduğu kadar düşünürlerin politik tercihleriyle de ilgili olduğu aşikârdır. Bu sebeple de Alman siyasi tarihine de değinmek gerekmektedir. Thibaut'un koşullarını bu açıdan ele alırsak; Thibaut'un Fransız Medeni Kanunu hakkında bu denli bilgi sahibi olması ve bir dönem onun yürürlüğünü desteklemesi 1806 yılından itibaren Heidelberg Üniversitesi'nde ders vermek üzere Heidelberg'te yaşamaya başlaması ile ilişkilendirilebilir. Heidelberg, 1806'da Rhine Konfederasyonu'nu oluşturan onaltı devletten biri olan Gran Duchy of Baden'e bağlıdır ve Konfederasyon'un kuruluş anlaşması gereği Fransa, Konfederasyon'un koruyucusudur. Bundan ötürü Heidelberg Üniversitesi, Freiburg Üniversitesi ile birlikte Code Napoléon'un Almanya'daki yürürlüğünün yayılması için çalışmalar yapmakla görevlendirilmiştir. Kanun liberal bir ruha sahip olmanın yanı sıra açıklık ve sadelik gibi özellikleri nedeniyle de hukukçular tarafından kolayca kabul edilmiştir. Heidel-

<sup>61</sup> Becchi, s. 193.

<sup>62</sup> Becchi, s. 193.

<sup>63</sup> Beiser, s. 236.

berg'teki bu ortam Thibaut'un Code Napoléon'u değerlendirerek, kendi fikirlerini oluşturması için gerekli zemini hazırlamıştır<sup>64</sup>.

Thibaut'un Alman devletlerinin hukuklarını birleştirecek bir kanunun yapımı için komite oluşturulması önerisinin, 1814'te Napoléon'un ordusunun Rusya'ya yenilmesinin ardından Avrupa'nın ve dolayısıyla Almanya'nın geleceğinin tartışıldığı Viyana Kongresi'nin toplandığı döneme denk gelmesi de tesadüf değildir. Thibaut vatanseverlik duygularının kabarmasıyla ele aldığı yazısında Prusya, Avusturya ve Almanya'nın bazı bölgelerindeki uygulandığı şekliyle Almanya için ortak bir medeni kanunun yapılmasına duyulan ihtiyaca işaret etmiştir<sup>65</sup>. Gerçi Thibaut, Napoléon savaşları sırasında ortaya çıkan ulusal hareketin henüz Almanya'nın siyasal birliğini sağlaması için yeterli olmadığını da farkındadır. Fakat O, Code Napoléon'un özüne ve içeriğine dair etraflıca yürüttüğü incelemeler neticesinde Almanlar tarafından Almanlar için ulusal bir medeni kanunun hazırlanması için doğru anın geldiğine inanmıştır. Zira Thibaut söz konusu ulusal hareketin, ulusal bir kanunun çatısı altında hukuk birliğinin sağlanmasına yetecek bir tesire sahip olduğu görüşündedir; hukuki parçalanmışlığın yerini, yapılacak yeni kanun ile hukuk birliğine bırakmasının vakti gelmiştir<sup>66</sup>.

Thibaut'a göre, yapılacak kanunda tüm pozitif hukuka yer verilmeli, yani o husustaki tüm konular kapsamlı ve eksiksiz bir biçimde düzenlenmelidir; hukukta şeffaflık mutlak bir gereklilik olduğundan dikkatlerden de kaçırılmaması gereken bir husustur. İşte konuya bu yaklaşım Thibaut ve Savigny arasındaki karşıtlığı da görmemize olanak sağlar. Çünkü Thibaut herkes tarafından bilinebilir, akılla kavranılabilir olan hukuka duyduğu özlemi dile getiriyorken, Savigny hukukçular tarafından yaratılmış ve yine ancak onlar tarafından bilinebilir olan bir hukuk sisteminin önemini dile getirmektedir<sup>67</sup>.

Savigny ile Thibaut arasındaki tartışmanın, iddia edildiği gibi devrimci veya muhafazakâr görüşlerin değil, ılımlı bir reformun nasıl gerçekleştirileceğine yönelik iki farklı kavrayışın çatışması olarak okunması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; hem Thibaut hem de Savigny aşırı uçlar olarak sayılabilecek *Fürst* ve *Folk* ile mutlakiyetçilik ve popüler demokrasi arasında güvenli bir liman kabul edilebilecek hukuka bağlı, hukukla yönetilen bir devlet biçiminin, *Rechtsstaat* in savunuculuğunu yapmaktadır. Her ikisinin de amacı ulusal birliğin sağlanması olup, bu birliği bizzat halkın sağlayamayacağına inanmaktadırlar. Bu görev halkı temsil eden elit kesim ta-

<sup>64</sup> Becchi, s. 193-194.

<sup>65</sup> Schwarz, s. 171-172.

<sup>66</sup> Becchi, s. 194.

<sup>67</sup> Becchi, s. 197-199.

rafından yerine getirilmelidir. Thibaut'un önerisinde bu kesim kanunkoyucularken, Savigny'de hukukçulardır<sup>68</sup>.

Bahsi geçtiği üzere, Thibaut'un doğal hukuk ilkelerinden hareketle yeni bir kanun yapılmasını konu alan çalışması Almanya'da çeşitli tepkilerle karşılanmıştır. Büyük tepki, dönemin saygın ve önemli hukukçusu Friedrich Karl von Savigny tarafından "Zamanımızın Kanun Koyma ve Hukuk Bilimi Alanındaki Ödevi (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)" başlıklı eser ile ortaya koyulmuştur. Böylece hiçbir çalışmanın hiçbir ülkenin hukuk tarihinde yaratmadığı etkiyi yaratarak, Almanya'nın kodifikasyon çalışmalarını yarım yüzyıldan daha uzun süre ertelemesine sebep olmuştur<sup>69</sup>.

### C. Savigny'nin Konu Hakkındaki Görüşü

Thibaut'un hâkimlerden ve uygulamacılardan oluşacak bir komitenin yeni bir kanun hazırlamasını öngören teklifine Savigny şiddetli bir biçimde karşı çıkmıştır. Kurulacak komitenin hukuk sistemini bir anda değiştirecek olması, hukukun temelini halkın bilinci olduğuna inanan Savigny'nin hukukun kökeni ve hukukun toplumla ilişkisi hakkındaki temel görüşlerini geliştirmesine yol açmıştır<sup>70</sup>.

Savigny, Gustav Hugo'nun fikirlerini sistemli hale getirerek, Thibaut'un kodifikasyon savunusuna karşı bunlardan yararlanmıştı<sup>71</sup>. Roma hukukuna dair "Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts" adlı çalışması yaşadığı dönemde bile onlarca kez basılan Gustav Hugo (1768-1844), çağının önemli ve tanınan hukukçularındandır<sup>72</sup>. Ona göre pozitif hukuktan başka bir hukuk yoktur; doğal hukuk da

<sup>68</sup> Beiser, s. 237-238.

<sup>69</sup> Julius Stone, *The Province and Function of Law: Law as Logic Justice and Social Control*, Associated General Publications, Sydney: Maitland, 1950 s. 430; Rodes, s. 165.

<sup>70</sup> Stone, s. 430.

<sup>71</sup> Becchi, s. 192; Mathias Reimann, "Nineteenth Century German Legal Science", *Boston College Law Review*, V.31, I. 4, N. 4, s. 852.

<sup>72</sup> Becchi, s. 186. Hugo ardında birçok eser bırakarak hukuk literatürüne katkıda bulunmuştur. *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts* başlıklı kitabı hukuk felsefesi açısından ayrıca önem arz etmektedir. Kitap hukuk felsefesinin Almanya'daki gelişiminin verimli olduğu bir dönemde basılmıştır. Bu öyle bir dönemdir ki, Hugo'nun kitabından sadece bir yıl önce, 1797'de, Kant'ın *Metaphysik der Sitten* (Ahlâk Metafiziği), Fichte'nin *Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (Bilim Öğretisinin İlkeleri Açısından Doğal Hukukun Temelleri) (1796-1797) ve Schelling'in *Neue Deduction des Naturrechts* (Doğal Hukukun Yeni Dedüksiyonu) başlıklı eserleri yayımlanmıştır. Ancak belirtilebilir ki Alman hukukunun hukuk felsefesi açısından bereketli olarak tanımlanan bu dönemde Hugo, doğal hukukun temelini kabul edildiği kadar da sağlam olmadığına inanmaktadır. Becchi, s. 186-187.

pozitif hukuktan bağımsız, tek başına bir sistem niteliğine haiz değildir. Zira doğal hukuk özünde pozitif hukukun felsefesidir<sup>73</sup>.

Hugo'nun "pozitif hukuk felsefesi" ifadesini, hukuk felsefesinin, felsefenin değil pozitif hukukun bir parçası olduğunu göstermek için kullandığı ve böylece hukuku felsefi değerlendirmelerin nesnesi olmaktan kurtarmayı amaçladığı iddia edilmektedir. Bu görüşe göre Hugo, her ne kadar Rechtspositivismus (hukuki pozitivism) ifadesini kullanmıyor olsa da, içerik olarak kastettiği hukuki pozitivismdir. Çünkü Hugo farklı pozitif, ampirik, ulusal hukuk sistemlerine ilaveten doğal, rasyonel, evrensel bir hukukun var olduğuna inanmamaktadır; hukuk, ülkeden ülkeye, zamandan zamana değişen bir yapıda değildir. Bilhassa özel hukuka vurgu yaparak, hukukun pozitif niteliğinden bahseder. Bundan dolayı da Hugo'nun çalışmalarının, Almanya'da doğal hukuktan hukuki pozitivismze geçişe işaret ettiği ileri sürülmektedir<sup>74</sup>.

Hugo için hukukun kökeni, özü öncelikli olarak tarihsel gerçeklikte bulunabilir ve bu gerçeklik evrensel bir geçerliliğe sahip değildir. Farklı hukuk sistemleri farklı halkların somut hukuki tecrübelerine dayanmaktadır<sup>75</sup>.

Hugo'nun ilgilendiği asıl konu hukukun ne olduğu değil, değişik zamanlarda ve yerlerde nasıl bir düzen oluşturduğudur. Doğal hukukçulardan farklı olarak, hukukun ne olması gerektiği yerine, ne olabileceği sorusuna cevap aradığı dile getirilmektedir. Hugo'nun sorusunun önemi, Alman hukuk kültüründe hukukun tarihsel yönüne ilişkin bir ifadenin ilk kez kullanılmış olmasıdır<sup>76</sup>.

Hugo'yla ilgili bu kısa açıklamadan sonra Savigny'nin Almanya için medeni kanun yapılması hakkındaki görüşlerine değinebiliriz. Savigny'nin iddiasına göre; hukuk yalnızca sözlü formülün bağımsız bir derlemesi değil, halkın deneyiminden ve öz yapısından oluşan bütününün de bir parçasıdır. Hukuk zaman içinde halkın genel gelişimini, yapısını, gençliğindeki formlar ve semboller yönünden zenginliğini, soyut düşünce yönünden fakirliğini yansıtmaktadır. Halkların yaşamlarındaki uzmanlaşma ve soyutlaşmanın neticesinde hukukta da uzmanlaşma ve soyutlaşma belirmektedir. Olgunlaşma sürecince dengeler değişmekte, hukuk bu özden yararlanmaya devam etmekte ve bunun neticesinde zenginleşmekte ya da halkla birlikte bozulmaktadır. Böylece halktaki uzmanlaşma ve soyutlaşma hukuka da yansımaktadır.<sup>77</sup> Aslında burada söz konusu olan, hukukun toplumu meydana getiren bireyler tarafından değil, hal-

<sup>73</sup> Becchi, s. 187.

<sup>74</sup> Becchi, s. 187-188.

<sup>75</sup> Becchi, s. 190.

<sup>76</sup> Becchi, s. 188.

<sup>77</sup> Stone, s. 430.

kın ruhundan teşekkül etmekte olduğudur. Bu sayede hukuk saptanırken tıpkı dilin oluşumunda olduğu gibi, devlet zoruyla veyahut yetkili kişilerin rasyonel çabalarıyla değil, zaman içinde bilinçdışı mistik bir usulle oluşmaktadır.<sup>78</sup>

Hukukun evrilerek geliştiği düşüncesindeki Savigny, bu nedenle söz konusu gelişimin aşama aşama gerçekleştiği inancındadır. Buna göre ilk dönemde hukuk gelenek ve ahlâk kurallarına bağlıdır. Kanun koyucunun hukukun oluşumunda etkisi yoktur. Kültürel bir fenomen olarak halkın inançlarının dışavurumu biçiminde tezahür eden hukuk halkın bilincindedir. Sabittir ve yazısızdır. Sonraki aşamada hukukun özü, kaynağı olan örf ve âdet hukukunu hukukçuların işlemesi faaliyeti yer alır. Artık hukuk bilimsel bir forma bürünmüştür ve hukukçular halkın bilincinden doğan hukuka dair çalışmalar yapmaktadır. İşte ancak bu aşamadan sonra, yani hukukun özündeki kültürü yansıtmakla birlikte teknik unsurun geliştiği bu dönemin sonrasında, kodifikasyon yapılabilir. Zamanından önce, hukukun gelişim aşamaları göz ardı edilerek yapılacak bir kanunlaştırma ise örf ve âdet hukukunu arka plana iterek dikkatleri ilgili kanuna çekeceğinden kabul edilemez<sup>79</sup>.

Savigny evrilerek gelişen hukukun iki unsuru bulunduğunu belirtir. Bunlar, hukukun politik ve teknik unsurlarıdır. Politik unsur, hukukun genel halk yaşamıyla bağlılığında karşılık bulurken; teknik unsur, hukukun bilimsel bir hale bürünmesine işaret eder. Bu kurama göre hukuk, dil bakımından pek de düzgün olmayan bir süreçte, daimi olarak gelişmekte; ilk olarak örf-âdet ve halkın inancı, sonrasında ise hukuk bilimi tarafından şekillendirilmektedir. Hukukun ilk şekilleniş biçimi politik yanını; hukukçular tarafından biçimlendirilmesi ise teknik yanını ortaya koymaktadır. Böylece hukukun kanunkoyucunun keyfi iradesi ile biçimlendirilmediğini söylemek mümkün olur<sup>80</sup>.

Savigny, Puchta ve Johann Gottlieb Fichte'nin de düşüncelerinin etkisiyle, hukukun gerçekliğini tarihselliğinde ele alarak Hegel'in "geist"i ile birleştirmiştir. Ancak Hegel'in geist kavramını devlet yerine halk ile bağdaştırarak hukuk ile halk arasında olduğunu savunduğu ilişkiyi açıklığa kavuşturmakta kullanmıştır<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Tank Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul, 1976, s. 132-133.

<sup>79</sup> Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, XII Levha Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 42-43; Güriz, s. 206-207.

<sup>80</sup> Frederick Charles von Savigny, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, (Çev. Abraham Hayward), Littlewood and Co, London, 1831, s. 29-30.

<sup>81</sup> Özbilgen, s. 132. Ayrıca Savigny'nin kullandığı volksgeist'teki geist ile Hegel'in "weltgeist" kavramındaki geistun birbirinden farklı olduğu; Hegel'in geist kelimesini soyut ve düşünsel bir anlamda kullandığı ifade edilmektedir. Reimann, s. 853.



Savigny'nin ileri sürdüğü temel ilke, hukukun özünde halka yukarıdan veya dışarıdan uygulanan bir şey olmadığıdır. Hukuk, halkın süregiden hayatının içerisinde yer almakta ve bu nedenle de halkın ruhundan ortaya çıkmaktadır<sup>82</sup>. En yalın haliyle denilebilir ki, Savigny için hukuk, “volksgeist”ten (halkın ruhundan) doğmaktadır<sup>83</sup>. Onun bu kavramı, romantik akımın etkisiyle benimsediği belirtilmektedir<sup>84</sup>.

“Volksgeist”in çok özel bir anlamı olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; “volk” ne toplumsal ne de ampirik olup, kültürel bir kavramdır. “Geist” ise, Hegel’in “Weltgesit”indeki gibi soyut ve ussal bir mahiyette değildir; somuttur ve halkın çoğunlukla paylaştığı kültürel özellikleridir. Bu halde, “Voksgeist” kültür olarak bir milletin özelliğidir<sup>85</sup>.

Halkın ruhundan doğan hukukun gelişmesi de, tıpkı dilin gelişmesi gibidir. Dilin gelişim sürecinde bir kesinti olmaması olgusundaki gibi hukukun da gelişiminde bir kesinti yaşanmaz. <sup>86</sup>. Uygarlığın ilerlemesi ile birlikte ulusal eğilimlerin daha da belirgin hale gelmesi hukukçuların ayrı bir sınıf olmalarına yol açmıştır. Dil de zamanla gelişerek bilimsel bir hal alır. Bu gelişme ile birlikte de halkın bilinci hukukçulara devrolmaktadır. Bu aşamada hukuk, toplumu temsil eder bir niteliğe bürünmüştür. Bundan böyle hukuk, iki yönlü hayatı olduğundan daha soyut ve yapaydır; artık hukuk hem varlığını sürdürmeye devam eden toplumun bütününe bir parçasıdır hem de hukukçuların ellerinde ayrı bir bilgi alanıdır<sup>87</sup>.

Bu görüşe göre hukuk, kanunkoyucunun zorlamasıyla değil, uzun ve sesiz bir gelişimle, zaman içerisinde, kendiliğinden yavaş yavaş oluşur. Tek tek bireylerin ya da grupların bu gelişime katkısı yoktur; çünkü hukuk insan iradesinin bir ürünü değildir; o halkın ortak inancının sonucunda oluşmaktadır. Hegel'deki geist'in aksine devlet değil, halk bir ruha sahiptir ve hukuk da bu halktaki bu ruhun ürünüdür. Kısacası hukukun özü, örf ve âdet ile bağlantılıdır. İşte bu yüzden ki örfün ve âdetin ürünü

<sup>82</sup> Rodes, s. 165.

<sup>83</sup> Halk ruhu olarak dilimize çevrilen “Volksgeist” terimi ile büyük çapta milletin değil, bir bölgenin halkının kastedildiği ve bu anlamda örf ve âdetin de yerel ve bölgesel olduğunun gözden kaçırılmaması gerektiği şeklindeki görüş için bkz. Hırş, s. 88, dipnot 8(b). Volksgeist kavramı hakkında detaylı bilgi için ise bkz. Nathan Rotenstreich, “Volksgeist”, *Dictionary of the History of Ideas*, <http://xtf.lib.virginia.edu/xtf/view?docId=DicHist/uvaGenText/tei/DicHist4.xml;chunk.id=dv4-66;toc.depth=1;toc.id=dv4-66;brand=default>, (E.T. 09.12.2015), s. 490-496.

<sup>84</sup> Julius Stone, *Social Dimensions of Law and Justice*, 1966, London:Stevens&Sons Limited, s. 93'den aktaran Ali Acar, “Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2006, s. 71.

<sup>85</sup> Reimann, s. 853.

<sup>86</sup> Savigny, s. 27.

<sup>87</sup> Savigny, s. 28.

olarak toplumda oluşmuş olan hukuk, doğal hukukçuların iddia ettikleri gibi evrensel de değildir. Her halk nasıl ki kendi dilini geliştirirse aynı şekilde toplumsal gelişim koşulları dâhilinde kendi hukukunu da oluşturur. Bunun sonucu ise her dilin ortaya çıktığı, geliştiği ulusta geçerli olması olgusunda olduğu gibi her hukukun da ortaya çıktığı, geliştiği toplumda geçerli olmasıdır<sup>88</sup>.

Savigny'nin en önemli temsilcisi olarak kabul edildiği Tarihçi Hukuk Okulu'na göre, halkın günlük pratikleri ile zaman içerisinde şekillenen hukuk toplumun kültürünün bir parçasıdır. İnsanların giyim kuşam zevklerinin veya damak tatlarının farklı olması gibi farklı halkların farklı hukukları da olabilir. Hukuki kanunlar, kültürü bu veya şu şekilde etkilese de eğer kültür kesin bir biçimde bu düzenlemeleri reddederse o zaman kanunlar yapılmalarına sebep olan amacı gerçekleştiremeyeceklerdir<sup>89</sup>.

Tarihçi Hukuk Okulu'nun; hukuku toplumun kültürünün bir parçası olarak görmesi ve her halkın farklı hukukunun olabileceğini savunması dönemin baskın hukuk görüşü olan doğal hukuk akımına tepkinin de bir sonucudur. Tarihçi Hukuk Okulu'na göre, doğal hukuk kuramının savunduğu gibi, ister akıl isterse doğa kaynaklı olsun tüm uluslar için, bütün zamanlarda ve tüm mekânlarda geçerli olacak evrensel hukuk kaideleri yoktur<sup>90</sup>. Okulun savunduğu bu temel savın, yani hukukun özünde halkın sürmekte olan yaşamından, halkın ruhundan ortaya çıktığı düşüncesinin, doğal hukuk kuramı tarafından savunulan herkes tarafından bilinebilir, rasyonel ve her yerde geçerli hukuk kuralları olduğu fikri ile çatıştığı açıktır. Tarihçi Hukuk Okulu'nun analitik hukuk felsefecilerinin savunduğunun aksine hukukun yapılmadığını, bulunduğunu iddia etmelerinin dayanağı da budur. Aslında hukuka felsefi açıdan yaklaşan hukukçular da tarihsel açıdan ele alanlar gibi, hukukun yapılmadığını, bulunduğunu savunurlar. Ancak aralarındaki fark, bulunan hukukun biçimlenişine ilgilidir. Doğal hukukçuların adalet ve hak ilkelerinin bulunup kural olarak şekillendirildiğini iddia etmelerine karşılık, Tarihçi Hukuk Okulu taraftarları insan eylemlerinin ya da toplumsal eylemlerin insanın tecrübelerinde bulunduğunu ve peyderpey kural haline geldiğini ileri sürmektedirler<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Güriz, s. 207; Yasemin Işıktaç, , *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul, 2010, s. 216; Özbilgen, s. 133.

<sup>89</sup> Rodes, s. 169. Ancak; hukukun özünün felsefe ya da us değil; halkın kültürel özelliklerinin dışavurumu olduğu belirtilse de söz konusu olan hukuk olduğunda; kültürün, antropolojik bir içeriğe sahip olmaktan ziyade, halkın entelektüel hayatının bir özelliği işlevinde olduğu ileri sürülmektedir. Bunun nedenin ise Savigny'nin hukuku sadece örf ve âdet olarak ele almayıp onun tarih boyunca gelişen bir olgu olduğunu da kabul etmesi ve hukuktaki gelişim ile kastettiğinin ise hukuk uygulamalarındaki gelişmeler değil; hukukçuların fikirlerindeki gelişmeler, değişmeler olduğu görüşü için bkz. Reimann, s. 854.

<sup>90</sup> Rodes, s. 169; Işıktaç, s. 216. Savigny'nin doğal hukuka ilişkin görüşleri için bkz. Acar, s. 84-86.

<sup>91</sup> Roscoe Pound, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", *Harvard Law Review*, Vol. 24, No. 8, 1911, ss. 591-619, s. 603.

Savigny açısından hukuk hayatında süreklilik ve gelenek önemli yer teşkil eder ve doğal hukuk, hukukun bu fonksiyonunu ve her halkın sahip olduğu ihtiyaçlardaki farklılıkları dikkate almadığından kabul edilemezdir. Tıpkı dildeki gelişim gibi her ulus kendi ihtiyaçları ve gelişimlerine cevap verecek şekilde kendi hukukunu yarattığından hukuk evrensel bir yapıda olamaz<sup>92</sup>.

Savigny'nin kodifikasyon tartışmasında yer verdiği görüşleri ise şu şekildedir: Savigny, Thibaut'un beyanlarının Almanya'nın ulusal birliğinin kurulması amacını taşıdığını bildiğini ifade ederek, onun görüşlerine yönelik ortaya koyduğu itirazının düşmanlıkla beslenmiş bir itiraz olarak okunmaması gerektiğini; aksine, zaten kendisinin de kalben aynı amacın peşinde olduğunu ve bunu gerçekleştirebilecek yöntem üzerine düşündüğünü ve işte bu noktada görüşlerinin Thibaut'ununkinden büyük ölçüde farklılaştığını yazmıştır<sup>93</sup>.

Savigny, Thibaut'un önerisinin iki ya da dört sene sürmesi muhtemel, kapsamlı bir çalışmayı içerdiğini ifade eder. Thibaut'un amaçladığı çocuklarına, hatta torunlarına miras bırakabileceği ve gelecekte sadece belirli bölümlerinde değişiklik yapılmasının yeterli olacağı düzeyde bir medeni kanun hazırlamaktır ve Savigny'e göre Thibaut zor bir işe kalkıştığının bilincindedir<sup>94</sup>.

Savigny'e göre kanunun hazırlanması aşamasına geçmeden sorulması gereken önemli bir soru vardır: Kanunun hazırlanması görevini kim yerine getirecektir? Thibaut'a göre bu işi yerine getirilmesi için bir komiteye gereksinim vardır<sup>95</sup>. Ancak Savigny bunu pek inandırıcı bulmaz. Zira ona göre dönemin Almanyası henüz hukukun gelişim aşamalarından olan ikinci dönemi, yani hukukçuların halkın vicdanından doğan kuralları düzenleyip sınıflandırdıkları dönemi, yaşamaktadır. Hukukun teknik unsurunun ağırlık kazandığı bu dönemi yaşayan Almanya üçüncü aşama olan kodifikasyon için henüz hazır değildir<sup>96</sup>.

Savigny'nin Almanya'nın henüz kodifikasyona hazır olmadığını ifade etmesinin altında yatan asıl düşünce onun hukuk görüşünde saklıdır. Önceki sayfalarda belirtildiği üzere Savigny, hukuk ile toplumun kültürü arasındaki ilişkiye önem atfeder. Hukukun politik elemanı ile teknik elemanını birleştirerek hukukun kültürel bir eleman olarak tedricen geliştiğini düşünür ve yazılı hukuk sisteminin evrimleşerek olgunlaştığına inanır. Bu görüşe göre, ilk dönemlerde hukuk gelenek ve ahlâk kuralla-

<sup>92</sup> Güriz, s. 204-205, 207.

<sup>93</sup> Savigny, s. 176-177.

<sup>94</sup> Savigny, s. 177.

<sup>95</sup> Savigny, s. 178.

<sup>96</sup> Güriz, s. 206.

rı çerçevesinde gelişmekte ve sabit bir biçimde bulunmaktadır. Yazılı değildir. Ulusal birliğin sağlanması ile hukukun teknik yönü oluşur yani hukukçuların çalışması ile etnik kültüre yazılı kültür eklenmiş olur ve böylece ikinci gelişim aşaması tamamlanmış olur. Bu aşama hukukun, kökenindeki kültürün korunduğu; fakat aynı zamanda teknik yanının da ortaya koyulduğu aşamadır. Bir hukuk düzeninde ancak bu aşamaların akabinde kodlaştırma yani kodifikasyon yapılabilir<sup>97</sup>.

Görülmektedir ki, Savigny kanunlaştırmaya karşı çıkmamaktadır. Sadece her ulusun gelişim sürecinin farklı olduğunun ve kanunlaştırma yapılırken her ulusun kendi özellikleri çerçevesinde incelenmesi gerekliliğinin altını çizmektedir. Zaten Savigny'nin söz konusu dönemde kodifikasyona itiraz etmesi de buna dayanmaktadır; Almanya, halkın ürünü olan iradi hukukun yazılı hale getirilmesi demek olan kodifikasyona henüz hazır değildir ve zamanı gelmeden yapılacak olan kanunlaştırma faaliyeti ile örf ve âdetin gelişme süreci engellenmemelidir<sup>98</sup>. Ona göre, kodifikasyon yapılabilir; fakat, kötü bir kanunlaştırma yapmaktansa hiç yapmamak daha iyidir<sup>99</sup>. Zamansız yapılacak kanunlaştırma ile hukuk, halkın ruhunun ürünü olmaktan çıkarak yasamanın ürünü haline gelir. Bu ise hukukun tarihsel yönünü yadsımak anlamına geldiğinden Savigny açısından kaçınılması gereken bir durum olarak görülür.

Kanunlaştırmaya ilişkin görüşlerini bu şekilde aktardıktan sonra Savigny'nin resepsiyon hakkındaki düşüncelerine geçebiliriz. Yukarıda anlatıldığı üzere resepsiyon sözcüğü yabancı hukukun benimsenmesi, zorla benimsenmesi, bir bütün olarak alınması, kısmen alınması, eski bir hukukun yeniden canlanması gibi çeşitli olguları anlatmak için kullanılabilir. Savigny, resepsiyon kavramının bir toplumun kanunlarının başka bir toplum tarafından kendi kanunları olmak üzere alınması biçimindeki nitelendirilme şekline ve hukukun, halkın ruhunun ürünü olması gerektiğini düşündüğü için, yabancı bir ülkeden hukuk alımına karşı çıkmıştır. Bu sebepten ötürü Fransız Medeni Kanunu'nun Almanya tarafından resepsiyonunu kabul edilemez bularak itiraz etmiştir<sup>100</sup>.

Peki Savigny'nin Roma hukukunun resepsiyonuna karşı tutumu nasıldır? Zira, madem ki her halk zaman içerisinde kendi hukukunu yaratmaktadır o zaman başka bir halkın, Roma halkının hukuku olan Roma hukukunun Almanya'da uygulanması neye dayandırılmakta, nasıl açıklanmaktadır? Volksgeist ile kastedilen Alman hukukunun Alman halkının ruhundan doğması ise Roma hukukunun uygulanmasına

<sup>97</sup> Özcan, s. 42-43.

<sup>98</sup> Savigny, s. 61-69.

<sup>99</sup> Savigny, s. 65.

<sup>100</sup> Acar, s. 81-82.

devam etmek yerel hukukun doğal gelişimine engel teşkil etmez mi? Peki alınmış ve benimsenmiş bir hukuk olarak Roma hukukunun neden kendini oluşturan, geliştiren Alman hukukuna kıyasla Almanya'nın karakterine ve gereksinimlerine daha uygun olduğu düşünülmektedir?<sup>101</sup>. Savigny'nin bu sorulara karşı tutumunu anlayabilmek için Roma hukukunun Almanya'da resepsiyonu başlığında ele aldığımız kısımdaki bilgileri hatıra getirmemiz gerekmektedir. Buna göre Alman halkı, Alman kültürü ve de Alman hukuku Rönesans ve öncesinde yaşanan kültürel gelişmelerin etkisiyle büyük ölçüde Avrupa'da ortaya çıkan ortak kültürel unsurların etkisi altındaydı. Teorinin ve uygulamanın mükemmel bir sentezi olarak Roma Hukukunun Almanya'daki resepsiyonu ile Roma hukuku bu ortak kültürün üzerine yerleşip şekillenmiş, Alman hukukunun vazgeçilemeyecek bir parçası olmuştur<sup>102</sup>. Söz konusu dönemde Roma hukuku Alman hukukunun içine nüfuz etmiş ve sessiz sedasız, yavaş yavaş hukukun bir parçası haline gelmiştir<sup>103</sup>. Bu sebeple Roma hukukunun Alman hukukuna tamamen yabancı olduğunun iddia edilemeyeceği ve onun Almanya'nın karakterine ve gereksinimlerine uygunluğunun yadsınamayacak bir gerçeklik haline geldiği açıkça görülmektedir.

## SONUÇ

Thibaut ve Savigny tartışması, hukuk ile kültür arasındaki bağın yorumlanmasına ilişkin bir karşıtlık olarak da okunabilir. Çünkü Savigny'e göre hukuk toplumsal bir olgudur ve toplumsal bir olgu olarak hukuk, toplumun ruhu, tarihi, geçirdiği evrim ele alınmaksızın anlaşılabilir. Nasıl her ulusun ruhunu yansıtan kendine has bir dili varsa, kendine has bir hukuku da mevcuttur. Dolayısıyla, halkın hukuku bir oldubittiye getirilemez. Hukuk, dil ile birlikte parçası olduğu halkın ruhunda kendiliğinden geliştiği için sadece o kültür alanında geçerli olmaktadır. Hukuki gelişim sürecine vaktinden önce yapılacak müdahaleler, o topluma ve onun kültürüne müdahale anlamına gelmektedir. Örneğin, hukukçuların hukukun gelişim aşamalarına müdahale etmesi ve vaktinden evvel kanunlaştırma yoluna gitmesi; geleneklere, örf ve âdete, toplumun çağlar boyunca ilmek ilmek işleyip tecrübelerini bir bütün haline getirdiği halk ruhuna zarar verir.

Almanya'da özellikle ondokuzuncu yüzyıldan itibaren geçerli olan Romantizm akımına duyduğu ilgi, Savigny'nin Aydınlanmaya ve onun söylemlerine karşı çıkmasında etkili olmuştur. Zira hukukun akıl aracılığıyla oluşturulabileceği, hukuktaki belirsizlik ve kapalılığın kuralların yazıya geçirilmesiyle giderilebileceği ve bu sebeple

<sup>101</sup> Stone, s. 429.

<sup>102</sup> Acar, s. 81.

<sup>103</sup> Stone, s. 429.

herkes için geçerli, evrensel, değişmez niteliğe haiz kanunların yapılması zarureti Thibaut için ne kadar tartışma götürmezse, Savigny için de o ölçüde kabul edilemezdir.

Her iki düşünürün de Almanya'nın hukuki ve siyasi birliğini sağlayarak güçlü bir devlet haline gelmesini istediği açıktır. Ancak, hukuki düşüncelerini dayandırdıkları felsefi ve politik zeminin farklılığı, uzlaşmalarının önündeki en önemli engeli de bünyesinde barındırmaktadır. Thibaut, doğal hukuk ve Aydınlanma ilkelerinin rehberliğinde Almanya'nın kendi medeni kanununu hazırlamak için doğru dönemde bulunduğuna işaret etmişse de, Savigny bunun için erken olduğu, Alman halkının henüz kendi kanununu hazırlayacak aşamaya gelmediği yönündeki ısrarından vazgeçmemiştir. Taraflar arasındaki anlaşmazlık da hukuk literatüründe Kodifikasyon Tartışması olarak yerini almıştır.

Bu tartışma ile Savigny örf ve âdetin hukukun oluşumundaki etkisine, hukukun ilerlemesi ile toplumsal yaşam arasındaki bağa işaret ederek hukuk düşüncesine önemli katkılar sunmuştur. Aydınlanmanın ışığıyla Thibaut hukukun aklın ürünü olduğunu savunurken Savigny de hukuk ile toplum arasındaki ilişkide tarihi olguların yadsınmaması gerektiğini ifade ederek hukukun tarihi ve toplumsal yönüne dikkat çekmiştir. Böylece tartışmanın, doğal hukuk teorisinin ve dolayısıyla felsefenin egemenliğine rakip olarak; hukukta sadece felsefenin değil, tarihin ve toplumların rolüne yönelik çalışmaların ivme kazanmasında etkili olduğu söylenebilir.

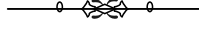
## KAYNAKÇA

- ACAR, Ali, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2006, ss. 65-89.
- ASAL, Barkın, Yasalaştırma: Kodifikasyon Teorisi ve Politikası, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2013.
- BECCHI, Paolo, "German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, The Historicisms, and "Conceptual Jurisprudence" ", A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, V. 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900, Damiano Canale/ Paolo Grossi/ Hasso Hofmann (Volume ed.), Springer, Dordrecht-New York, 2009, ss. 185-224.
- BEISER, Frederick C., The German Historicist Tradition, Oxford University Press, New York, 2011.
- BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2010.
- CAN, Cahit, Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2012.
- CANALE, Domiano, "The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe" A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, V. 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900, Damiano Canale/ Paolo Grossi/ Hasso Hofmann (ed.), Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2009, ss. 135-183.
- ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz, Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, 15. Bası, Ankara, 2012.
- GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, 13. Bası, İstanbul 2011.
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2007.
- HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2010.
- HİRŞ, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Baskı, Ankara, 1996.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul, 2010.
- İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, Fakülteler Matbaası, 3. Bası, İstanbul, 1980.
- KANT, Immanuel, " "Aydınlanma Nedir?" Sorusuna Yanıt", Seçilmiş Yazılar, (Çev. Nejat Bozkurt), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984, ss. 211-222.
- KURU, Baki, "1794 Tarihli Prusya Umumi Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-4, 1958, ss. 102-139.
- LOBINGIER, Charles Sumner, "The Reception of the Roman Law in Germany", Michigan Law Review, Vol. 14, No. 7 (May, 1916).
- ÖZBİLGİN, Tanık, Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul, 1976.
- ÖZCAN, Mehmet Tevfik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, XII Levha Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul, 2012.

- ÖZSUNAY**, Ergun, “Türkiye’de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Medeni Kanunun Anlamı ve Önemi”, Medeni Kanun 50. Yılı Sempozyumu (1. Tebliğler), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuku Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1978, ss. 399-413.
- ÖZSUNAY**, Ergun, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 1978.
- POUND**, Roscoe, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, Harvard Law Review, Vol. 24, No. 8, 1911, ss. 591-619.
- REIMANN**, Mathias, “Nineteenth Century German Legal Science”, Boston College Law Review, V.31, I. 4, N. 4, 1990, ss. 837-897.
- RHEINSTEIN**, Max, “Types Of Reception”, Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, No: 6, 1956, ss. 31-40.
- RODES**, Robert E. “On the Historical School of Jurisprudence” Scholarly Works, Paper 858, [http://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/858](http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/858), (E.T. 09.12.2015), 2004.
- ROTENSTREICH**, Nathan, “Volksgeist”, Dictionary of the History of Ideas, <http://xtf.lib.virginia.edu/xtf/view?docId=DicHist/uvaGenText/tei/DicHist4.xml;chunk.id=dv4-66;toc.depth=1;toc.id=dv4-66;brand=default>, (E.T. 09.12.2015)
- SAVIGNY**, Frederick Charles von, Of The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence, çev. Abraham Hayward, Littlewood&Co. Old Bailey, London,1831.
- SCHWARZ**, Andreas, Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt, (çev. Türkan Rado ), Doğan Kardeş Yayınları AŞ Basımevi, İstanbul, 7. Bası, 1965.
- STEIN**, Peter, Roman Law in European History, Cambridge University Press, 2003.
- STONE**, Julius, The Province and Function of Law: Law as Logic Justice and Social Control: A Study in Jurisprudence, Associated General Publications, Sydney: Maitland, 1950.
- TAHIROĞLU**, Bülent/ **ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul, 2012.
- ÜÇOK**, Coşkun, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1-2, 1950, ss. 292-312.
- ÜÇOK**, Coşkun/ **MUMCU**, Ahmet/**BOZKURT**, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2002.
- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat*, C. I, Maarif Matbaası, 1940, ss.139-209.
- ZAJTAY**, İmre, “Yabancı Hukukun Tüm Olarak İktibası”, (Çev. Teoman Akunal), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXVII, S. 1-4, 1971, ss. 309-324.



# Şiddet Mağduru Kadınların Unutulma Hakkı



Av. Ceren KÜPELİ\*

## ÖZET

Günümüzde bilgiye erişimin sağlandığı, kişinin başta internet olmak üzere dijital dünyadaki izlerinin ve içeriği doğru olan, hatta yayınlanmasının yasal dayanağının bulunduğu içerikleri dâhil sildirme hakkı, bireyin geçmişte yaşadığı bir eylemden dolayı hayat boyu damgalanmaması hakkının da gereği olarak, ileride muhtemel olarak karşılaşılabilecek mağduriyetlerin önlenmesi amacını taşımaktadır. Ülkemizin en büyük problemlerinden biri olan kadına şiddet hususuna dahil olan bir diğer mağduriyet türü; hukuka aykırı olarak yapılan haberler ile bu kadınların kişilik haklarının ihlal edilmesidir. İhlallerin önlenmesi için yasal mevzuatımızdaki imkânların kullanımını sağlayacak somut mekanizmalara ve konuyu tüm mağduriyetleri kapsayacak şekilde giderecek toplumsal bilince ihtiyaç mevcuttur.

**Anahtar Kelimeler:** unutulma hakkı, mağdur kadınlar, kadına şiddet, kişisel verilerin korunması, pozitif ayrımcılık

## SUMMARY

Nowadays, accessing to information and data has become respectively easier due to particularly internet and other digital platforms. Right to erase data serves to protect individuals from getting stamped for their past experiences appeared on internet or any other part of the digital world. One of the important aspects of this right is to protect these mistreated people from future victimizations, regardless of whether this data is true or even has the legal basis. In Turkey, another type of digital victimization appears as an unlawful violation of personal rights of woman who have suffered violence and abuse in their life. To prevent this type of violence, development of effective mechanisms and social awareness are needed in order to make our legal regulations useful and substantial.

**Keywords:** right to be forgotten, the victims women, violence against women, the protection of personal data, positive discrimination

2012 yılında Avrupa Komisyonu'nun önerisi ile yasal olarak tanınan ve bireyin temel haklarını oluşturan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması esasları

---

\* İstanbul Barosu

kapsamında değerlendirilen unutulma hakkı, bireyin geçmişinin; bireye ait fotoğraf, kimlik bilgisi, adres ve diğer kişisel içeriğin kendi lehine olarak bir daha geri getirilemeyecek biçimde silinmesi talebini ihtiva etmektedir<sup>1</sup>. Unutulma hakkı hususunda Kıta Avrupası Hukuk Geleneği ve Amerikan Hukuk Geleneği bağlamında korunan hukuki değerler farklılaşmakla birlikte iki farklı yaklaşımda da belirli durumlarda kişilerin giz alanlarının korunması zaruretine ilişkin ortak bir paydada buluşulmuştur. Unutulma hakkının temel bir hak olarak tanınması fikrini geliştiren Kıta Avrupası Hukuk Geleneğini şekillendiren İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına göre, unutulma hakkının kişilikle bütünleşmiş şeref, onurunun korunması gibi unsurlarla ilgili olması dolayısıyla var olan ahlaki boyutunun yanında, kişi güvenliğinin sağlanması kapsamında bireyin kendisine ait bilgilerin üzerinde “kontrol hakkı” da mevcuttur<sup>2</sup>. Türkiye’de ise, Danıştay’ın, kişisel verilerin korunması hakkını tartıştığı kararında belirttiği üzere kişisel verilerin korunması konusu insan hakları kavramı ve insan haklarının korunması alanında yaşanan gelişmelere paralel bir değişim göstermektedir<sup>3</sup>. Aynı karara göre, herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir ve bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsamaktadır. Ülkemizde 2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile birlikte “*özel hayatın gizliliği ve korunması*” maddesine eklenen fıkra ile unutulma hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında anayasal bir dayanağa kavuşturulmuştur. Söz konusu yasal dayanaklarımızın mevcudiyetlerine rağmen ülkemizde kadınlar yaşadıkları “şiddet” olgusuna ek olarak “gerçeğe aykırı içeriklerle veya gerçeğe dayansa dahi kişisel verilerin korunmadığı biçimlerde yapılan dijital/basılı habercilik ile mağdur edilmektedir. Mağdurlarda intihar, ruh sağlığının bozulması, aile ve sosyal çevreden soyutlanma, iş bulamama gibi oldukça vahim sonuçlara yol açan bu haber içeriklerinin üretilmesinin ve ihlallerin önlenmesi amacıyla unutulma hakkının tanınması ve somut olarak korunması önem arz etmektedir.

Her iki hakkın da özünde bireyin onurlu yaşaması ve kişisel verileri üzerinde özgürce tasarruf etmesi bulunduğundan kişisel verilerin korunması hususu ile birlikte değerlendirilen unutulma hakkı, gelişen teknoloji dolayısıyla oluşturulan verilerin dijital ortamlarda, içerik sağlayıcı tarafından silinene kadar kalması dolayısıyla yaşanacak mağduriyetlerin giderilmesine ilişkin temel bir haktır. Unutulma hakkın tanım-

<sup>1</sup> “How does the data protection reform strengthen citizens’ rights?”, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/factsheet\\_dp\\_reform\\_citizens\\_rights\\_2016\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/factsheet_dp_reform_citizens_rights_2016_en.pdf) (Erişim Tarihi:10.03.2016)

<sup>2</sup> **Gülener**, Serdar, Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak “Unutulma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y:2012, S:102, s.219-240.

<sup>3</sup> Danıştay 10. Dairesi’nin 2011/7001 Esas Sayılı, 14.10.2011 Tarihli Kararı (Mevbank Bilgi Bankası)

lanması ve sınırlarının belirlenmesinde en önemli husus, şüphesiz ki “kişisel veri” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Kişisel veri, Avrupa Birliği tarafından çıkarılan 95/46/EC Sayılı Bireylerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Serbestçe Dolaşımı Karşısında Korunmasına İlişkin Direktif (Veri Koruma Direktifi)’nin 2/a maddesine ve 108 Sayılı Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin 2/a maddesinde, *kişinin belirlenebilmesini sağlayan her türlü bilgi* olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda, kişinin ismi başta olmak üzere, medeni hali, fotoğrafı, vergi numarası, ekonomik durumu, adresi gibi hususlar kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Ülkemizde taciz, tecavüz gibi şiddetin mağduriyetini yaşamış kadınlar, ismi açıkça belirtilmese dahi adresleri, sosyal ortamları, diğer kişisel özellikleri belirtilerek “belirlenebilir” hale getirilmektedir. Unutulma hakkın ülkemizde tanınması ve mağduriyetlerin önlenmesi açısından ihlallerin, ad belirtilmeden de yapılabildiğinin kabulü önem arz etmektedir. Hakkın ülkemizde uygulanabilirliğinin tartışılabilmesi için ise mukayeseli hukukta hakkın nasıl düzenlendiğinin irdelenmesi gerekmektedir.

Kişisel bilgilerin medya tarafından kullanımında yargı organlarınca belirlenen sınırın aşılması durumu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “*Özel Hayatın ve Ailenin Korunması*” başlığını taşıyan 8. maddesine aykırılık teşkil etmekte ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği sonucunu doğurmaktadır. Aynı şekilde, AB Temel Haklar Şartı’nın “Kişisel verilerin korunması” başlıklı 8. maddesine, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 12. maddesine, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin “Mahremiyet hakkı” başlıklı 17. maddesine de aykırılık oluşturacaktır.

Unutulma hakkı ilk kez, 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi’nin yerini alması amacıyla Avrupa Komisyonu tarafından Ocak 2012’de teklif edilen Direktifin “*düzeltilme ve silme*” başlığını taşıyan 17. maddesinde yer almıştır<sup>4</sup>. Düzenlemeye göre, eğer veriler çok uzun süredir toplanış amaçları çerçevesinde kullanılmıyorsa ve kullanıcı da söz konusu verilerin saklanmasına rıza göstermiyorsa, veri denetçisi kullanıcıya ait verileri silmek ve daha fazla yayılmasının engellenmesinden sorumludur. Kişisel verilerin hukuka aykırılığının tartışmalı olduğu hallerde ise bu verilere erişimi veri denetçisi tarafından sınırlandırılabilir. Hakkın tanınması ise, Avrupa Adalet Divanı (AAD) tarafından 13 Mayıs 2014 tarihinde gerçekleşmiştir. Divan tarafından tanınması ise, arama motoru Google’a Mr Costeja González adlı avukatın adı girildiğinde kişinin sosyal güvenlik borçlarının iyileştirilmesi için mülkünü satmak zorunda kalmasına ilişkin bilgilerin yer alması dolayısıyla, bu açıklama bağlantılarının kaldırmasının gerektiği gerekçesiyle İspanyol Veri Koruma Ajansına ve Google’a karşı aç-

<sup>4</sup> Akgül, Aydın, Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve Ab Adalet Divanı’nın “Google Kararı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2016, Sayı 116, s.24.

tığı davaya dayanmaktadır<sup>5</sup>. Arama motoru Google, günümüzde Avrupa Birliği'ne ve istisna olarak kabul ettiği bazı ülke vatandaşlarına Avrupa Veri Koruma yasası gereği arama sonuçlarından link kaldırma taleplerini karşılamaktadır.

Avrupa Birliği yaklaşımına ek olarak, Kıta Avrupası ve Amerikan hukuk geleneğine göre kişisel verilerin paylaşılması hususunda korunan hukuki değerler dolayısıyla farklı anlayışlar benimsenmiştir. Kıta Avrupa hukuk geleneğinde kişilikle bütünleşmiş temel haklar, şeref ve özel hayatının gizliliğinin korunması esas alınmaktadır. Bu amaçla kişisel verilerin paylaşılması ve verilerin korunmasına ilişkin sınırlar kabul edilmiştir. Söz konusu sınır, mahkeme kararı ile verilere erişimin engellenmesine hükmedilme durumunda gerçekleşmektedir. Aynı şekilde, eğer verilerin paylaşımı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesine aykırılık oluşturuyorsa bu verilere de erişim engellenmelidir. Amerikan hukuk geleneğinde ise bireylerin ifade ve basın özgürlüğü korunmaktadır<sup>6</sup>. Bu bağlamda verilerin paylaşılması hususunda sınırlar oldukça azdır. Bilgilerin kamuoyu ile paylaşılmasında “kamusal yarar” bulunması yeterli bir kriterdir. Unutulma hakkına ilişkin söz konusu farklı yaklaşımları göz önüne seren bir örnek Wikipedia davasıdır<sup>7</sup>. Dava konusu olay, 15 Temmuz 1990 tarihinde ünlü Alman aktör ve televizyoncu Walter Sedlmayr'ın iki kardeş tarafından öldürülmesi suçunun sanıkları olan kardeşlerin hapis cezalarından tahliye olmalarını takiben, Wikipedia'dan Sedlmayr ismiyle bir daha anılmamaları talebinde bulunmuşlardır. Söz konusu talep öncelikle Alman Wikipedia sayfalarına yöneltilmiştir. Alman sayfa yönetimi, kardeşlerin cezalarını çekip topluma karşı borçlarını ödediğinden bahisle bu içeriklere erişim engellemiştir. Aynı talep İngilizce yayın yapan Amerika merkezli Wikipedia sitelerinden talep edildiğinde ise, toplumun bilgi alma hakkının korunması gerekliliğinden bahisle içeriklere erişim engellenmemiştir. Benzer bir örnekte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM), kişinin özel hayatının gizliliği hakkının Google gibi arama motorlarının ekonomik çıkarlarının üzerinde olduğunu, bu kuralın tek istisnasının ise kamunun bilgiyi öğrenmede üstün bir yararı bulunması halinin oluşturduğunu belirtmiştir<sup>8</sup>.

Türk Hukuku'nda ise unutulma hakkı, 2010 Anayasa Değişiklikleri ile Anayasa'nın 20. maddesine eklenen “kişisel verilerin korunmasını ve silinmesini talep etmek hakkı” haricinde de mevzuatımızda mevcuttur. Türk Ceza Kanunu'nun

<sup>5</sup> <http://curia.europa.eu> (Erişim Tarihi:08.03.2016)

<sup>6</sup> Doğan, Derya, Unutulma Hakkı Ve Uygulaması, 30. Ulusal Bilişim Kurultayı Bildiri Kitabı, Türkiye Bilişim Derneği, 2013, s.7.

<sup>7</sup> Yavuz, Can, Bilişim Çağında Yeni Bir İnsan Hakkı: Unutulma Hakkı, İstanbul Barosu Dergisi Mart-Nisan 2015, s.254.

<sup>8</sup> <http://curia.europa.eu> (Erişim Tarihi:06.03.2016)

134. Madde ve devamında kişisel verilerin kullanılması ve özel hayatın gizliliğini ihlali oluşturacak eylemler suç olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesi, kişilerin özel hayatını ihlal eden kimselerin cezalandırılmasını öngörmüştür. Maddenin gerekçesinde ise, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesinin önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Özel hayatın korunması kapsamında TCK m. 135, kişisel verilerin kaydedilmesini, m.136 ise kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesini veya ele geçirilmesini hükme bağlamıştır. Kişilik haklarının korunması, Ceza Kanunu yanında Medeni Kanun bağlamında da gerçekleştirilmiştir. Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde "hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırı" başlığı altında hukuka aykırı saldırılara son verilmesini hâkimden istenebileceği düzenlenmiştir. Medeni Kanun'un 25. maddesinde kişilik hakkı saldırıya uğrayanların maddi ve manevi tazminat davası açabileceği belirtilmiştir. Kanun'un 26. maddesinde ise özel olarak "adın korunması" başlığı altında ismin haksız kullanımının önlenmesinin sağlanabileceği belirtilmiştir. Aynı şekilde, Borçlar Kanunu madde 49; kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verenlerin bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Kanun'un 58. maddesinde de kişilik hakları zarar görenlerin uğradıkları manevi zarara karşılık olarak manevi tazminat talep edebilecekleri belirtilmiştir. Mevcut mevzuatımıza ek olarak, kişisel verilerin korunması hususunda özel olarak 2008 yılında verilmiş Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı mevcuttur<sup>9</sup>. Tasarıda Avrupa Birliği Direktifi'ne uygun olarak tanımlamalar ve düzenlemeler yapılmıştır<sup>10</sup>. Aynı şekilde verilerin, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartları'nın 8/3 hükmünde de öngörüldüğü biçimde işlenmesine ilişkin denetimi sağlayacak bağımsız bir kurul oluşturulması öngörülmüştür<sup>11</sup>.

Kişilik hakları ihlali arz eden saldırılar, basılmış eserler yoluyla da işlenebilmektedir. Bu durumda mağdurların hukuka aykırı içeriği oluşturan kişilerin sorumluluğuna gidebilmeleri, Basın Kanunu ile mümkün olmaktadır. Basın Kanunu'nun 13. ve 14. maddeleri gereğince basılmış eserler dolayısıyla eser sahibi ile yayın sahibinin sorumluluğu müteselsildir. Eğer hukuka aykırı yapılmış haber, bir süreli yayında yapılmışsa Basın Kanunu madde 14 uyarınca, yazının yayınlanmasını takiben 2 ay içinde aynı basılı eserde düzeltme ve cevap yazısı yayınlanması gerekmektedir. Söz konusu imkân, gecikmeli de olsa kişilerin itibarını bir nebze düzeltilecek bir yaptırımdır.

<sup>9</sup> **Henkoğlu**, Türkay; **Külcü**, Özgür, Bilgi Erişim Platformu Olarak Bulut Bilişim: Riskler ve Hukuksal Koşullar Üzerine Bir İnceleme, Bilgi Dünyası, 2013, s. 76.

<sup>10</sup> **Tekin**, Nurullah, Kişisel Verilerin Korunması İle İlgili Türkiye'deki Kanun Tasarısının Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Işığında Değerlendirilmesi, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000145760> (Erişim:12.12.2015)

<sup>11</sup> **Küzeci**, Elif, Anayasal Bir Hak: Kişisel Verilerin Korunması, <http://www.bilisimdergisi.org/s128> (Erişim Tarihi: 09.03.2016)

Dijital platformlarda içeriklere kolaylıkla erişim imkânı bulunduğu ve ihlal oluşturan içerik, başka bir içeriğe kaynak teşkil edebildiğinden çoğunlukla tekrarlayan ve etkisi artan mağduriyetler yaşanmaktadır. Mağdurların dijital ortamda unutulma haklarının kullanılmasını sağlayacak asıl mevzuat 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'dur. Kanun'da kişilik haklarına saldırı mahiyetindeki içerikleri üretenler; örneğin hukuka aykırı habercilik mağduriyetinde bu haberi oluşturanlar "içerik sağlayıcı" olarak tanımlanmıştır. İçerik sağlayıcıların sorumluluğu ise 4. maddede "internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumluluk" olarak belirtilmiştir. Kanun'un 9. maddesinde de, söz konusu içeriklere Sulh Ceza Hâkimliği'ne başvurmak suretiyle erişimin engellenmesi ve bu içeriklerin yayından kaldırılmasının sağlanabileceği belirtilmiştir.

Unutulma hakkının ülkemizde açıkça tanınmasına ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK)'nun devrim niteliğinde bir kararı mevcuttur. Dava konusunu, cinsel saldırı mağduru davacının yargılama süresince aktardığı saldırıya ilişkin bilgilerin, mağdur ve sanık isimleri rumuzlanmadan bir kitapta yayınlanması oluşturmuştur<sup>12</sup>. Davalılarca iddia edilen ve Yargıtay tarafından kabul olunan "eserin, bilimsel eser haline geldikten sonra kamuya mal olduğu ve kural olarak ancak kendi ilkeleri çerçevesinde sınırlamalara tabi olacağı" ifadesi, YHGK'nın kararında "bilim özgürlüğü ile kişilerin, kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda bu değerlerin üstün tutulması gerekeceği" gerekçesi ile reddedilerek davacı lehine manevi tazminat koşullarının oluştuğuna kanaat getirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesine, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20.,27.,Türk Medeni Kanunu'nun 24. Maddelerine atıf yapılmak suretiyle unutulma hakkının tanımlandığı kararda, Türk Mahkemeleri nezdinde hakkın korunmasının gerekliliği vurgulanmıştır. Uygulamalara ışık tutacak önemli bir husus olarak da, somut olayda olduğu gibi "unutulma hakkının yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği" açıkça belirtilmiştir. Karara konu olayda ve şiddet mağduru kadınların sıklıkla yaşadığı mağduriyet olarak adın kullanılarak hukuka aykırı içerikler üretilmesi hususunu destekleyecek veri olarak, adın korunmasının, bireyin özel ve aile yaşamına saygı hakkının kapsamı içine alındığı birçok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları mevcuttur<sup>13</sup>. Aynı şekilde, konunun ehemmiyeti dolayısıyla Medeni Kanunu'muzda da "adın korunması" özel bir hüküm ile düzenlenmiştir. Danıştay'ın ise, bireyin kişisel

<sup>12</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2014/4-56 Esas,2015/1679 Karar Sayılı, 17.6.2015 Tarihli Kararı (UYAP Yargıtay Bilgi Bankası)

<sup>13</sup> Öncü, Gülay Aslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 225-226.

verilerinin basında yer almasını, “bireyin onurlu ve saygın yaşama hakkı” çerçevesinde değerlendirerek yapılan suçlamalardan dolayı kamuoyunda hakkında şüphe ve tereddütler doğan birey hakkında, toplumdaki her birey gibi onurlu ve saygın yaşama hakkının ağır şekilde ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>14</sup>.

Türkiye’de unutulma hakkının korunmasına en çok ihtiyaç duyan kesim, hakkın temelinde yatan “tekrar topluma karışabilme” imkanı ve tekrarlayan mağduriyetlerinin önlenmesi gerekliliği ivedi olan şiddet mağduru kadınlarımızdır. Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddete Karşı Bildirgesi’nde “kadına şiddet”, kadınlara yönelik, ister kamusal ister özel hayatta; tehdit etme, zorlama veya özgürlükten keyfi olarak yoksun bırakma dahil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik zarar veya acı verme sonucu doğuran cinsiyete dayalı her türlü şiddet eylemi olarak tanımlanmıştır. Geniş kapsamlı kadına şiddet tanımını kapsayacak biçimde mağduriyetinin önlenmesi hususu, hem ulusal hem de uluslararası bağlamda devletin yükümlüğü altındadır. Uluslararası alanda Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları başta olmak üzere, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Yok Edilmesi Sözleşmesi (CEDAW), Türkiye’nin de imzaladığı kadına karşı şiddet konusunda yaptırım gücü olan İstanbul Sözleşmesi olarak birçok düzenleme mevcuttur. Uluslararası düzenlemelere paralel olarak ulusal mevzuatımızda da kadını koruyucu hükümler bulunmakla birlikte uygulamada tam anlamıyla koruma sağlanamamaktadır. Ulusal mevzuatımızda bulunan, kadının korunmaya hizmet etmesi öngörülen düzenlemeler Anayasa, Türk Ceza Kanunu, Medeni Kanun, İş Kanunu’nda mevcuttur. Anayasa’nın 5.,10.,12.,17. maddeleri ailenin korunması gerekliliği ve eşler arası eşitlik prensibine ilişkin 41. madde açıkça devletin özellikle ananın ve çocukların korunması hususunda pozitif yükümlülüğü bulunduğunu belirtmiştir. Doğrudan “kadın” lafzına haiz olmamakla birlikte, Türk Medeni Kanun’un 195. Maddesinde, eşlerden birinin talebi üzerine evlilik birliğine ilişkin olarak gerekli tedbirlerin alınacağını belirtmiştir. İş Kanunu 24. Maddede ise, kişiye yapılan cinsel taciz, sözlü tacizin haklı fesih sebebi olacağı belirtilmiştir. Özel olarak ise 6284 Sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, kadına şiddetin önlenmesi, koruma kararı verilmesi, mağdurlara geçici maddi yardım desteği sağlanması gibi hususları düzenlemektedir<sup>15</sup>.

Söz konusu imkânların yanında günümüzde büyük bir mağduriyet olarak taciz, tecavüz, istismar gibi şiddetin birçok farklı boyutunun mağduriyetini yaşamış kadınların kişisel bilgileri medyaya yansıyan haberlerde, kamunun kolayca ulaşabildiği

<sup>14</sup> Akgül, Aydın, Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve Ab Adalet Divanı’nın “Google Kararı”, s. 21.

<sup>15</sup> Moroğlu, Nazan, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi, [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf) Erişim: 7.12.2015

dijital ortamlarda hiçbir şekilde kodlanmaksızın yayınlanmakta, mağdur hayat boyu bu olayın izlerini taşımaya mahkûm edilmektedir. Bu izler bireyi; toplumda dışlanma, iş bulamama gibi ruhsal travma yaratacak sonuçlara ulaştırmaktadır. Yalnızca kadın bazında kalmayan bu etkiler, unutulma hakkının uygulanamaması dolayısıyla mutlak olarak mağdurun ailesinde: özellikle de çocuklarında telafisi olmayan yaralar açmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki, unutulma hakkının talep edilebilmesi için kadınların medyaya yansıyan haberlerinin içeriğinin yanlış veya eksik olma zorunluluğu yoktur. Mahkeme kararına dahi dayanan bir haberin aktarılması esnasında, mağdur “belirle-  
nebilir” hale getiriliyorsa kişinin kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlenmiş kabul edilmektedir. Örneğin 2012 yılında tecavüz mağduriyeti iddiası bulunan N.Y.’nin kasten adam öldürme suçundan yargılaması sürerken yapılan haberlerde ismi ve soyadının açıkça yazılmasının yanında adresinin; sokak isimlerine kadar açıkça belirtilmesini takiben, evi kundaklanmıştır<sup>16</sup>. Kişisel verilere ilişkin oluşturulan veri içeriklerinin yanlış olması durumlarında ise işlemenin hukuka aykırılığında tereddüt bulunmamaktadır. Söz konusu duruma örnek olarak da, 2011 tarihli G.K.’nin eşini ütü kablosuyla boğmasına ilişkin davada; ilk derece mahkemesinin meşru müdaafa kararını onayan Yargıtay Ceza Dairesi, G.K.’nin tutuklu kaldığı 191 güne mahsuben tazminata hükmetmiş, söz konusu durum ise haberlere “eşini boğdu, beraat etti bir de tazminat kazandı!” olarak yansımıştır<sup>17</sup>. Haberlerin toplumun bilgilendirilmesindeki önemi dolayısıyla haber içeriklerinin doğruluğunun mutlak olması gerekirken, örnekte görüldüğü şekilde hukuki tanımlamalar, verilen kararlar toplumu yanıltıcı olarak yansıtılmaktadır. Habercilik etiğine uygunluğun sağlanması gerekliliğinin yanı sıra, kamunun kolayca ulaşabildiği haberleri üreten kişilerin Türk Ceza Kanunu’nun 4.maddesi olan “Ceza Kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” hükmüne uymaları gerekmektedir. Örneklerden görüleceği şekilde hukukun temel ilkelerine aykırılık teşkil eden, aynı zamanda oldukça büyük sonuçlar doğuran bu veri işlemlerinde, toplumun bilgi alma hakkı veya bireylerin ifade özgürlüğünün korunduğu karşı tez olarak ileri sürülemeyecektir. Kamunun kolayca ulaşabileceği alanlardaki kişisel veri işlemlerinin önlenmesi için toplumsal farkındalık yaratılmasının yanında teknik ve kurum bazında, ihlalleri minimumda tutan veri işleme modellerinin incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, mağdur kadının onuru, sağlığı ve cinsel hayatına ilişkin kişisel verileri, Avrupa Konseyi’nin 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi’nin 8. Maddesinde düzenlenen biçimde “hassas veri” olarak kabul edilebilecek; yeni bir

<sup>16</sup> N.Y.’nin evinin kundaklandığına ilişkin haber için: [http://www.dha.com.tr/nevin-yildirimin-evi-kundaklandi\\_368749.html](http://www.dha.com.tr/nevin-yildirimin-evi-kundaklandi_368749.html) (Erişim:10.03.2016)

<sup>17</sup> “Eşini boğdu, beraat etti bir de tazminat kazandı!” başlıklı haber için: <http://www.gazetevatan.com/esini-bogdu-beraat-etti-bir-de-tazminat-kazandi--849668-gundem/> (Erişim:10.03.2016)



teknik altyapı ile Fransız Veri Koruma Otoritesi'nin Direktifi'nde öngörülen<sup>18</sup>, sağlık alanında faaliyet gösteren internet sitelerinin sıklıkla denetlenmesi örneğinde olduğu gibi, ihlallerin önlenmesi prosedürü çalışmalarından önce ülkemizde uygulanabilecektir.

Hassas veri, Veri Koruma Direktifi'ne göre kişinin temel haklarını ve özel hayatın gizliliğini ihlal eden ten rengi, siyasi görüş, mahkumiyet, sağlık ve cinsel hayat gibi verileridir. Direktif'in 8. maddesinde belirtilen hassas veriler kural olarak işlenemeyecektir. Bu verilerin işlenebilme istisnaları ise: veri sahibinin açık muvafakatı, veri sahibinin hayati çıkarlarının korunması halleri olarak belirtilmiştir. Veri koruma hukukuna, hassas verilerin işlenmesinin sıradan verilerin işlenmesinden daha katı denetime tabi tutulması anlamına gelen "hassaslık ilkesi" hâkimdir. Dolayısıyla, hassas veri olarak belirlenen durumlarda veri işlemleri Veri Koruma Direktifi'nin 7. Ve 8. maddesinde öngörüldüğü biçimde bir veya birden fazla şartın yerine gelmesi halinde gerçekleştirilebilir<sup>19</sup>. Ülkemizde uygulanması mümkün olan bir diğer örnek, 2003 tarihli Estonya Kişisel Veri Koruma Kanunu<sup>20</sup>nda öngörülen; hassas kişisel veri sayılmayan ailevi durumlar, sosyal yardım talepleri gibi bazı özel durumları "özel kişisel veri" olarak kabul etmektir. Bu bağlamda da kadın mağduriyetlerinin, mevcut teknik altyapı ve mahkemeler nezdinde öncelikli olarak incelenerek karara bağlanması mümkün olabilecektir. Unutulma hakkının Türk Yargısında, uygulanmanın kontrolünün sağlandığı teknik altyapı ile birlikte açıkça tanınması, ihlal halinde ise pozitif ayrımcılık gereği mağdur kadınların taleplerine öncelik verilmesi gerektiği açıktır. Yalnızca kadın bazında kalmayan bu mağduriyetlerin önlenmesi için bireylerin haklarının öğrenilmesine yönelik toplumsal bilinç oluşturulmasının yanı sıra unutulma hakkının somut olarak korunmasını sağlayacak mekanizmalara ihtiyaç mevcuttur.

<sup>18</sup> <https://clientsites.linklaters.com/Clients/dataprotected/Pages/France.aspx> (Erişim Tarihi:10.03.2016)

<sup>19</sup> **Kaya**, Cemil, Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 69, Sayı 1-2 (2011).

<sup>20</sup> <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/512112013011/consolide>

## KAYNAKÇA

- Ahi**, Şebnem, “Unutulma Hakkı (The right to be forgotten)” <http://www.bilisimhukuk.com/2014/02/unutulma-hakki-the-right-to-be-forgotten/>
- Akgül**, Aydın, Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve Ab Adalet Divanı’nın “Google Kararı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2016, Sayı 116
- Doğan**, Derya, Unutulma Hakkı Ve Uygulaması, 30. Ulusal Bilişim Kurultayı Bildiri Kitabı, Türkiye Bilişim Derneği, 2013
- Gülener**, Serdar, Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak “Unutulma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012
- Henkoğlu**, Türkay; **Külcü**, Özgür; Bilgi Erişim Platformu Olarak Bulut Bilişim: Riskler Ve Hukuksal Koşullar Üzerine Bir İnceleme, Bilgi Dünyası, 2013
- Kaya**, Cemil, Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 69, Sayı 1-2 (2011)
- Küzeci**, Elif, Anayasal Bir Hak: Kişisel Verilerin Korunması, <http://www.bilisimdergisi.org/s128>
- Moroğlu**, Nazan, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi, [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf)
- Öncü**, Gülay Aslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2011
- Tekin**, Nurullah, Kişisel Verilerin Korunması İle İlgili Türkiye’deki Kanun Tasarısının Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Işığında Değerlendirilmesi, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000145760>
- Yavuz**, Can, Bilişim Çağında Yeni Bir İnsan Hakkı: Unutulma Hakkı, İstanbul Barosu Dergisi Mart-Nisan 2015



# ÖZEL HUKUK



# İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri\*

## Admissibility Of Prima Facia Evidence Within The Judgement Of The Release Of The Opposition



Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM\*\* - Ar. Gör. Ozan TOK\*\*\*

### ÖZET

Delil başlangıcı, Kanunda ispat hukukuna ait genel hükümlerde düzenlenmiş bir müessesedir. Delil başlangıcı senetle ispat zorunluluğunun önemli bir istisnası olarak Kanunda düzenlenmiştir. Buna göre bir belgenin delil başlangıcı teşkil edebilmesi için öncelikle senetle ispatı gereken bir vakıa bulunmalıdır. İtirazın kaldırılması yargılamasında ise kanun koyucunun amacı, elinde itibar edilen belgeler bulunan alacaklının takibe hızlı bir şekilde devam edebilmesini sağlamaktır. Bu sebeple de kanun koyucu itirazın kaldırılması yargılamasında ispat hukukunun genel hükümlerinden ayrılarak özel ispat araçlarıyla ispatın gerektiğini belirlemiştir. Bu halde delil başlangıcı, senetle ispat zorunluluğunun değil ve fakat belgeyle ispat zorunluluğunun söz konusu olduğu itirazın kaldırılması yargılamasında varlık kazanamaz.

**Anahtar Kelimeler:** Delil başlangıcı, Caiz delil, senetle ispat zorunluluğu, itirazın kaldırılması yargılaması.

### ABSTRACT

Prima facie evidence is in the general provisions of the law. Prima facie evidence is an exception to the prohibition of testimony. For the existence of prima facie evidence it is also necessary the prohibition of testimony. The purpose of the jurisdiction of the release of the opposition is to remove as soon as possible debtor's opposition and continue the pursuit of the debtor. That is why the law advocated special provisions in the field of law of evidence. Therefore prima facie evidence can not exist where the prohibition of testimony does not apply.

\* Bu makale, "Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı" isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

\*\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\*\* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

**Keywords:** *Prima facie evidence, admissible evidence, prohibition of testimony, the jurisdiction of the lifting of the opposition.*

## I. DELİL BAŞLANGICININ UNSURLARI VE DELİL DEĞERİ

### a) Delil Başlangıcının Tanımı ve Unsurları

Delil başlangıcı (commencement de preuve), mevcudiyeti hâlinde vakıa bakımından geçerli olan senetle ispat zorunluluğunu ortadan kaldıran bir delildir<sup>1</sup>.

Bir belgenin delil başlangıcı olabilmesi için, aleyhine sadır olacak kişiden kaynaklanması gerektiği gibi ayrıca ilgili belgenin uyumsuzluk konusu hukuki işlem şeklindeki vakıayı gerçeğe yakın (vraisemblant) olarak göstermesi gerekmektedir (HMK m. 202). Buna göre delil başlangıcının belge olma, kaynaklanma ve gerçeğe yakın olarak gösterme biçiminde üç unsuru bulunmaktadır<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> MOURALIS, Jean Louis, *Preuve (Régles de Preuve)*, Répertoire civil, Editions Dalloz, 2011, s. 50; FERRAND, Frédérique, *Preuve*, Editions Dalloz, Décembre 2013, s. 101; MANUEL, Jean, *Le Commencement de Preuve Par Ecrit*, Grenoble 1937, s. 10; DIANU, Constantin, *De La Preuve Testimoniale En Matière Des Conventions*, Paris 1896, s. 199; PLANIOL, Marcel, Georges RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français, Obligations (Deuxième Partie)*, Tome VII, Paris 1931, s. 868; DEHOEY, Frédéric-Etelbert, *Droit Roman De La Preuve Littérale Droit Français De L'Admissibilité De La Preuve Testimoniale, En Matière Civile*, Paris 1869, s. 92; AUBRY, Charles, Charles RAU, *Cours de Droit Civil Français*, 12. Tome, 5. Edition, Paris 1922, s. 342; FAURE, Albert, *Etude Sur La Preuve Littérale Chez Les Romains et L'Admissibilité De La Preuve Testimoniale Dans Le Droit Français*, Paris 1875, s. 84; GRYNBAUM, Luc, *Preuve, Répertoire de droit commercial*, Editions Dalloz, 2010, s. 4; MOUGENOT, Dominique, *Droit des Obligations, La Preuve*, 3 ième édition, 2002, s. 127; SAVOURNIN, Justin, *De La Preuve Testimoniale En Matière Civile Et Commerciale, Aix-en-Provence 1875*, s. 93; BEUDANT, Robert, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Droit Civil Français, Les Contrats et Les Obligations*, Tome IX, Seconde Edition, Paris 1953, s. 353; CAPITANT, Henri, *Introduction à L'Etude de Droit Civil*, 5. Edition, Paris 1898, s. 428; DEKKERS, René, *Précis de Droit Civil Belge*, 2. Tome, Bruxelles 1955, s. 409; LAURENT, François, *Principes de Droit Civil*, 19. Tome, 3. Edition, Bruxelles-Paris 1878, s. 505; GRIDEL, Jean-Pierre, *Introduction au droit et au droit français*, Paris 1994, s. 637; POSTACIOĞLU, İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Altıncı Bası, İstanbul 1975, s. 612; BERKİN, Necmeddin M., *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul (Tarih Yok), s. 800; POSTACIOĞLU, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964, s. 253; ALANGOYA, Yavuz, M. Kamil YILDIRIM, Nevhis DEREN-YILDIRIM, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 389; KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Bası, Cilt: II, İstanbul 2001, s. 2289; KURU, Baki, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2015, s. 279; BİLGE, Necip, Ergun ÖNEN, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Üçüncü baskı, Ankara 1978, s. 566; ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 676; UMAR, Bilge, Ejder Yılmaz, *İspat Yükü, Genişletilmiş 2. Bası*, İstanbul 1980, s. 607; YILMAZ, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı*, Ankara 2013, s. 1096; PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, *Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2013, s. 750-751; GÖRGÜN, L. Şanal, *Medeni Usul Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2014, s. 312-313; KONURALP, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, Ankara 2009, s. 34; KONURALP, Haluk, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 2009, s. 38; KARSLI, Abdürrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 514; YAVVAŞ, Murat, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları*, Ankara 2009, s. 262.

<sup>2</sup> KONURALP, *Delil*, s. 40-41; LEVENEUR, Laurent, *Code Civil*, 35. Edition, Paris 2015, s. 961-962; TİFTİK, "Mustafa, Yazılı Delil Başlangıcı", AD, S.1, Y. 1984, s. 244.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte delil başlangıcının maddi unsuru olan belge olma unsurunun kapsamı genişletilmiştir. Buna göre artık elektronik belgeler de delil başlangıcı oluşturmaya elverişlidir<sup>3</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte Yargıtay'ın içtihatlarının da bu yönde olduğunu belirtmekte fayda vardır<sup>4</sup>.

Delil başlangıcının, aleyhine kullanılacak kişiden sadır olması ise kaynaklanma unsurunu göstermektedir. Kanundaki ifadenin aksine, delil başlangıcının aleyhine kullanılacak kişi tarafından gönderilmesine esasen lüzum yoktur. Kaynaklanma unsurunun gerçekleşmesi için aranan kriter, ilgili belgenin aleyhine kullanılacak kişiye ait olmasıdır. Bu aidiyet ise fikri (intellectuel) ve fiziki (matériel) olmak üzere iki türdür<sup>5</sup>. Kaynaklanma unsurunun tamamlanabilmesi bakımından aidiyetin mutlak olarak fikri ve kural olarak fiziki olması gerekmektedir<sup>6</sup>.

Delil başlangıcının gerçeğe yakınlık unsuruysa, delil başlangıcı teşkil eden belgenin uyumsuzluk konusu hukuki işlemi veya onun unsurlarını basit bir ihtimalden daha kuvvetli bir şekilde göstermesini ifade eder<sup>7</sup>. Bunun belirlenmesi konusunda ise, diğer unsurlarının aksine, hâkimin geniş bir takdir yetkisinin olduğu Fransız doktrininde<sup>8</sup> ve Belçika Yargıtay'ı kararlarında<sup>9</sup> kabul edilmektedir.

Her ne kadar delil başlangıcının üç unsuru bulunsa da, esasen bir belgenin delil başlangıcı teşkil edebilmesi bakımından gerekli olan başka bir hususun daha bulunduğunu ifade etmekte yarar vardır. Delil başlangıcı mevcudiyeti hâlinde vakıa bakımından geçerli olan senetle ispat zorunluluğunu ortadan kaldırmakta ve aynı zamanda bir delil olarak da tek başına veya diğer delillerle birlikte hükme esas alınabilmektedir<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> UMAR, s. 613; YILMAZ, s. 1097; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usul, s. 752; GÖRGÜN, s. 313; KARSLI, Usul, s. 514-515; GÖKSU, Mustafa, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları", Hacettepe Hukuk Fak. Derg., Y.2011, S.1, C.1; s. 59; Karş. KURU, Baki, "Yazılı Delil Başlangıcı(HMK m. 202)", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, s. 1385.

<sup>4</sup> Bkz. Yargıtay 21.HD, T. 29.09.2014, E. 2013/17596, K. 2014/18828; Yargıtay 21. HD, 09.06.2014, E. 2013/17593, K. 2014/13206 (<http://emsal.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 27.12.2015).

<sup>5</sup> MANUEL, s. 64; MOURALİS, Règles, s. 55-56; DİANU, s. 200. AUBRY/RAU, s. 349.

<sup>6</sup> MOURALİS, Règles, s. 55; POSTACIOĞLU, Şehadet, s. 275.

<sup>7</sup> MANUEL, s. 154; LAURENT, s. 521.

<sup>8</sup> AUBRY/RAU, s. 351; FERRAND, s. 102; PLANİOL/RİPERT, s. 874; MOURALİS, Règles, s. 57; AMMAR, Daniel, "Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique", RTD Civ, Y. 1993, s. 501.

<sup>9</sup> Cour de Cassation, Date: 30/04/1982, Numéro: 3403 (<http://justice.belgium.be>, Erişim tarihi: 26.10.2015).

<sup>10</sup> POSTACIOĞLU, Şehadet, s. 253; YAVAŞ, s. 262.

O hâlde bir belgenin delil başlangıcı teşkil edebilmesi için ön şart vakianın tanıkla ispatının caiz olmaması veya başka bir ifadeyle ilgili vakianın ispatı bakımından senetle ispat zorunluluğu bulunmasıdır<sup>11</sup>. Buna göre uyuşmazlık konusu vakıalar bakımından hâkimin delillerin değerlendirmesinde takdir yetkisi bulunduğu hâllerde bir belgenin delil başlangıcı teşkil edebileceğinden bahsetmek mümkün değildir<sup>12</sup>.

### b) Delil Başlangıcının Delil Değeri

Delil başlangıcının delil değeri tartışma konusu yapılırken öncelikle tartışılması gereken husus delil başlangıcının “başlangıç” kelimesinin yarattığı tereddütten dolayı bir delil olup olmadığıdır. İfade etmek gerekir ki “başlangıç(commencement)” ifadesi esasen delil başlangıcının delil niteliğini bertaraf etmemektedir. Buradaki başlangıç ifadesinin kullanılmasının sebebi, kanuni delille ispatın gerektiği hâllerde Kanun tarafından unsurları gösterilmiş bir delilin bulunmasıyla yalnızca o vakıa bakımından geçerli olan kanuni delille ispat zorunluluğunu ortadan kalkmasıdır. Buna göre delil başlangıcı delili, kanuni delillerin aksine, vakiayı doğrudan doğruya ispatlamakta ancak hâkime delillerin değerlendirilmesi bakımından bir takdir yetkisi vermektedir. Böyle bir delil ise kanuni delille ispatı gereken vakıa bakımından tam delil(preuve complète) olarak kabul edilemez; zira delil başlangıcı bir kanuni delil değildir<sup>13</sup>. O hâlde “başlangıç(commencement)” ifadesinin kullanılması delil başlangıcının bir delil olmadığı manasına gelmemektedir.

İkinci bir hususta delil başlangıcının bir kanuni delil mi olduğu yoksa takdiri delil mi olduğu konusudur. Kanuni deliller hüküm ve sonuçları kanun tarafından belirlenen ve mevcudiyeti durumunda hâkimin vakıa bakımından sahip olduğu takdir yetkisini ortadan kaldıran delillerdir<sup>14</sup>. Hâlbuki delil başlangıcının hâkimin delillerin değerlendirmesindeki takdir yetkisinin kısıtlayan bir etkisi yoktur; aksine delil başlangıcı, hâkimin delillerin değerlendirmesinde takdir yetkisine sahip olmasına sebep olan senetle ispat zorunluğunun istisnasını teşkil eden bir delildir. O hâlde delil başlangıcı unsurları Kanun tarafından belirlenmiş bir takdiri delildir<sup>15</sup>.

Fransız doktrininde oy birliğiyle kabul edilen görüşe göre delil başlangıcı tek başına hükme esas alınamaz<sup>16</sup>. Fransız Yargıtay’ı kararları da bu yönde-

<sup>11</sup> KONURALP, Sınırlar, s. 36.

<sup>12</sup> Karş. UMAR, s. 609.

<sup>13</sup> DİANU, s. 209; BERKİN, s. 800.

<sup>14</sup> YILDIRIM, Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 207; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usul, s. 714, GRYNBAUM, s. 13.

<sup>15</sup> POSTACIOĞLU, Usul, s. 613; ÜSTÜNDAĞ, Yargılama, s. 678.

<sup>16</sup> MOURALİS, Regles, s. 58; FERRAND, Preuve, s. 103, GRİDEL, s. 638; GRYNBAUM, s. 17; LEVENEUR, s. 692; MESTRE, Jacques, “De la nécessité et des moyens de compléter un commen-



dir<sup>17</sup>. Türk doktrininde ise Postacıoğlu<sup>18</sup> ve Konuralp<sup>19</sup> delil başlangıcının tek başına hükme esas alınabileceği kanaatini taşımaktadır. Kanaatimizce de delil başlangıcı teşkil eden belgenin vakıyı temsil kuvveti yüksek olması hâlinde tek başına hükme esas alınabilmesinde herhangi bir mahsur bulunmamaktadır.

Çalışmamız bakımından tartışılması gereken son bir husus daha bulunmaktadır. Bu da delil başlangıcının hangi tip yargılamalarda delil olarak değerlendirileceğidir.

Delil başlangıcı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ispat hukukuna ilişkin genel hükümlerinde düzenlenen ve senetle ispat zorunluluğu kurumuyla da doğrudan doğruya bağlantılı olan bir delildir(HMK m. 200, 202). O hâlde delil başlangıcının mevcudiyetinden ve bununla bağlantılı olarak da delil olarak kabul edilmesinden bahsedebilmek için ilgili yargılamada Kanunun ispat hukukuna ilişkin genel hükümleri uygulanmalı ve uyumsuzluk konusu vakıalar bakımından senetle ispat zorunluluğu söz konusu olmalıdır. Aksi takdirde ilgili yargılama bakımından belge Kanunda sayılan unsurları taşısa dahi delil başlangıcı olarak kabul edilemez.

## II. İTİRAZIN KALDIRILMASI YARGILAMASI VE DELİL BAŞLANGICI

### a) İtirazın Kaldırılması Yargılamasının Özellikleri

İtirazın kaldırılması yargılaması 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 68. Maddesinde düzenlenmiştir. İtirazın kaldırılması yargılaması elinde Kanunda gösterilen belgelere sahip olan alacaklının, itirazın bertaraf edilmesini sağlmasına hizmet eden bir yargılamadır<sup>20</sup>. İtirazın kaldırılması bir dava olarak değil; bir hukuki çare olarak kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

---

cement de preuve par écrit", RTD Civ., Y. 1991, s. 749.

<sup>17</sup> Cour de cassation, 1re chambre civile, 20 mai 2010, n° 09-65.854; Cour de cassation, 1re chambre civile, 14 novembre, 2012 n° 11-25.900(www.dalloz.fr, Erişim Tarihi: 6.12.2015).

<sup>18</sup> POSTACIOĞLU, Şahadet, s. 311.

<sup>19</sup> KONURALP, Delil, s. 154.

<sup>20</sup> POSTACIOĞLU, İlhan E., Sümer ALTAY, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 240; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Cilt: 1, İstanbul 1988, s. 320; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 277; ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2004, s. 111; YILDIRIM, Kamil, Nevhis DEREN-YILDIRIM, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 80; PEKCANİTEZ, Hakan, Oğuz ATALAY, Meral SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Muhammet ÖZEKES, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2013, s. 214; KARSLI, Abdurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 157; ULUKAPI, Ömer, İcra ve İflâs Hukuku, Konya 2014, s. 57; KIRAZ, Taylan Özgür, İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın Kaldırılması(İİK md. 68-70), 4. Baskı, Ankara 2013, s. 27.

<sup>21</sup> "(...) Özellikle belirtmelidir ki, icra mahkemesinin görev alanına giren itirazın kaldırılması ( m. 68 ve 68A ) ve şikayet ( m.16 ) başvuruları usul hukuku anlamında "dava" niteliği taşımamaktadır(...)"

İtirazın kaldırılması yargılamasında, kanun koyucu ispat hukukuna ilişkin özel hükümler öngördüğünden, yargılamada görevli olan icra mahkemesinin muhakeme yetkisi sınırlıdır. Bu sebeple itirazın kaldırılması yargılamasında verilen kararların maddi hukuka ilişkin hak bakımından kesin hüküm teşkil etmesi mümkün değildir<sup>22</sup>; ancak karar yalnızca müstakbel bir itirazın kaldırılması yargılaması bakımından kesin hüküm teşkil eder.

İtirazın kaldırılmasının amacı alacaklının belli belgelere sahip olması halinde itirazın, davaya göre daha kısa süre içerisinde, bertaraf edilmesini sağlamaktır<sup>23</sup>. Bu yönüyle itirazın kaldırılması yargılaması alacaklının menfaatine hizmet eder. İtirazın kaldırılması yargılamasının bu amacı ise ancak özel ispat usulleri öngörülme suretiyle gerçekleştirilebilecektir. Zira amaç maddi hukuka ilişkin hakkın muhakemesi değildir ve alacaklı tam olarak hakkın varlığından ziyade takipteki haklılığını Kanunda gösterilen belgelerle ispatlayacaktır. Ancak hak muhakeme edilmediği için ve icra mahkemesinin kararında yalnızca itirazın kaldırılmasına hükmedildiği için; maddi hukuka ilişkin hak borçlu tarafından genel mahkemeler önünde tartışma konusunu yapılabilecektir.

İtirazın kaldırılması yargılamasının konumuz bakımından özellik arz eden tarafı, ilgili yargılamada kanun koyucunun ispat hukukunun genel hükümlerinden ayrılmak suretiyle ispat hukukuna ilişkin özel hükümler sevk etmesidir. Buna göre icra mahkemesi tarafından borçlunun ödeme emrine itirazının kaldırılması için, alacaklının elinde kayıtsız şartsız borç ikrarını içeren resmi bir senet veya imzası borçlu tarafından ikrar edilmiş adi senet veya resmi makamların yetkileri dahilinde vermiş olduğu belgelerin bulunması gerekir (İİK m. 68).

Buna göre icra mahkemesinde gerçekleşen itirazın kesin kaldırılması yargılamasında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ispat hukukunun genel hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. İspat hukuku bakımından bir nitelendirme yapmak gerekirse itirazın kesin kaldırılması yargılamasında Kanunda gösterilen belgeyle ispat zorunluluğu vardır.

---

Yargıtay HGK, T. 27.3.2015, E. 2013/6-1654, K. K. 2015/1106(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.12.2015).

<sup>22</sup> POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 241; KURU, El kitabı, s. 276.

<sup>23</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 214-215.

## b) İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Caiz Delil Olup Olmadığı Sorunu

Caiz delil kavramı, esasen kanuni delil sistemine özgü bir kavramdır (HMK m.189/f.III)<sup>24</sup>. Bu kavram kanuni delille ispat zorunluluğu bulunan vakıalar bakımından hâkimin taraflarca gösterilen delilleri değerlendirme yetkisinin bulunup bulunmadığını ifade eder<sup>25</sup>.

Delil başlangıcı ise, senetle ispatı gereken vakıalar bakımından esasen caiz bir delildir. Zira delil başlangıcı senetle ispat zorunluluğunun Kanunda öngörülen istisnalarından biridir(HMK m. 202,CC. Art. 1347).

Senetle ispat zorunluluğunun bir istisnası niteliğinde olan delil başlangıcı delili, bu yönüyle senetle ispat zorunluluğu ile sıkı bir bağlantı içerisindedir. Tıpkı senet gibi delil başlangıcı da yalnızca hukuki işlem şeklindeki vakıaları içerebilir<sup>26</sup>. Buna göre delil başlangıcının söz konusu olabilmesi için öncelikle Kanun gereği senetle ispatı zorunlu olan bir vakıa gerekmektedir. Senetle ispat zorunluluğu kurumu ise ispat hukukunun genel hükümlerinde düzenlenen bir kurumdur(HMK m. 200). O halde delil başlangıcı da ispat hukukunun genel hükümlerinin uygulandığı yargılamalar bakımından caiz bir delil olarak kabul edilebilecektir(HMK m. 189).

İtirazın kesin kaldırılması yargılamasında ise hangi delillerin caiz olduğu, başka bir deyişle hangi delillerin hâkim tarafından hükme esas alınabileceği Kanunda gösterilmiştir(İİK m. 68). Buna göre Kanun ispat hukukunun genel hükümlerinden ayrılarak itirazın kaldırılması yargılaması bakımından ispat hukukuna ilişkin özel hükümler getirmiştir. İtirazın kesin kaldırılması yargılamasında senetle ispat zorunluluğundan değil; kanunda öngörülmüş belgeyle ispat zorunluluğundan söz etmek gerekir.

Her ne kadar 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 68. Maddesinde resmi veya adi senetlerin itirazın kesin kaldırılması yargılamasında hükme esas alınacağı ifade edilse de esasen burada teknik anlamda senetle ispat zorunluluğunun bulunduğundan söz edilemeyecektir. Kanun borçluyla alacaklının menfaatini birleştirerek kabul ettiği itirazın kaldırılması yargılamasında alacaklının elinde itibar edilebilir delillerin bulunması gerektiğinden hareketle “Kanunda gösterilen belgelerle ispat zorunluluğunu” kabul etmiştir. O halde itirazın kesin kaldırılması yargılamasında teknik anlamda

<sup>24</sup> PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usul, s. 713.

<sup>25</sup> AKİL, Cenk, “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”, AÜHF, Y. 2012, C. 61, S. 4, s. 1225; KILIÇOĞLU, Evren, Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması(Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011, s. 270.

<sup>26</sup> KONURALP, Sınırlar, s. 36.

senetle ispat zorunluluğu söz konusu olmadığı için delil başlangıcının da mevcudiyeti söz konusu olamaz<sup>27</sup>. Ayrıca itirazın kaldırılması yargılamasında Kanunda gösterilen belgeler dışında hiçbir delil kural olarak<sup>28</sup> caiz delil olarak da kabul edilemeyecektir.

## SONUÇ

Delil başlangıcı senetle ispat zorunluluğunun söz konusu olduğu hallerde, Kanun tarafından bu zorunluluğun istisnası olarak düzenlenmiş özellik arz eden bir takdiri delildir. Delil başlangıcının diğer takdiri delillerden ayrılan yönü ise, senetle ispat zorunluluğuna tabi vakıa bakımından bu zorunluluğu ortadan kaldırmasıdır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 202. maddesinde delil başlangıcının unsurları düzenlenmiştir Bunlar delil başlangıcının maddi unsuru olan bir belge bulunması, delil başlangıcının kaynaklanma unsuru olan delil başlangıcının aleyhine kullanılacak kişiden sadır olması ve delil başlangıcının gerçeğe yakınlık unsuru olan delil başlangıcının hukuki işlemi gerçeğe yakın(muhtemel) göstermesidir. Ancak bu üç unsurun yanından delil başlangıcının söz konusu olabilmesi için mevcudiyeti mutlak surette gerekli olan bir ön şart da bulunmaktadır. Bu ise vakıa bakımından senetle ispat zorunluluğunun mevcudiyetidir. Vakıa bakımından hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi söz konusu ise, bir belge Kanunda gösterilen diğer iki unsuru taşısa dahi delil başlangıcı olarak kabul edilemez.

İtirazın kaldırılması yargılaması ise kanun koyucu borçlunun itirazının daha hızlı bir şekilde bertaraf edilebilmesi için düzenlenmiş olan bir hukuki çaredir. Kanun koyucu itirazın kesin kaldırılması yargılamasında ispat hukukunun genel hükümlerinden ayrılarak yalnızca belirli ispat araçlarının yargılama bakımından caiz delil olduğunu düzenlemiştir. Her ne kadar bu belgelerden bazıları resmi veya adi senet de olsa esasen itirazın kaldırılması yargılamasında ispat hukukunun genel hükümleri uygulama alanı bulmadığı için senetle ispat zorunluluğu da söz konusu olamaz, senetle ispat zorunluluğunun bulunması delil başlangıcının mevcudiyeti için bir ön şart olduğundan itirazın kesin kaldırılması yargılamasında, delil başlangıcının söz konusu olması da mümkün olmayacaktır.

<sup>27</sup> ÜSTÜNDAĞ, İcra, 112-113; KIRAZ, s. 122.

<sup>28</sup> Ancak senet üzerinde tahrifat yapıldığı gibi iddialar bakımından bilirkişiye başvurulması mümkündür(UYAR, Talih, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cit: 4, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 5373.

## KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk, “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”, AÜHFHD, Y. 2012, C. 61, S. 4, s. 1223-1270.
- ALANGOYA, Yavuz, M. Kamil YILDIRIM, Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2011.
- AMMAR, Daniel, “Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique”, RTD Civ, Y. 1993, s. 499-530.
- AUBRY, Charles, Charles RAU, Cours de Droit Civil Français, 12. Tome, 5. Edition, Paris 1922.
- BERKİN, Necmeddin M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul (Tarih Yok).
- BEUDANT, Robert, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Droit Civil Français, Les Contrats et Les Obligations, Tome IX, Seconde Edition, Paris 1953.
- BİLGE, Necip, Ergun ÖNEN, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü baskı, Ankara 1978.
- CAPITANT, Henri, Introduction à L'Etude de Droit Civil, 5. Edition, Paris 1898.
- DEHOEY, Frédéric-Etelbert, Droit Roman De La Preuve Littérale Droit Français De L'Admissibilité De La Preuve Testimoniale, En Matière Civile, Paris 1869.
- DEKKERS, René, Précis de Droit Civil Belge, 2. Tome, Bruxelles 1955.
- DİANU, Constantin, De La Preuve Testimoniale En Matière Des Conventions, Paris 1896.
- FAURE, Albert, Etude Sur La Preuve Littérale Chez Les Romains et L'Admissibilité De La Preuve Testimoniale Dans Le Droit Français, Paris 1875.
- FERRAND, Frédérique, Preuve, Editions Dalloz, Décembre 2013.
- GÖKSU, Mustafa, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, Hacettepe Hukuk Fak. Derg., Y.2011, S.1, C.1; s. 53-65.
- GRİDEL, Jean-Pierre, Introduction au droit et au droit français, Paris 1994.
- GRYNBAUM, Luc, Preuve, Répertoire de droit commercial, Editions Dalloz, 2010.
- KARSLI, Abdurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014.
- KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014(Usul).
- KILIÇOĞLU, Evren, Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması(Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011.
- KİRAZ, Taylan Özgür, İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın Kaldırılması(İİK md. 68-70), 4. Baskı, Ankara 2013.
- KONURALP, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009 (Sınırlar).
- KONURALP, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009(Delil).
- KURU, Baki, “Yazılı Delil Başlangıcı(HMK m. 202)”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, s. 1383-1391.
- KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013(El kitabı).
- KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Cilt: 1, İstanbul 1988.
- KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015.
- LAURENT, François, Principes de Droit Civil, 19. Tome, 3. Edition, Bruxelles-Paris 1878.
- LEVENEUR, Laurent, Code Civil, 35. Edition, Paris 2015.
- MANUEL, Jean, Le Commencement de Preuve Par Ecrit, Grenoble 1937.

- MESTRE, Jacques, “De la nécessité et des moyens de compléter un commencement de preuve par écrit”, RTD Civ., Y. 1991, s. 749.
- MOUGENOT, Dominique, Droit des Obligations, La Preuve, 3 ieme édition, 2002.
- MOURALIS, Jean Louis, Preuve(Régles de Preuve), Répertoire civil, Editions Dalloz, 2011(Régles).
- PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz ATALAY, Meral SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Muhammet ÖZEKES, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013(Usul).
- PLANIÖL, Marcel, Georges RİPERT, Traité Pratique de Droit Civil Français, Obligations(Deuxieme Partie), Tome VII, Paris 1931.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975(Usul).
- POSTACIOĞLU, İlhan E., Sümer ALTAY, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010.
- POSTACIOĞLU, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964(Şehadet).
- SAVOURNİN, Justin, De La Preuve Testimoniale En Matiere Civile Et Commerciale, Aix-en-Provence 1875.
- TİFTİK, “Mustafa, Yazılı Delil Başlangıcı”, AD, S.1, Y. 1984, s. 241-263.
- ULUKAPI, Ömer, İcra ve İflâs Hukuku, Konya 2014.
- UMAR, Bilge, Ejder Yılmaz, İsbat Yükü, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1980.
- UYAR, Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cit: 4, 2. Baskı, Ankara 2005.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2004(İcra).
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000(Yargılama).
- YAVAŞ, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009.
- YILDIRIM, Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- YILDIRIM, Kamil, Nevhis DEREN-YILIDIRIM, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013.

#### **ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

[www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr)

<http://justice.belgium.be>

<http://emsal.yargitay.gov.tr>

# Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMMS = Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçılarının Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortacısına Başvurmaları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler



Prof. Dr. Şaban KAYIHAN\*

## GİRİŞ

Sigorta hukuku, kişilerin güvenlik ihtiyacı için doğmuş olan bir hukuk dalıdır<sup>1</sup>. Günümüzde sigorta; genel olarak, sosyal sigortalar ve özel sigortalar olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktadır. Sosyal sigortalar, belirli halk gruplarının sosyal güvenliklerini temin etmek üzere kanunda öngörülmüş ve prensip itibarıyla zorunlu nitelikteki sigortalardır ve bu sigortalar, kaynağını kamu hukukunda bulurlar. Özel sigorta ise bireylerin özel menfaatlerini korumak amacıyla ve kural olarak serbest iradeleri ile sigorta sözleşmesi akdederek oluşturdukları bir güvencedir<sup>2</sup>. Hukuki açıdan sosyal sigortalar ile özel sigortalar arasındaki en önemli fark şudur: Sosyal sigortalar, yalnızca kanun ile kurulmuş bir kurum tarafından ve statüye giren kişilere zorunlu olarak yapılması gereken sigortalardır. Oysa özel sigortada **zorunlu özel sigortalar hariç**, kural olarak böyle bir mecburiyet söz konusu olmadığı gibi; kişi, istediği sigorta şirketi ile sigorta sözleşmesi yapma imkânına sahiptir.

Özel sigorta güvencesi, sigorta ettirenlerle sigortacılar arasında kurulan özel sigorta sözleşmesi ile sağlanır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1401/1 hükmü sigorta sözleşmesini, “*Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında*

\* Prof. Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> **GÜVEL, Enver Alper / GÜVEL, Afıtap Öndaş**, Sigortacılık, 5. Baskı, Ankara: 2010, sh. 19 vd..

<sup>2</sup> Özel sigorta hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **KENDER, Rayegan**, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş On Dördüncü Baskı, İstanbul: XII Levha, 2015; **KUBİLAY, Huriye**, Özel Sigorta Hukuku, İzmir: Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, 1999; **BOZER, Ali**, Sigorta Hukuku, Ankara, BTHAE Yayınları, 1986; **KAYIHAN, Şaban**, Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, Ankara: Seçkin, 2004; **ULAŞ, Işıl**, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Genişletilmiş 12. Baskı, Ankara: 2012; **ÇEKER, Mustafa**, Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku, Adana: Karahan, 2003; **BOZER, Ali**, Bankacılar İçin Sigorta Hukuku Bilgisi, BTHAE Yayınları, Beşinci Baskı, Ankara: 1999.

gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği” bir sözleşme olarak tanımlamaktadır. Belirtmek gerekir ki bu tanım, esasen sıkıntılı bir tanım olmakla birlikte, biz konumuzu dağıtmamak için bu tanım üzerinde durmaktan ziyade kanımızca olması gereken tanımı aşağıda vermeyi uygun gördük.

Kanaatimizce sigorta sözleşmesini; “bir tarafın (sigortacının), diğer tarafın (sigorta ettirenin) sahip olduğu aktif veya pasif bir menfaati, gelecekte gerçekleşmesi kesin olan veya olmayan sigorta ettirenin kontrolü dışındaki bir olayın rizikosuna karşı üzerine aldığı (sigorta himayesi); diğer tarafın da (sigorta ettirenin), bunun karşılığında bir miktar para ya da buna denk bir karşılığı (prim) sigortacıya ödemeyi ya da tedarik etmeyi kabul ve taahhüt ettiği karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme” olarak tarif edebiliriz<sup>3</sup>.

Sigortacı tarafından sigorta ettirene verilen belgeye, “sigorta poliçesi” adı verilir. Sözleşmenin yapıldığını ispat eden bu belgede, tarafların karşılıklı hak ve borçları yer alır<sup>4</sup>.

Biz bu çalışmamızı giriş bölümümüzden hemen sonra üç ana başlık altında ele almayı ve vardığımız sonuçlarla da çalışmamızı bitirmeyi amaçladık. Birinci başlık altında, ZMMS'nin hukuki niteliğini ve kapsamını inceledik. İkinci başlıkta, konuya ilişkin aktüel Yargıtay uygulamalarını ele alıp; özel sigorta hukukunun ilkeleri çerçevesinde görüşümüzü belirttik ve çalışmamızı sonuç kısmıyla da nihayete erdirdik.

## I. ZMMS'nin Hukuki Niteliği ve Kapsamı

### A. Hukuki Niteliği

Sigorta türlerine ilişkin olarak, 6762 sayılı bir önceki TTK'de olduğu gibi, 6102 sayılı yürürlükteki TTK'de de benimsenen klasik sınıflandırma, sigorta konusu menfaatin konusuna göre yapılmaktadır. Buna göre, sigortalar, klasik olarak **mal sigortası** ve **can sigortası** ayrımına tabi tutulur<sup>5</sup>. Konusunu malvarlığı kıymetlerinin oluşturduğu sigortalar **mal sigortası**; insan hayatına yönelen riskleri güvence altına alan sigortalar ise **can sigortası** olarak isimlendirilir. Çalışmamızın kapsamı çerçevesinde bu sigortaları detaylı olarak incelememiz mümkün olmamakla birlikte, sigorta ettirenin uğradığı zararları karşılamak üzere yapılan mal sigortalarına “**zarar veya taz-**

<sup>3</sup> KAYIHAN, Prim Ödeme Borcu, sh. 33; ayrıca bkz. KENDER, sh. 163 vd.; KUBİLAY, sh. 27 vd.; ÇEKER, Sigorta Hukuku, sh. 31 vd..

<sup>4</sup> KAYIHAN, Prim Ödeme Borcu, sh. 38 vd.; BOZER, Bankacılar İçin Sigorta, sh. 41.

<sup>5</sup> ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 10. Baskı, Adana: 2014, sh. 17.



*minat sigortaları*” adı verildiğini ifade etmek gerekir<sup>6</sup>. Zarar sigortası ise kendi içinde *aktif sigortası* ve *pasif sigortası* olarak ikiye ayrılır<sup>7</sup>.

Aktif kavramı ile malvarlığında bulunan ev, otomobil, tekne, mücevher, alacak, antika eşyalar vb. değerler kast edilir. Belirli bir değer ile belirli bir kişi arasındaki ilişki, sigorta hukukunda menfaat (çıkart) kavramını oluşturur. Sigortanın konusu menfaat olup, bu tür sigortalarda sigorta edilenin eşya değil; bu eşya üzerindeki menfaat olduğundan söz edilir<sup>8</sup>. Çünkü aktif sigortalarında, belirli bir kişi ile parasal olarak ölçülebilir belirli bir ekonomik değer arasındaki ilişki zararı ortaya çıkar ve bundan dolayı da aktif sigortası, bir menfaat sigortası olarak belirir<sup>9</sup>. Klasik örneğe göre, hırsızlık durumunda eşya bir maddi zarara uğramamakta; o eşyanın sahibi olan kişinin menfaati ihlal edilmektedir. Şayet bu eşyanın, örnek olarak, mücevherin maliki, bu mücevherini hırsızlığa karşı sigorta ettirmiş olması durumunda o mücevherde oluşacak muhtemel zararları değil; eşya üzerindeki çıkarını sigorta ettirmektedir<sup>10</sup>. Hırsızlık klozunu havi araç kasko sigortaları da bu kabildendir.

Pasif sigortasında ise sigortacı, sigorta ettirenin malvarlığında bazı pasiflerin ortaya çıkması ya da zaten var olan pasifin artması sonucunda uğrayacağı zararları öder. *Kender*'in isabetli olarak ifade ettiği gibi; örnek olarak, sigorta ettiren kanun tarafından veya taraf olduğu bir sözleşme ile kendisine tahmil edilmiş olan bazı borçlar nedeniyle zarara uğrayabilir, bazı masraflar yapmak zorunda kalabilir<sup>11</sup>. Bu tür sigortalarda, rizikonun gerçekleşmesi halinde belirli bir para ile ölçülebilir ekonomik değer; yani aktif ile olan ilişkinin ihlali söz konusu olmadığı için teknik yönden bir menfaat de yoktur. Menfaat olmadığından sigorta değeri de gündeme gelmez<sup>12</sup>. Pasif sigortalarının en önemli türleri, mali mesuliyet sigortası (kanuni borçlara karşı sigortaya örnek) ve reasüranstır (akdi borçlara karşı sigortaya örnek). Pasif sigortalarında sigorta ettirenler, aktif malvarlıklarını değil; üçüncü kişilere karşı doğabilecek muhtemel tazminat ödeme sorumluluklarını sigorta poliçesi kapsamında sigorta güvencesi altına almayı amaçlarlar.

<sup>6</sup> ÇEKER, Ders Kitabı, sh. 19; GÜVEL / GÜVEL, sh. 120 vd.; ayrıca bkz. BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Genel Hükümler - Bazı Sigorta Türleri, Ankara: 2004, sh. 43 vd..

<sup>7</sup> KENDER, sh. 208; GÜVEL / GÜVEL, sh. 121.

<sup>8</sup> KENDER, sh. 209; GÜVEL / GÜVEL, sh. 121.

<sup>9</sup> KENDER, sh. 209.

<sup>10</sup> KENDER, sh. 209; GÜVEL / GÜVEL, sh. 121.

<sup>11</sup> KENDER, sh. 211.

<sup>12</sup> KENDER, sh. 211; GÜVEL / GÜVEL, sh. 121.

İşte, zorunlu mali mesuliyet sigortası (ZMMS) da 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) 91 ila 101. maddeleri ile düzenlenmiş; niteliği itibarıyla pasif sigortası kategorisinde yer alan zorunlu bir özel sigorta türüdür.

Bu sigortanın amacı, trafik kazaları nedeniyle üçüncü kişilerin uğrayacakları zararların kolayca temin edilebilmesi olduğu gibi; zarardan sorumlu olan motorlu araç işleteninin kaza riskine karşı ekonomik bakımdan korunmasıdır. Fakat günümüzde, bu sigorta türünde zarar gören üçüncü şahsı korumak amacının birinci planda olduğunu ifade edelim.

KTK hükümlerine göre, motorlu araç işleteni sayılan kişilerin zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptirmaları gerekmektedir (KTK m. 91/1). Bu sigortaya uygulamada “trafik sigortası” da denilmektedir. Bu sigorta, bir tür kaza sigortasıdır. Sigorta, kaza sigortası dalında çalışmaya yetkili olan sigorta şirketleri tarafından yapılır ve bu şirketler, zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapmak zorundadırlar (KTK m. 101/1).

Sigorta primleri, araçların cinsine göre sigortanın en az tutarları üzerinden yapılır (Zorunluluk, bu en az tutarlar üzerinden sigorta ettirmekle yerine getirilmiş olur). Sigortanın en az tutarları, Ticaret Bakanlığı tarafından gerektiği zamanlarda belirlenerek yayınlanır.

***Zorunlu mali sorumluluk sigortası primleri bir defada ve peşin olarak alınır ve bu sigorta karşılığı olarak sigorta edilen aracın neden olacağı bir trafik kazasında üçüncü kişinin uğrayacağı (sigorta kapsamındaki) zarar, sigorta limiti dâhilinde karşılanır.***

## **B. Kapsamı**

### **1) Taşıt Yönünden**

Zorunlu mali sorumluluk sigortası (ZMSS) kapsamına giren araçlar, KTK'nin 3. maddesinde “motorlu araç” olarak kabul edilen araçlardır. Bu durumda, KTK m. 103 hükmüne ve motorlu araç tanımına göre, her türlü motorsuz taşıtlarla, motorsuz bisikletler ZMSS'ye tabi değildir. İnsan taşıyan römorklar bakımından, ZMSS'ye römorkların da kapsama alınması gerektiği, KTK'nin 102. maddesinde ayrıca belirtilmiştir. İnsan taşımayan römorkların verdiği zararlar nedeniyle işletenin sorumluluğunun KTK m. 85'e göre olacağının düzenlenmesi dolayısıyla, römorkların da aracın ZMSS kapsamında olacağı ifade edilmektedir.

### **2) Kazanın Oluştığı Yer Yönünden**

Bir trafik kazasına konu zararın, ZMSS kapsamında görülebilmesi için kazanın karayolunda (KTK m. 1) veya kanunda sayılan yerlerde (KTK m. 2/2) gerçekleşmesi gerekir. Bu bakımdan, karayolu dışında; kamuya açık alanlarda, park, bahçe, park

yeri, garaj, garaj yolu, eşya terminali, servis ve akaryakıt istasyonlarında faydalanılan yerler ile erişme kontrollü karayollarında ve para ödenerek yararlanılan karayollarının kamuya açık kesimlerinde ve karayolunun bağlantısını sağlayan deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların, karayolu araçlarına ayrılan kısımları karayolu olarak kabul edilmiştir. Yine, tren yolu ile karayolunun kesiştiği “hemzemin geçitlerde” meydana gelen motorlu araç kazaları da ZMSS kapsamında görülmektedir.

### 3) Sorumluluğun Türü Yönünden

ZMSS, işletenin KTK'nin 85/1. maddesine göre sorumluluğunun karşılanmasını sağlamak üzere yapılmaktadır. Bu husus, KTK m. 91/1'de açıkça belirtilmiştir. Buna göre, sigortanın kapsamı, işletilme halindeki motorlu araçların neden oldukları trafik kazasından doğan zararlardır. Bu nedenle, işletilme halinde olmayan araçların neden olduğu zararlarda veya KTK'nin 85/1. maddesinden başka hükümlerde belirtilen sorumluluk hallerinde sigortacının sorumluluğu bulunmamaktadır.

### 4) Tazminatın Türü Yönünden

ZMSS, yalnızca maddi zararları karşılamaktadır. Manevi zararlar, sigorta kapsamında değildir. Sigorta kapsamındaki maddi zararlar, kişiye ilişkin (ölüm ve yaralanma) zararlar olabileceği gibi; şeye (eşyaya) ilişkin zararlar da olabilir.

Sigorta ile işletenin sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. İşleten de zarar görene karşı sigortacı ile birlikte sorumludur. Fakat limit dâhilinde zararın sigortacıdan daha kolaylıkla alınması sağlanmak istenmiştir. Bu amaçla zararın, başvurudan (tespit tutanağı veya bilirkişi raporunun şirkete ulaşmasından) itibaren sekiz gün içinde ödenmesi gerektiği belirtilmiştir (KTK m. 99/1).

Zarar, maddi hasara ilişkin ise onarım (yedek parça ve işçilik) giderleri tazminata dâhildir. Araçtaki kazaya bağlı değer kaybı, sigorta kapsamında ise de onarım süresince aracın çalışmamasından doğan maddi kayıp sigorta teminatı dışındadır.

Şu ana kadar verilen bilgiler ışığında, ZMSS'nin motorlu araç işletenin tehlike sorumluluğu şeklinde beliren kusursuz sorumluluğunun<sup>13</sup> neticesinde aracı işletirken üçüncü şahıslara vereceği zararın teminatı bakımından öngörülmüş bir zorunlu

<sup>13</sup> Bkz. HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul: Vedat, 2015, sh. 156; TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul: Filiz, 1993, sh. 523 vd.; ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul: Beta, 2012, sh. 651; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt - 2, 9. Bası, İstanbul: Vedat, 2012, sh. 190 vd.; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara: Yetkin, 2014; sh. 668 vd.; İNAN, Ali Naim / YÜCEL, Özge, İNAN Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014, sh. 437 vd.; KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013, sh. 269-270.

özel sigorta türü olduğu anlaşılmaktadır. Bir diğer anlatımla, araç işletenin üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan dolayı hem araç işleten ve hem de sigorta şirketi, esasen zarar gören üçüncü kişiye karşı müştereken ve müteselsilen mesuldür. Tabiiyla sigorta şirketinin sorumluluğu teminat altına almış olduğu limitlerle sınırlıdır. Ancak bunu aşan kısım söz konusu olduğunda bu zarardan, zarara sebebiyet veren araç işletenin kusursuz sorumlu olduğunu belirtmek gerekir.

Şu kadar ki niteliği itibarıyla zarar sigortası olan ZMMS'de, zarar gören kimse, sigorta şirketinden zararını tazmin ettikten sonra bir de ayrıca sigorta ettirene başvuramaz; zira sigorta, zenginleşme amacı için kullanılan bir kurum değildir (Zenginleşme Yasası = Tazmin İlkesi).

## II. Yargıtay'ın Konu ile İlgili Uygulaması

Yargıtay vermiş olduğu çeşitli kararları ile ZMMS ile sigortalı araç sürücüsünün veya işletenin mirasçılarının açtığı destekten yoksun kalma tazminat davalarında, KTK'nin kapsam dışılığı düzenleyen 92. maddesinde, araç şoförünün desteğinden yoksun kalanların, bedensel zararlara dair isteyebilecekleri tazminatların kapsam dışı olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği ve sürücünün desteğinden yoksun kalanların, üçüncü kişi konumunda olduğuna dayanmak suretiyle işletenin ve sürücünün ölümlerinde, adı geçenlerin yüzde yüz yani tam kusurlu olsalar bile müteveffanın zorunlu mali sorumluluk sigortacısından tazminat talep edebileceklerini kabul etmiştir. Nitekim Yargıtay, bu konuda 2013 yılında da şu kararı vermiştir<sup>14</sup>:

*“Davacıların ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtıkları, ölüm nedeniyle doğrudan davacılar üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacılara yansıtılmayacağı; dolayısıyla tam kusurlu araç şoförünün ve onun eylemlerinden sorumlu olan işletenin kusurunun, işletenin ve sürücünün desteğinden yoksun kalan davacıları etkilemeyeceği; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre, aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı davalı sigorta şirketi, işletenin ve dolayısıyla sürücünün üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve destekten yoksun kalan davacılar da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğuna göre, davalı sigorta şirketi zararın tamamından sorumlu olacağından, davacılar davalı sigorta şirketinden destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceklerdir.”*

Yargıtay'ın aktüel yerleşik içtihatları da bu yöndedir<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Y. 17. HD, T. 13.06.2013, E. 2013/8536, K. 2013/8925.

<sup>15</sup> Bkz. YHGK, T. 22.02.2012, E. 2011/17-787 K. 2012/92; YHGK, T. 15.06.2011, E. 2011/17-142 K. 2011/411; YHGK, T. 27.06.2012, E. 2012/17-215 K. 2012/413; Y. 17. HD. T. 29.05.2012, E. 2011/1653, K. 2012/6943; Y. 17. HD. T. 29.05.2012, E. 2011/3149, K. 2012/6944; Y. 17. HD. T.

### III. Değerlendirme

Konunun ZMSS yönünden incelenmesinde, KTK m. 85/1, 91/1 ve ZMSS Genel Şartları'nın A.1 maddesi hükümlerinden de anlaşıldığı üzere sigortacının (ZMSS) sorumluluğuna gidilebilmesi için;

- a-) Bir sigorta sözleşmesi bulunması,
- b-) Bir zararın gerçekleşmesi ve
- c-) İşletenin KTK'nin 85/1 maddesine göre sorumlu olması gerekmektedir.

ZMMS'de sigortacının sigorta sözleşmesinin gereği olarak zarar görene karşı sorumluluğundan söz edebilmek için işleten, motorlu aracın işletilmesinden KTK'nin 85/1 maddesine göre (tehlike sorumluluğu) sorumlu olmalıdır. İşletenin sorumluluğunun bulunmadığı durumlarda esasen sigortacının sorumluluğu da gündeme gelmez<sup>16</sup>.

Sorumluluk sigortası türlerinden biri olan ZMSS'de sigorta ettiren durumda olan işleten ve onun gibilerin, motorlu araçların neden oldukları zararlardan dolayı kendilerine düşen hukuki sorumluluğu sigortacı belirli limite kadar karşılamakla yükümlü olup; sigortacının sorumluluğu işletenin hukuki sorumluluğu ile eş değerdir. Bu itibarla sigortacı, ondan fazlasından sorumlu değildir. Zira bir meblağ sigortası olmayan sorumluluk sigortası, sadece olaydan zarar görenlerin gerçek zararlarını giderme ve zarardan sorumlu olan işleten ve onun gibilerin malvarlığındaki bu tazminat ödemesi sebebiyle oluşacak eksilmeyi önleme amacına yönelik bir pasif sigorta türüdür<sup>17</sup>. Oluşan bir trafik kazası sonucu ölen işleten - sürücünün desteğinden yoksun kalan hak sahiplerinin, sorumluluk sigortacısına karşı yöneltebilecekleri yansıma yolu ile oluşan zararın, işletene karşı ileri sürülebilecek tutardan fazla ve ayrı olması mümkün değildir.

İşletenin trafik kazası sonucu ölümü durumunda, kendisi tam kusurlu olduğu takdirde, kendisinin desteğinden yoksun kalanlara karşı tazminat yükümlülüğü doğmaz<sup>18</sup>. Zira bir an için işletenin ZMMS yaptırmadığını ve güvence hesabının da öngörülmediğini far edersen, böyle bir ihtimalde işletenin desteğinden yoksun kalan kişiler bu taleplerini, desteğinden yoksun kaldıklarını iddia ettikleri işletene karşı ileri sürebilecekler midir? Bu sorunun akla gelmesi dahi kanımca anlamsız ancak Yüksek

11.06.2012, E. 2011/12038, K. 2012/7624; Y. 17. HD. T. 11.06.2012, E. 2011/4489, K. 2012/7609; Y. 17. HD. T. 12.06.2012, E. 2011/11938, K. 2012/7681; Y. 17. HD. T. 14.06.2012, E. 2012/6992, K. 2012/7819; Y. 17. HD. T. 07.11.2012, E. 2011/10718, K. 2012/12169.

<sup>16</sup> AŞÇIOĞLU, Çetin, *Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları*, 2. Bası, Ankara: 2008, sh. 134.

<sup>17</sup> Pasif sigortası ayrımı için bkz. KENDER, sh. 208.

<sup>18</sup> ULAŞ, sh. 941.

Mahkeme uygulaması bunu akla getiriyor. İşte sigorta kuruluşu da bu ihtimalde ancak işleyen gibi sorumlu olmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, sorumluluk sigortalarında destekten yoksun kalanın kendi sigortacısına karşı doğrudan doğruya bir talep hakkı bulunmamaktadır. Zira bu tür sigortalarda, sigorta ettiren kendi malvarlığında meydana gelecek muhtemel bir azalmayı sigorta teminatı altına almayı hedeflemektedir. Burada riziko, sigorta ettirenin sorumlu olduğu üçüncü kişi/kişilere tazminat ödemek zorunda kalması sonucu malvarlığında meydana gelmesi muhtemel bir eksilme olarak belirir.

Tehlike sorumluluğunda, tazminatın tayini kusur sorumluluğundaki kurallara bağlı bulunduğundan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 52/1. maddesinde öngörülen desteğin müterafik kusuru tazminatın tayininde dikkate alınmalıdır<sup>19</sup>.

Öte yandan destekten yoksun kalma tazminatının miras hukukundan ayrı, destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan bağımsız bir hak olması<sup>20</sup>, desteğin müterafik kusurunun ileri sürülmesine de engel değildir. Desteğin kendisinin talep etmesi halinde nasıl müterafik kusur tazminattan indirim gerektiriyorsa; yansıma yoluyla zarara uğrayan davacılar yönünden de aynı şekilde desteğin kusurunun kendilerine yansması, bu sebeple sigorta şirketine karşı ileri sürülen tazminattan müterafik kusur sebebiyle indirim yapılmasını gerektirir.

Ayrıca, kaynakları ve giderleri 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda belirlenen, bu kanun kapsamında faaliyet gösteren bir özel hukuk tüzel kişisi olan davalı sigorta şirketini Sosyal Güvenlik Kurumu gibi görmek; kamu kurumu niteliği tanımak da özel sigorta hukuku ilkeleri ile bağdaşmaz.

Öte yandan, özel sigorta hukukuna ilişkin olarak gerek TTK ve gerekse ZMMS'yi düzenleyen KTK, özel norm - genel norm ilişkisinde özel düzenlemeler öngörmekte ve sigorta hukukuna ilişkin yargıya varırken de elbette özel sigorta hukukuna egemen olan ilkeler dikkate alınmak zorundadır. Zorunlu mali mesuliyet sigortası, motorlu bir aracın karayollarında işletilmesi sırasında, bir kimsenin zarara uğramasına neden olunması durumunda, o araç işleteninin **üçüncü kişilere karşı** olan sorumluluğunu belli sınırlar içinde (sigorta teminatı içinde) karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması **zorunlu** kılınan **sorumluluk sigortası** türüne verilen isimdir.

Bu niteliği itibarıyla yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ZMMS bir **aktif değil; pasif** sigortası türüdür. Bundan da hareketle, zorunlu mali sorumluluk sigortasını,

<sup>19</sup> TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, sh. 649-650; NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul: Beta, 2011, sh. 157.

<sup>20</sup> EREN, sh. 753; ANTALYA, sh. 468.

KTK m. 91'i de dikkate alarak, işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları karşılamak amacıyla oluşturulmuş pasif sigortası türüne giren **bir zarar sigortası** alt çeşidi olarak tanımlamak mümkündür.

Yukarıda zikrettiğimiz KTK'nin 91. maddesine göre: “İşletenlerin, bu Kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.” KTK'nin 85/1. maddesine göre de: “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüs unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüs sahibi doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.” KTK'nin 91/1. ve 85/1. maddeleri bir arada ele alındığında, zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapan **sigortacının** poliçede belirlenen limite kadar, **işletenin sorumluluğunu üstlendiği** sonucuna varılabilir. KTK'nin 85/son maddesine göre, **işleten**, araç sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan **kendi kusuru gibi sorumlu** olduğundan, **sigortacının sorumluluğunun** da gerek zamanaşımı ve gerekse zararın niteliği yönünden **işleten gibi** değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi KTK m. 24/1 ve 91/5 hükümlerine göre ZMMS yaptırmayan araçların trafiğe çıkması yasaklanmıştır.

Araç işletenleri esasen KTK m. 85'e göre tehlike sorumluluğu bağlamında kusursuz (objektif) sorumludur ve motorlu aracı bizzat kendisi fiilen sevk ve idare etmese bile araç sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan **kendi kusuru gibi sorumlu** olur.

Belirtmek gerekir ki, genel olarak araç işleteni, o aracın üçüncü kişilere verdiği cismani ve bedeni (bu arada genel hükümlere göre manevi) zararlarından sorumlu olmalıdır. Hemen yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, **işleten**, araç sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan **kendi kusuru gibi sorumlu** olduğundan, **sigortacının sorumluluğunun** da gerek zamanaşımı ve gerekse zararın niteliği yönünden **işleten gibi** değerlendirilmesi gerekmektedir.

ZMMS'nin zarar sigortalarından pasif sigortası kısmına girdiği ve bu sigorta türünün üçüncü kişilere verilmesi muhtemel zararları teminat altına almak maksadı ile kurgulanıp yasal düzenlemeye kavuşturulduğu gerçeğini düşündüğümüzde, araç işletenin kendisinin kendi uğrayacağı zarar yönünden kendi sigortacısına karşı üçüncü kişi sayılmayacağı gibi eşi ve çocukları da araç işletenine karşı üçüncü kişi konumunda sayılmamalıdır. O halde araç işleteni nasıl ki kendisine karşı üçüncü kişi konumunda olmayan kişilerin zararlarını karşılamak zorunda değil ise pasif sigortası niteliğinde olan ZMMS yapan sigorta kuruluşuna karşı da üçüncü şahıs konumunda kabul edilmesi imkân dâhilinde olmaz. Aynı şekilde, ZMMS zorunluluğunu yerine getirmeyen

araç işletenine karşı eşi ve kendi alt soyu işletenin % 100 tek yanlı kusurundan dolayı ortaya çıkan maddi zarar yönünden üçüncü kişi sayılıp, tazminat talebinin varlığını kabul etmek merhamet duygusu bakımından hoş görülebilir ise de hiçbir şekilde sigorta hukukuna ve prensiplerine uygun düşmez. Evveleminde buna ters olarak verilen Yargıtay kararları ile de hemfikir olmak mümkün görünmemektedir. Zira yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi ZMMS bir aktif değil; pasif sigortası türüdür (sorumluluk sigortasının bir türüdür). Unutulmamalıdır ki zarar sigortalarına tazmin ilkesi; yani zenginleşme yasağı ilkesi hâkimdir ve sigorta kurumu, bir haksız zenginleşme aracı gibi düşünülmemelidir.

Netice itibarıyla, ZMMS sigortasında sigorta ettiren, KTK m. 85 ve TBK'nin genel hükümlerine göre kusursuz sorumlu olan işleten, karıştığı kazalarda kendi sigortacısına değil; karşı taraf/ tarafların ZMMS sigortacılarına veya karşı taraf zorunlu olan bu sigortayı yaptırmadı ise güvence hesabına başvurabilir. Ancak bu başvuruda, işletenin her halükarda müterafik kusurunun da dikkate alınarak tazminat hesaplanması belirttiğimiz gibi şarttır. O halde, zarar sigortalarının pasif sigortası mahiyetinde olan ZMMS'de işleten kendi sigortacısına değil (çünkü üçüncü kişi sayılamaz); karşı tarafın ZMMS sigortacısına başvurabilir ve burada da kendi kusur oranının dikkate alınarak tazminat hesabına gidilmesi yasa ve usule uygun olan olur. Bu itibarla bir kazada % 100 kusurlu olan bir işleten, maddi tazminat niteliğinde olan destekten yoksun kalma tazminatı için kendi sigortacısına üçüncü kişi olarak başvuramayacağı gibi; tam kusurlu olduğu için karşı tarafın ZMMS sigortacısına da başvuramaz. Ancak zarar gören üçüncü kişi, bu tarafın ZMMS sigortacısına başvurabilir ki zaten müteaddit defalar vurguladığımız üzere bu sigorta türü bu amaçla kurgulanmıştır. Her durumda müterafik kusur dikkate alınarak tazminat hesabı gerçekleştirilmelidir. Bu itibarla, bu tür olaylarda, başvuru sahiplerinin müteveffaya oranla üçüncü kişi konumunda olmadıklarından, maddi tazminat niteliğinde olan destekten yoksun kalma tazminatını almaya hak kazanamayacakları kanaatindeyiz. Bu yüzden, yerleşik olsa da yukarıda zikrettiğimiz Yargıtay uygulamasına katılmamaktayız.

## SONUÇ

ZMMS kanundan doğan zorunlu bir özel sigorta türü olup, zarar sigortalarının pasif kısmında yer alır ve bu sigorta türü ile motorlu araç işletenleri, üçüncü şahıslara karşı verecekleri muhtemel zarar sonucu haksız fiil hükümlerine göre ödemek zorunda kalacakları tazminatları, sigorta teminatı kapsamında sigorta güvencesine almış olurlar. Bu sigorta türü, esasen bir aktif malvarlığı üzerinde yapılmaz. Diğer bir ifade ile sigorta hukuku, pasif sigortası niteliğinde bulunan bu sigorta türü ile sigorta ettirenin kendi kusuru ile üçüncü kişilere vermesi muhtemel zararları teminat altına almayı amaçlar. Riziko gerçekleştiğinde, kendi kusuru olmaksızın maddi zarar gören



üçüncü kişiler, sigortacılık prosedürüne uygun olarak sigorta kuruluşuna başvuracak ve eğer sigorta yapılmamış olsaydı haksız fiil hükümlerine göre başvurabileceği sigorta ettirenden bu zararını sigorta teminatı kapsamında olmak şartı ile sigorta şirketinden alabilecektir. Öte yandan, bilindiği üzere, motorlu araç işletenleri şayet yasa tarafından zorunlu kılınan bu sigorta türünü yaptırmadan üçüncü şahıslara zarar ıka ederler ise bu takdirde de güvence hesabı namı ile yasal olarak tesis edilen fondan bu zararlar tazmin edilebilecektir. Elbette zarar görenin sigorta teminatını aşan bir zararı hala var ise TBK ile düzenlenmiş haksız fiil hükümlerine de başvurarak bu zararlarını faile karşılatmak hakkını haizdir.

Üçüncü kişilere karşı doğabilecek muhtemel sorumluluğu sigorta ettirmek amacı ile tesis edilen bu sigorta türü yönünden kanaatimizce sigorta ettirenlerin tam kusuru dolayısıyla vefat etmeleri halinde, müteveffanın mirasçılarını ona karşı üçüncü kişi olarak niteleyip bir maddi tazminat türü olan destekten yoksun kalma tazminatını, sigorta ettirenin sigortacısından veya sigorta yok ise güvence hesabından talep edebilecekleri yönünde yerleşen Yargıtay içtihatları bu şekli ile sigorta kurumu ile bağdaşır değildir. Bu yüzden, bu ve benzeri olaylar için verilen Yargıtay kararları ile mutabık olmadığımızı ifade etmek isteriz. Ayrıca bir an için işletenin ZMMS yaptırmadığını ve güvence hesabının da öngörülmediğini far edersek, böyle bir ihtimalde işletenin desteğinden yoksun kalan kişiler bu taleplerini, desteğinden yoksun kaldıklarını iddia ettikleri işletene karşı ileri sürebilecekler midir? Bu sorunun akla gelmesi dahi kanımca anlamsız ancak Yüksek Mahkeme uygulaması bunu akla getiriyor. İşte sigorta kuruluşu da bu ihtimalde ancak işleten gibi sorumlu olmalıdır diye düşünmekteyiz.

Bununla birlikte, bu sorunun çözümü için de en uygun yol hem aktif ve hem de pasif sigortası niteliğinde yapılabilen kasko sigortaları ile ZMMS'nin birleştirebilmesinden geçer diye düşünüyoruz. Bu yönde ilk etapta değerlendirilmesi gereken kanaatimizce şayet motorlu araç işletenleri kasko sigortası yaptırmışlar ise onları bir de ayrıca üstelik yüksek primler ödeyerek trafik sigortası yapmalarını zorunlu kılmak çok hakkani olmamaktadır. Böylece en azından bu şekilde hem hukuken ve hem de ekonomik olarak ortaya çıkan sorunun büyük bir bölümü de çözülmüş olur. Ancak bu durumda yine de kasko sigortası yaptırmadığı için trafik sigortası yaptırmaması gereken bir kişi için yukarıdaki hukuki düşüncelerimizin geçerli olması gerektiğini belirtmek yerinde olur.

**KISALTMALAR**

<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>BTHAE</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü
<b>E.</b>	: Esas
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>K.</b>	: Karar
<b>KTK</b>	: Karayolları Trafik Kanunu
<b>m.</b>	: madde
<b>sh.</b>	: sahife
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Y.</b>	: Yargıtay
<b>YHGK</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>ZMMS</b>	: Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası

## KAYNAKÇA

- ANTALYA, O. Gökhan.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I. İstanbul: Beta, 2012.
- AŞÇIOĞLU, Çetin.** Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları. 2. Bası. Ankara: 2008.
- BOZER, Ali.** Sigorta Hukuku. Ankara, BTHAE Yayınları. 1986. (Sigorta Hukuku).
- BOZER, Ali.** Bankacılar İçin Sigorta Hukuku Bilgisi. BTHAE Yayınları. Beşinci Baskı. Ankara: 1999. (Bankacılar İçin Sigorta).
- BOZER, Ali.** Sigorta Hukuku, Genel Hükümler - Bazı Sigorta Türleri. Ankara: 2004. (Sigorta Türleri).
- ÇEKER, Mustafa.** Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku. Adana: Karahan, 2003. (Sigorta Hukuku).
- ÇEKER, Mustafa.** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku. 10. Baskı. Adana: 2014. (Ders Kitabı).
- EREN, Fikret.** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. 16. Baskı. Ankara: Yetkin, 2014.
- GÜVEL, Enver Alper / GÜVEL, Afıtap Öndaş.** Sigortacılık. 5. Baskı. Ankara: 2010.
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre.** Borçlar Hukuku Genel Bölüm. 3. Bası. İstanbul: Vedat, 2015.
- İNAN, Ali Naim / YÜCEL, Özge.** İNAN Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 4. Baskı. Ankara: Seçkin, 2014.
- KAYIHAN, Şaban.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı. Ankara: Seçkin, 2013. (Borçlar Genel).
- KAYIHAN, Şaban.** Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu. Ankara: Seçkin, 2004. (Prim Ödeme Borcu).
- KENDER, Rayegan.** Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku. Güncelleştirilmiş On Dördüncü Baskı. İstanbul: XII Levha, 2015.
- KUBİLAY, Huriye.** Özel Sigorta Hukuku. İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 1999.
- NOMER, Haluk N..** Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 10. Bası. İstanbul: Beta, 2011.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt - 2. 9. Bası. İstanbul: Vedat, 2012.
- TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Yedinci Baskı. İstanbul: Filiz, 1993.
- ULAŞ, Işıl.** Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku. 8. Baskı. Ankara: Turhan, 2012.



# Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında Tbk Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler

(The Notion of Due Diligence And Appreciations About Responsibility Of Seller in Corporation's Merger and Acquisition Contracts Within The Scope of The Provisions of Turkish Obligation Code)



Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN\*

## ÖZET

Şirket birleşme ve devralmaları ekonomik açıdan hacimli işlemlerdir. Alıcı bakımından karar verilmesi çok kolay olmayan bir süreci de beraberinde getirmektedir. Bu noktada due diligence kavramı ortaya çıkmaktadır. Due diligence, hedef şirketin vergisel, hukuki, finansal, çevresel, insan kaynakları vs. gibi pek çok alan bakımından durumunun net olarak ortaya çıkarılması amacıyla yapılan bir çalışmadır. Due diligence incelemesi alıcı konumunda olana tarafa şirketin devralınabilirliği konusunda isabetli karar verme imkânı sunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nda veya Türk Borçlar Kanunu'nda due diligence incelemesi ve hukuki sonuçları hakkında herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak buna rağmen şirket birleşme ve devralmalarında "olmazsa olmaz bir şart" niteliğindedir. Şimdiye kadar Ticaret Hukuku alanında bilimsel çalışmalara konu olan due diligence kavramı Borçlar Hukuku alanında Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri bakımından değerlendirilmemiştir. Bu çalışma ile şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde due diligence süreci ve Türk Borçlar Kanunu genel ve özel hükümler bağlamında satıcının sorumluluğu ile ilgili hususlar kaleme alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** *Due Diligence, Şirket Birleşme ve Devralmaları, Satım Sözleşmesi, Satım Sözleşmesinde Ayıp, Satıcının Sorumluluğu.*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi

## ABSTRACT

The mergers and acquisitions of corporations are voluminous proceedings. It also leads to a process which is not very easy to be decided by buyer. The notion of due diligence rises to surface at this point. Due diligence is a study which is made so that corporation's situation in respect to many fields, such as taxational, judicial, financial, environmental, human resources etc., is found out. The due diligence study gives buyer opportunity so as to make a well-directed decision about acquisition of corporation. No regulation is in existence about examination and legal results of due diligence in Turkish Obligation Code and Turkish Commercial Code. However, it has the characteristics of sine qua non in corporation's merger and acquisition. The notion of due diligence, which has been subject to scientific works in the field of Turkish Commercial Code up to this time, have not been examined in the field of related provisions of Turkish Obligation Code. In this study, the process of due diligence in corporation's merger and acquisition contracts and other issues about responsibility of seller in the context of general and special provisions of Turkish Obligation Code are examined.

**Keywords:** *Due Diligence, Corporation's Merger and Acquisition, Contract of Sale, Defect in Contract of Sale, The Responsibility of Seller.*

## I. GİRİŞ

Türkiye ekonomisinde<sup>1</sup> son zamanlarda özelleştirme ve şirket evlilikleri (birleşmeleri ve devralmalar) çok önemli bir yer tutmaktadır. Rekabet kurumu tarafından

<sup>1</sup> Türkiye'nin son yıllarda büyüyen ekonomisi ile birlikte şirket alımları ve birleşmelerinin de sayısı hızla artmıştır. Deloitte'in hazırladığı rapora göre 2014 yılında 236 adet işlem gerçekleşirken, toplam işlem hacmi ise yaklaşık 21 milyar dolar olmuştur. Yabancı yatırımcıların işlem hacmi 2014 yılında yüzde 54 oranında artmıştır. Son yıllarda Türkiye piyasasına kesintisiz ilgi gösteren ancak 2013 yılında işlem hacmine yaptıkları katkı son on yılın en düşük seviyesine gerileyen yabancı yatırımcıların işlem hacmi 2014'te %54 oranında artış göstermiştir. Ancak yine de 113 işlem ile toplam 8 milyar dolarlık hacim yaratan yabancıların toplam işlem hacmindeki payı %38 seviyesinde kalmıştır. Özelleştirmeler hariç tutulduğunda ise yabancı yatırımcıların özel sektör işlem hacmindeki payı %65 olmuştur. Öte yandan, 2014 yılında Türk yatırımcılar 123 işlem ile 13 milyar dolarlık işlem hacmi yaratarak, toplam işlem hacminin %62'sini oluşturmuşlardır. Bu oran ile Türk yatırımcılar tarihsel olarak yıllık işlem hacmine en yüksek katkılarından birini gerçekleştirmiştir. İşlem hacminin önemli bir kısmı; özelleştirmeler ve az sayıda gerçekleşen büyük ölçekli özel sektör işlemlerine dayansa da, işlemlerin çoğunluğu orta ölçekli şirketler pazarında gerçekleşmiştir. Toplam işlem sayısının %76'sını oluşturan 50 milyon dolar ve altındaki 179 işlem, toplam işlem hacminin yalnızca %12'sini oluşturmuştur. Ortalama işlem hacmi yaklaşık 89 milyon dolar olurken, en büyük on işlem dışında kalan işlemlerde oluşan ortalama büyüklük ise yaklaşık 39 milyon dolar olarak gerçekleşmiştir. Ekonomiye bağlı olarak yıllık rakamlar değişiklik göstermesine rağmen, satın almalar ve birleşmelerin Türkiye ekonomisindeki rolü yadsınmaz. Satın alma ve birleşmelerde fiyat ve pazarlıkta tarafların kozlarını belirleyebilmeleri için hedef şirket üzerinde yapılacak mali ve hukuki due diligence (itinalı hukuki değerlendirme) etkili olacaktır. Deloitte'nin hazırlanmış olduğu rapor için bkz. <http://www2.deloitte.com/tr/tr/pages/mergers-and-acquisitions/articles/annual-turkishmareview20141.html>, E.T. 11.12.2015.

yayınlanan birleşme ve devralmayla ilgili bir raporda<sup>2</sup> 2014 yılı için kuruma 215 adet başvurunun yapıldığı ifade edilmiştir. Rekabet kurumu tarafından incelenen birleşme ve devralmaların, hedef şirketin veya oluşturulan ortak girişimin Türkiye kökenli olduğu işlemlerde bildirilen toplam işlem bedeli yaklaşık 22 milyar 90 milyon TL dir. Bu dönemde Rekabet Kurumu'na bildirilen ve gerçekleşen özelleştirmelerin toplam değeri ise yaklaşık 9 milyar 193 milyon TL'dir. Aynı dönemde tüm tarafları Türkiye Cumhuriyeti yasalarına göre kurulmuş şirketlerin gerçekleştirdikleri birleşme ve devralmaların toplam işlem değeri ise 6 milyar 186 milyon TL'dir. Bu rakamlar Türk ekonomisinde şirket evliliklerinin önemini ortaya koymaktadır. Aşağıdaki tabloda EY (Ernst&Young) isimli şirket tarafından hazırlanan raporda 2013 yılına ait değeri açıklanan en büyük 10 işlem gösterilmektedir.

Hedef Şirket	Sektör	Satın Alan Şirket	Ülke	Hisse Oranı	İşlem Değeri (Milyon ABD\$)
Toroslar EDAS	Enerji	EnerjiSA	Türkiye	%100,00	1.725,0
Haliçport	Ulaştırma	Sembol Uluslararası Yatırım-Ekopark Turizm-Fine Otelcilik Ortak Girişim Grubu	Türkiye	G/D	1.346,0
İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım (AYEDAŞ)	Enerji	EnerjiSA	Türkiye	%100,00	1.227,0
Başkent Doğalgaz Dağıtım	Enerji	Torunlar Gıda	Türkiye	%100,00	1.162,0
Kangal Termik Santrali	Enerji	Konya Şeker	Türkiye	%100,00	985,0
Yapı Kredi Sigorta	Finansal Hizmetler	Allianz SE	Almanya	%93,94	912,9
Salıpazarı Kruvaziyer Limanı	Ulaştırma	Doğuş Holding	Türkiye	G/D	702,0
Viko	İmalat	Panasonic	Japonya	%90,00	460,0
Alternatif Bank	Finansal Hizmetler	Commercial Bank of Qatar	Katar	%70,84	430,8
Show TV	Medya	Ciner Grubu	Türkiye	%100,00	402,0

G/D: Geçerli değil

<sup>2</sup> Bkz. Birleşme ve Devralma Görünüm Raporu 2014, Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Ankara 2015, Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan rapor. "Rekabet Kurumuna geçen yıl 215 birleşme ve devralma işlemi bildirildi. Rekabet Kurumu, 2014 Yılı Birleşme-Devralma Görünüm Raporu'nu internet sitesinde yayımladı. Buna göre, Kuruma geçen yıl toplam 215 birleşme ve devralma işlemi bildirildi. Bu işlemlerden 122'sinde hedef şirket veya oluşturulan ortak girişim, Türkiye yasalarına göre kurulmuş şirketler oldu. Bu dönemde 18 özelleştirme işlemi değerlendirmeye alındı. Geçen yıl Kurum tarafından incelenen birleşme ve devralmaların, hedef şirketin veya oluşturulan ortak girişimin, özelleştirmeler hariç Türkiye kökenli olduğu işlemlerde bildirilen toplam işlem bedeli, yaklaşık 22 milyar 90 milyon lira oldu. Bu dönemde Rekabet Kurumuna bildirilen ve gerçekleşen özelleştirmelerin toplam değeri ise 9 milyar 193 milyon lira seviyesinde gerçekleşti. Aynı dönemde tüm tarafları Türkiye Cumhuriyeti yasalarına göre kurulmuş şirketlerin gerçekleştirdikleri birleşme ve devralmaların toplam işlem değeri ise 6 milyar 186 milyon lira oldu. Yabancı yatırımcılar, 2014 yılında 56 ayrı işlemde Türk şirketlerine yatırım yaptı. Söz konusu yatırımcılar arasında işlem bazında yapılan sıralamaya göre, ilk sırayı 7'şer işlemlerle Lüksemburg ve Hollanda kökenli yatırımcılar aldı. Geçen yıl, Türk şirketlerinin devir konusu olduğu devralma işlemlerinde yabancı yatırımcılar, yaklaşık 10 milyar liralık yatırım gerçekleştirdi. Yabancı yatırımcıların ortak oldukları Türkiye kökenli 3 ortak girişim işleminin toplam işlem bedeli ise 48 milyon lira oldu. Ekonomik faaliyet alanı bakımından, hedef şirketin veya oluşturulan ortak girişimin, özelleştirmeler hariç Türkiye kökenli olduğu işlemler içinde en yüksek işlem değeri 3 milyar 295 milyon lira ile kendine ait veya kiralanın gayrimenkulün kiraya verilmesi veya işletilmesi alanında gerçekleşti. Geçen yıl Kuruma bildirilen birleşme ve devralma işlemleri, son bildirim tarihinden ortalama 16 gün sonra nihai karara bağlandı." <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fDiğer%2f2014+Birle%C5%9Fme+Devralma+G%C3%B6r%C3%BCn%C3%BCm+Raporu.pdf>, E.T. 01.11.2015.

Şirket birleşme ve devralmalarında tarafların müzakerelerde bulunmalarında hedef şirketin incelenmesinde due diligence kavramı oldukça önemli bir yere sahiptir. “Due Diligence” özellikle şirket evlilikleri genel adı altında ifade edilen şirketlerin devir veya satın alımlarında veya birleşmelerinde karar mekanizmalarının önemli bir ayağı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle “Due Diligence” kavramının içeriğinin ve işlevinin tam anlamı ile açıklanmadan kullanılmasının büyük sakıncaları ve anlaşmazlıkları beraberinde getireceği bir gerçektir. Bunun yanı sıra söz konusu kavramın öncelikle Türk Borçlar Kanunu açısından, daha sonra diğer kanunlarda yer alan kavram ve müesseselerle telif edilmesi gerektiği de açıktır. Aksi takdirde uluslararası uygulamalara paralel, ancak Türk Hukuku çerçevesindeki hukuki etkileri düşünülmemiş ya da beklenenin aksi sonuçlara yol açan durumların ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle de öncelikle “Due Diligence” kavramı, amaçları, işlevleri, çeşitleri, uygulaması, şirket birleşme ve devralmalarındaki yeri ve önemi üzerinde durulacak ve özellikle şirket hisselerinin satımında satıcının sorumluluğuna etkileri arz ettiği önem açısından irdelenmeye çalışılacaktır.

## II. DUE DILIGENCE KAVRAMI

“Due Diligence” İngilizce bir kavramdır. Türkçe’de “Due” kelimesi “uygun”, “gerekli”, “makul”, “Diligence” kelimesi ise “basiretli”, “tedbirli” anlamına gelmektedir. “Due Diligence” kavramı için “Black’s Law Dictionary”; “her olayın kendine özgü şartlarına ve özelliklerine göre değerlendirmek kaydı ile benzer şartların varlığı halinde makul ve tedbirli bir kişiden beklenebilecek şekilde basiretli, dikkatli, sürekli ve özenli olan faaliyet veya davranış” şeklinde bir tanımlama ihtiva etmektedir<sup>3</sup>. Due Diligence kavramı çok farklı anlamlarda kullanılabilir. Bugünlerde özellikle şirket birleşmelerinde veya şirketlerin kamuya açılmasında (halka arzedilmesinde) sık başvurulan bir kavram durumundadır<sup>4</sup>. Due Diligence kavramı, gerekli, makul ve lazım olan dikkat ve özen şeklinde tercüme edilebilir<sup>5</sup>. Due Diligence, devralınacak şirketin genel durumu hakkında detaylı ve sistematik bir veri veya iktisap analizidir

<sup>3</sup> ÖZEKE, Billur, Birleşme ve Devralmalarda Due Diligence Kavramı ve Türk Hukukunda Satıcının Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul 2006, s. 2.

<sup>4</sup> HÖHN, Jakob, Einführung in die Rechtliche Due Diligence, Zürich 2003, s. 1; MEIER, Eric Olivier, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Zürich 2010, s. 77; ANGERSBACH, Carsten J., Due Diligence beim Unternehmenskauf, Baden-Baden 2002, s. 20, 22.

<sup>5</sup> HÖHN, s. 1; GRIMM, Detlef / BOKER, Arndt, Die arbeits und socialversicherungsrechtliche Due Diligence, in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 2002, s. 199; MEIER, s. 77; Due diligence kavramının etimolojik kökeni ve gelişimi noktasında ayrıntılı bilgi için bkz. LAJOUX, Alexandra R. / ELSON, Charles M., The Art of M&A Due Diligence-Navigating Critical Steps and Uncovering Crucial Data, New York 2000, s. 3; EGGENBERGER, Jens, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due diligence Prüfung, Frankfurt a. M., 2001, Diss. Univ. Bonn 2000 (Europäische Hochschulschriften Bd. 3143), s. 49.



denilebilir. “Due Diligence” kavramı, doktrinde<sup>6</sup> hukuki işlemlerde gerekli özen şeklinde de tanımlanmaktadır. “Due Diligence”, bir fonksiyon veya faaliyet olarak bir davranış ölçütünden çok, bütün hukuki işlemlerde sorumluluğun tesis edilebilmesi bakımından aranan önemli bir unsur olarak kabul edilen gerekli özeni ifade etmektedir<sup>7</sup>. Uygulamada ise hem satın alma hem de birleşme işlemleri çerçevesinde hedef şirketin devralınmasından veya onunla birleşmeden önce onun ayrıntılı ve özel olarak incelenmesi anlamında kullanılmaktadır<sup>8</sup>.

Şirket birleşme ve devralmalarında alıcı ve satıcı tarafta öncelikle şirketin büyüme stratejisi göz önünde bulundurulurken, birleşme veya devralmanın şirkete ve hissedarlarına ne gibi faydalar sağlayabileceği tartışılmalıdır. Şirket evliliğine hazırlanan şirketler, piyasa ve sektör trendlerini gözden geçirerek, şirketin operasyonel ve finansal performansının ön değerlendirmesini yapmalıdırlar. Hazırlık sürecinde şirket operasyonlarında değer yaratan önemli faktörler saptanıp analiz edilerek, şirketin sektördeki konumu ve bu konumun şirket evliliğiyle nasıl iyileştirileceği tespit edilmelidir. Geleceğe yönelik potansiyel fırsatlar ve şirketin değerini negatif yönde etkileyebilecek konular değerlendirilerek, şirket evliliği işlemi için zaman planı oluşturulmalıdır. Tüm bu işlemler için de birleşme veya devralmayı düşünen şirketlerin profesyonel danışman şirketlerinden destek almaları da kaçınılmaz bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu danışmanlık şirketleri<sup>9</sup> hedef şirketle ilgili alıcının ihtiyaç duyabileceği bütün konularda itinalı bir analiz, denetim, hedef şirketin değeri-

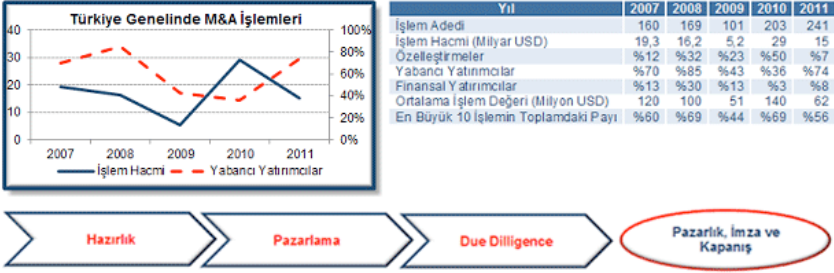
<sup>6</sup> PULAŞLI, Hasan, Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence, Batider 2007, S. 2, C. 24, s. 211.

<sup>7</sup> PULAŞLI, s. 211.

<sup>8</sup> PULAŞLI, s. 211. “İşletmenin satın alınması veya iktisabından (Unternehmenstransaktion) önce ayrıntılı bir due diligence incelemesinin icra edilmesi her iki tarafın da çıkarımadır. Özellikle alıcının veya birleşmeye katılacak şirketin inceleme sürecinde edindiği bilgiler, taraflar arasındaki bilgi farkını azaltmakta ve böylelikle daha rasyonel bir müzakere ortamı ve daha yüksek bir fiyat önerilme olanağını da sağlamaktadır. Zir alıcı, işletmeyi kendi uzman kişileri vasıtasıyla değerlemesi karşısında indirim teklifinde bulunurken daha az ölçüsüz davranmak zorunda kalır. Ayrıca, tam ve özenli bir inceleme, satın alınan objenin alıcının işletmesine daha sonra daha iyi uyum sağlamasını, onunla entegre olmasını da kolaylaştırır. Bu da, özellikle şirketlerarası alış-satış anlaşmalarında, satış bedelinin bir bölümünün sabit, kalan bakiyenin ise satın alan şirketin mali performansı dikkate alınarak bir anlaşma (Earn-out-Klauseln) yapılmışsa, hiç şüphesiz satıcının çıkarına olabilir.” Bkz. PULAŞLI, s. 211.

<sup>9</sup> 2002 yılında bir çalışmada gösterilen sıralamada 269 milyar Sterlin değerinde işleme Linklaters&Alliance danışmanlık şirketi birinci sırada yer almıştır. Freshfields Bruckhaus Deringer isimli şirket 268 milyar sterlinle ikinci sırada yer almıştır. Slaughter&May isimli şirket 230 milyar sterlinle üçüncü sırada, Sullivan Cromwell 200 milyar sterlinle dördüncü sırada ve Shearman Sterling isimli şirket de beşinci sırada yer almıştır. Bankalar da şirketlere bu anlamda danışmanlık yapmaktadırlar. Goldman Sachs isimli banka 1284,40 milyar ABD doları değerinde 420 transaksyon işlem adedi ile birinci sırada yer almıştır. Morgan Stanley Dean Witter isimli banka 1126, 92 milyar dolar değerinde 422 transaksyon işlem adedi ile ikinci sırada yer alırken Credit Suisse First Boston isimli banka 945, 05 milyar dolar değerinde 715 transaksyon işlem adedi ile üçüncü sırada yer almıştır. Bu sıralama için bkz. KUTLAN, s. 29.

nin belirlenmesi gibi konularda yapacağı çalışmalarla karar verecek birimin planlama ve karar alma aşamasındaki bilgi gereksinimini karşılar. Aşağıdaki tabloda<sup>10</sup> 2000 ve 2011 yılları arasındaki Türkiye genelinde birleşme ve devralma'ya ilişkin istatistikî veriler yer almaktadır. Bu tablo, Türk ekonomisi bakımından due diligence kavramının ne denli önemli olduğunu göstermektedir. Zira 15 milyar dolarlık işlem hacminin mevcut olduğu bir sektör ekonomik hayat için göz ardı edilemeyecek kadar önemlidir.



### III. ŞİRKET BİRLEŞME VE DEVRALMALARI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda şirket birleşmesini tanımlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak birleşme kavramını düzenleyen TTK. m. 136 hükümünden hareketle birleşme, “*birden çok ticaret şirketinin, malvarlıklarını tasfiye etmezsin, işlerinden birinin bünyesinde veya yeni kurulan bir şirkette birleşmeleri ve birleşmeye katılan şirketlerin pay sahiplerine belirli bir değiştirme ölçüsüne göre birleşmenin gerçekleştiği şirkette pay sahibi olma imkânının sağlamasıdır*”<sup>11</sup>. şeklinde tanımlanabilir. Birleşmede sadece bir “devralan” ve bir veya daha fazla “devrolunan” şirketler bulunur<sup>12</sup>. Devralan ve devrolunan şirketlere birleşmeye katılan şirketler adı verilir. Devralan şirket, birleşme başlamadan önce mevcut olan ve faaliyette bulunan bir şirket olabileceği gibi direkt birleşme için kurulmuş bir şirket de olabilir. Birleşme, bir şirketin diğer bir şirketi veya şirketleri devralması şeklinde gerçekleşiyorsa bu tür birleşme Ticaret Kanunu tarafından “*devralma şeklinde birleşme*” diye isimlendirilmiştir (TTK. m. 136/1.

<sup>10</sup> <http://www.besfin.com/tr/hizmet-detay.php?uid=10020>, E.T. 29/10/2015

<sup>11</sup> KARAHAN, Sami, Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Konya 2012, s. 157; TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, İstanbul 2015, s. 681; PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara 2014, s. 125; TSCHÄNI, Rudolf, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, Ein Handbuch zu Übernahmen, Fusionen und Unternehmenszusammenschlüssen, 2. Aufl., Basel 1991, § 1 N 1; WATTER, Jean Philippe, Unternehmensübernahmen, Kontrollwechsel in der Aktiengesellschaft mittels Aktienkauf, Übernahmeangebot, Fusion und verwandter Tatbestände, Zürich 1990, § 3 N 43.

<sup>12</sup> TEKİNALP, s. 681. Birleşme, bir devralan ve sadece bir devrolunan şirket arasında yapılmış ise “*iki taraflı birleşme*”, devralınan şirketler birden fazla ise “*çok taraflı birleşme*” den bahsedilir, bkz. TEKİNALP, s. 681.

bent a). Birleşen şirketlerin tamamı tasfiye sürecine girmeksizin malvarlığı değerlerini yeni kurulan şirketin bünyesinde birleştiriyorsa bu durum Ticaret Kanunu madde 136/1. bent b hükmünde “*yeni kuruluş şeklinde birleşme*” olarak ifade edilmiştir. Şirket birleşmeleri birtakım yararları olmasına rağmen piyasadaki rekabet üzerinde olumsuz birtakım sonuçların meydana gelmesine sebep olabilmektedir. Genellikle birleşmeler sonrası kapasite artışı olmamakta iken piyasada rekabet eden süje sayısı, buna bağlı olarak da rekabet azalmaktadır ve özellikle de piyasada payı yüksek olan rakip teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmeler küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin zayıflamasına ve piyasadaki rekabetin hissedilir ölçüde azalmasına neden olabilmektedir<sup>13</sup>. Ayrıca ekonomik gücün belirli merkezlerde kalıcı olarak yoğunlaşması, ekonomik, sosyal ve siyasal yaşam üzerinde bir takım olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Tüm bu nedenlerle Rekabet Hukuku Mevzuatlarında piyasadaki rekabetin azalması sonucunu doğuran birleşmelerin kontrolüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır<sup>14</sup>.

#### IV. DUE DILIGENCE KAVRAMININ KAYNAĞI ABD SERMAYE PİYASASI HUKUKU

Due Diligence, kaynağı Amerika Birleşik Devletleri olan bir kavramdır. “Due Diligence” kavramı Amerika Birleşik Devletleri’nde Common Law’un<sup>15</sup> da etkisi ile bir hukuki ilişkide gösterilmesi gereken ihtimam ve özenle ilişkili genel bir yükümlülük olarak tanımlanmaktadır<sup>16</sup>. Due Diligence kavramı ABD’de genellikle ekonomi hukuku alanında kullanılmakta ve sermaye piyasası hukuku ve yatırımcıların korun-

<sup>13</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. SEZEN, Ayşe, Birleşme ve Devralmalar, Uluslararası Rekabet ve Teknolojileri Birliği, Şubat 2007, s. 2, 3, www.urteb.org, E.T. 05.12.2015.

<sup>14</sup> “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da öngörülen hüküm, 7. maddede “birleşme ve devralmalar” başlığı altında yer almaktadır. Bu hükmeye göre, “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetiminde hak sahibi olma yetkisi veren araçları miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması” hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilmiştir. Birleşme ve devralmalara ilişkin olan 7. madde hükmü en genel anlamıyla piyasa yapısını kontrol etmeyi amaçlayan bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin altında yatan temel düşünce, ekonomik gücün belirli merkezler etrafında toplanmasının önüne geçilmesi ve piyasada yapısal değişime neden olan iktisadi yoğunlaşmanın engellenmesidir. Rekabet Hukuku bakımından önemli olan, piyasalarda çok sesliliğin korunması ve ticari karar alma inisiyatifinin belirli merkezlerde toplanmasının önüne geçilmesidir. Dolayısıyla hukuki görünümü nasıl olursa olsun, iktisadi gücün kurumsal biçimde yoğunlaşması yoluyla piyasadaki rekabetin azalmasına neden olan her türlü kalıcı birliktelik, teorik olarak 7. madde kapsamında değerlendirilebilir.” Bkz. SEZEN, s. 3.

<sup>15</sup> Amerika Birleşik Devletlerindeki Common Law’un büyük bir çoğunluğu üç ana kanun halinde derlenmiştir. Bunlar, Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code), Ortaklık Hukuku (Partnership Act) ve Model İş Ortaklıkları Kanunudur. (Model Business Corporation Act), LAJOUX / ELSON, s. 124; ÖZEKE, s. 3.

<sup>16</sup> LAJOUX / ELSON, s. 4; ÖZEKE, s. 3.

masıyla ilgili bir husus olarak kabul edilmektedir<sup>17</sup>. Birleşme ve Devralma işlemlerinde bir süreç olan “Due Diligence” kavramının kaynağı olarak Amerika Birleşik Devletleri’nin sermaye piyasasını düzenleyen mevzuatı gösterilmektedir<sup>18</sup>. 1933 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Menkul Kıymetler Kanunu’nun 11. ve 12. bölümlerinde menkul kıymet ihracında ve borsa aracılığıyla halka arzlarda iki tür sorumluluk düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre, halka arzlarda ve menkul kıymet ihracında izahnamede yer alan bilgilerin doğru olmaması veya beyan edilmesi gereken önemli bir bilginin yer almaması durumunda söz konusu işlemde yer alan kişilerin sorumlu olacakları kabul edilmiştir<sup>19</sup>. Sorumlu tutulacak kişilerin söz konusu bilgiler derlenirken ve sunulurken due diligence gösterdiklerini beyan ederek savunma yapma imkânına sahip oldukları kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Buna “due diligence savunması<sup>21</sup>” adı verilmektedir. Söz konusu kişiler bu savunmada bulunurlarken kendilerinin yaptıkları “makul bir inceleme” sonucu izahnamenin yürürlüğe girdiği sırada içerdiği bilgilerin doğru olduğuna, izahnamede bulunması gereken önemli ve esaslı verilerin yer alması konusunda hiçbir ihmalin mevcut olmadığına inandıklarını ve buna böyle inanmaları için “makul gerekçelerinin” olduğunu ispat etmeye çalışacaklardır.

## V. İSVİÇRE’DE DUE DILIGENCE

Amerikan şirketlerinin uluslararası alanda çok etkin olmaları ve dünya ekonomisinin globalleşmesiyle birlikte İsviçre Serbest Piyasası ve Şirketler Hukuku Amerika Birleşik Devletlerinin etkisinde kalmıştır<sup>22</sup>. İsviçre’de şirket birleşmelerinde artık rutin bir şekilde denetçi, vergi danışmanı, avukat ve diğer uzmanlardan oluşan bir

<sup>17</sup> HÖHN, s. 2; MERKT, Hanno, Rechtliche Bedeutung der due diligence beim Unternehmenskauf, in Wirtschaftrechtliche Beratung 1996, s. 145; BOTTCHER, Lars, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb, Baden-Baden 2005, s. 30; RICHERT, Andreas, Die Due Diligence beim Unternehmenskauf mit internationalem Bezug, Hamburg 2004, s. 6; MEIER, s. 78; ANGERSBACH, s. 22.

<sup>18</sup> Due Diligence” kavramının kaynağı ve geliştiği yer olarak ifade edilen ABD’deki söz konusu mevzuat “Menkul Kıymetler Piyasası Hukuku” (Securities Laws) olarak adlandırılmakta ve özellikle şirket birleşme ve devralmalarında önemli bir yol gösterici niteliğini haiz bulunması yanında kamuyu ve yatırımcıyı koruma ve bilgilendirme görevini üstlenmiş bir kurallar bütünü olma özelliğine de sahip bulunmaktadır. KUTLAN, Serhat, Birleşme ve Devir Almalarda Due Diligence, Ankara 2004, s. 5; ÖZEKE, s. 3.

<sup>19</sup> ANGERSBACH, s. 22; MEIER, s. 78; HÖHN, s. 2.

<sup>20</sup> LAJOUX / ELSON, s. 4; ÖZEKE, s. 3.

<sup>21</sup> HÖHN, s. 2; MERKT, s. 146; SHERMANN, William D., The Due Diligence Defense, 670 Practising Law Institute/Corporate Law and Practice Course Handbook Series (PLI/Corp), 283; HAFT, Robert J. / HAFT, Barry J., Due Diligence in Securities Transactions, Derfeld/New York/Rochester 1996, s. 4; ANGERSBACH, s. 22.

<sup>22</sup> FLEISCHER, Holger / KORBER, Torsten, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in Betriebsberater 2001, s. 841; HÖHN, s. 3; MEIER, s. 83.

heyetle due diligence icra edilmektedir<sup>23</sup>. Büyük hukuk büroları ve denetçi firmalar tarafından “due diligence soruları” ve “due diligence raporu” adı altında yeni düzenlemeler meydana getirilmiştir. Ancak bütün bunlara rağmen İsviçre tamamen kendine özgü bir şekilde “due diligence” adıyla hukuki bir müessese inşa edememiştir<sup>24</sup>.

## VI. ALMANYA’DA DUE DILIGENCE

Almanya’da da şirket devralmalarıyla bağlantılı due diligence kavramının genel bir tanımı yapılmamıştır. Almanya’da da due diligence kavramı Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’den ithal edilmiştir<sup>25</sup>. Şirket devralma işlemlerinde due diligence kavramı esas olarak iki ana alan üzerinde ilerlemektedir. Bunlardan birincisi hukuki due diligence (Legal due diligence) ikincisi ise denetçiler tarafından yapılan due diligence dir.

## VII. DUE DILIGENCE TÜRLERİ

Due Diligence çeşitli açılardan tasnife tabi tutulabilir<sup>26</sup>. Buna göre due diligence, konusuna göre finansal due diligence, vergisel due diligence, çevresel, insan kaynakları ve kültürel, teknik, ticari ve hukuki due diligence şeklinde çeşitlendirilebilir. Due diligence, kapsamı bakımından tam due diligence ve sınırlı due diligence şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Due diligence, yapıldığı zaman dilimine göre ise, Pre-Signing Due Diligence (Ön Due Diligence), Post Signing/Pre Closing Due Diligence (Satış Sonrası veya Kapanış Öncesi Due Diligence) ve Post Closing (Kapanış Sonrası Due Diligence) şeklinde türlere ayrılmaktadır. Due diligence işlemine katılan kişilere göre, satıcı due diligence ve alıcı due diligence şeklinde türlere ayrılmaktadır.

### A. FİNANSAL DUE DILIGENCE

Hedef şirketin geçmişini, rekabet-finansal durumunu ve performansını analiz etmek amacıyla yapılan incelemedir<sup>27</sup>. Finansal due diligence aracılığıyla elde edilen

<sup>23</sup> MEIER, s. 84.

<sup>24</sup> MEIER, s. 84.

<sup>25</sup> MERKT, Hanno, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, Betriebsberater (“BB”), 1995, 1041; SCHMITZ, Winfried F., Due Diligence for Corporate Acquisitions, Association Internationale des Jennes Avocats, Brüksel 1996, s. 169.

<sup>26</sup> NOBEL, Peter, Aktien und Börsenrecht, Vielfalt und Einheit, in SZW 2/2008, s. 191; HÖHN, s. 20; MEIER, s. 106; KUSCHE, Michael Silvio, Die aktienrechtliche Zulässigkeit der Durchführung einer Due Diligence anlässlich eines Unternehmenskaufes, Frankfurt a. M., 2005, s. 44; TSCHÄNI, Rudolf, Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, Kap. 2 Nr. 19; VOGT, Gabriele, Die Due Diligence-ein zentrales Element bei der durchführung von Mergers & Acquisitions, in: Deutsches Steurrecht 2001, s. 2027.

<sup>27</sup> HÖHN, s. 21; MEIER, s. 107; KOCH, Wolfgang / WEGMANN, Jürgen, Praktiker-Handbuch Due Diligence, 2. Aufl., Stuttgart 2002, s.123; SCOTT, Cornelia, Due Diligence in der Praxis-Risiken

bilgilerle şirketin gelir tablosu hesapları, ara dönem ve yılsonu bilançoları ve planlama hesapları analiz edilebilir<sup>28</sup>. Finansal due diligence kapsamında hedef şirketin kazanç durumu, finans ve malvarlığının aktüel ve tarihi analizleri gerçekleştirilir. Yine bu kapsamda iş planı ve bütçe değerlendirmesi de gerçekleştirilir. Finansal due diligence kapsamında hedef şirketin son yıllarda elde ettiği kârın tespit edilmesi çok önemlidir. Zira söz konusu kârın tespit edilmesi, hedef şirketin satın alınması kararında ve alım bedelinin belirlenmesinde önemli bir role sahiptir.

## B. VERGİSEL DUE DILIGENCE

Vergisel due diligence, vergi uzmanı tarafından vergisel risklerin tanımlandığı ve hedef şirketin vergi hukuku açısından durumunun analiz edildiği, gizli kalmış vergisel yükümlülükler ve risklerin ortaya konulduğu türdür<sup>29</sup>. Uygulama açısından ideal olan husus, vergi uzmanlarının hukukçu ve finans uzmanlarından oluşan bir takımla birlikte due diligence çalışması yapmalarıdır<sup>30</sup>. Vergisel due diligence'in amaçlarından birisi de hedef şirketin satın alınmasında satım bedelinin isabetli bir şekilde tespit edilmesinde alıcıya net bir perspektif sunulmasıdır<sup>31</sup>. Vergisel due diligence incelemesi kapsamında hedef şirketin tüm aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi halinde (Asset Deal) vergi süjesi (Steuersubjekt) devredilmediğinden kural olarak vergi riskleri devralan tarafı fazla ilgilendirmeyecektir<sup>32</sup>. Ancak aktif ve pasifleriyle birlikte devralma türünde dahi due diligence incelemesi yapılması, satın alma öncesi vergi

---

minimieren bei Unternehmenstransaktionen, Wiesbaden 2001, s. 64; Finansal Due Diligence kapsamında örnek bir çek listesi için bkz. **BERENS**, Wolfgang / **BRAUNER**, Hans U. / **STRAUCH**, Joachim, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 3. Aufl., Stuttgart 2002, s. 151; **GODEFROID**, Christoph, Kontrolle ist besser-Möglichkeiten und Grenzen der Due Diligence beim Unternehmenskauf, in: Finanzierung Leasing Factoring (FLF) 2000, s. 90;

<sup>28</sup> **LAJOUX / ELSON**, s. 71; **HÖHN**, s. 21, 22; **MEIER**, s. 107; **KUTLAN**, s. 40; **ÖZEKE**, s. 20; **GARZTKE**, Ulrich, Zivilrechtliche Auswirkungen einer Due Diligence auf die Rechte der Vertragsparteien beim Unternehmenskauf, Hamburg 2003, s. 26; **KOCH/WEGMANN**, s. 123.

<sup>29</sup> **LAJOUX / ELSON**, s. 60; **KUTLAN**, s. 40; **ÖZEKE**, s. 20; **UEBELHART**, Peter / **JAGGI**, Michel, Steuerliche Due Diligence-Identifikation von steuerlichen Chancen und Risiken bei Transaktionen, ST 4/2006, s. 238; **HEIDINGER / ALBESEDER**, s. 60; **KRANEBITTER**, Gottwald, Due Diligence-Risikoanalyse im Zuge von Unternehmenstransaktionen, München 2002, s. 65; **BERENS / BRAUNER / STRAUCH**, s. 311; **KOCH / WEGMANN**, s. 119; **GODEFROID**, s. 94; **SCOTT**, s. 91; **KRÜGER**, Dirk / **KALBFLEISCH**, Eberhard, Due Diligence bei Kauf und Verkauf von Unternehmen- Rechtliche und steuerliche Aspekte der Vorprüfung beim Unternehmenskauf, DStR 1999, s. 178; **BEISEL**, Daniel / **ANDREAS**, Friedhold E., Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, München 2007, § 25 vd.; **HÖHN**, s. 22, 23.

<sup>30</sup> **KRANEBITTER**, s. 81.

<sup>31</sup> **BERENS / BRAUNER / STRAUCH**, s. 311.; **PULAŞLI**, Satın Alma ve Birleşme, s. 231; **HÖHN**, s. 23.

<sup>32</sup> **UEBELHART / JAGGI**, ST. 2006, 243; **PULAŞLI**, Satın Alma ve Birleşme, s. 231; **ANGERSBACH**, s. 32.

planlaması, vergi risklerinin değerlendirilmesi, vergi ile ilgili mevcut olan fırsatların değerlendirilmesi gibi hususlar bakımından önem arz edecektir. Buna karşılık şirket hisse senetlerinin satın alınması durumunda (Share Deal) alıcı, asıl vergi süjesini, hedef şirketin vergi yükümlülüğünü ve risklerini de devralacağı için kapsamlı bir due diligence incelemesi alıcı açısından hayati önemi haiz olacaktır<sup>33</sup>.

### C. HUKUKİ DUE DILIGENCE<sup>34</sup>

Hedef şirketin bütün hukuki işlemlerinin ve bu işlemlerin etkilerinin incelenmesidir. Hukuki due diligence'in amaçları arasında şirket faaliyetlerinin hukuksal açıdan kusurlu olup olmadığı, açık veya zımnî sorumluluk risklerinin olup olmadığına tespit edilmesi söz konusudur. Ayrıca hedef şirketin iç ve dış hukuksal yükümlülükleri incelenir<sup>35</sup>. Diğer bir amaç ise birleşme veya devir işleminde alıcı konumunda olan tarafın esaslı nitelikte ve beyan edilmemiş yükümlülüklerle karşılaşmasını engellemektir<sup>36</sup>. Hukuki due diligence veya diğer bir ifadeyle Legal due diligence, şirketler hukuku, iş hukuku, sözleşmeler hukuku, mameleki hukuk ve usul hukuku gibi çeşitli açılardan yapılacak bir incelemeyi bünyesinde barındırır. Hedef şirketin birçok davaları, ayrıca icra dosyaları bulunabilir. Hukuki due diligence'da mevcut davalardan hangilerinin kaybedilebileceği ve kaybedilen davalar sonucun-

<sup>33</sup> **ANGERSBACH**, s. 32; **PULAŞLI**, Satın Alma ve Birleşme, s. 232. "Öte yandan, zararda olan bir şirketle kârlı durumda olan bir şirketin katılma yoluyla birleşmesi halinde, katılan şirketin tüzel kişiliği sona erecek ve zararları da, kârda olan katılan şirketin yeni bilançosuna ne derece etkili olacağı da önemlidir. Bu durum yakın zamanda Petrol Ofisi'nin özelleştirilmesi safhasında yaşanmış ve kamuoyunu oldukça meşgul etmişti. Bilindiği gibi, İş-Doğan Konsorsiyumu, Petrol Ofisi'nin satın alma finansmanını gerçekleştirmek için İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş.'yi 2000 yılında kurdu ve akaryakıt dağıtım sektöründe faaliyet gösteren kamu şirketi POAŞ'ın %51'ini Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (ÖİB) ile imzalanan anlaşma ile 1.260 milyon ABD Dolarına satın aldı. Yatırım şirketi, bu finansmanı sağlamak için döviz cinsinden bankalardan kredi kullandı. Böylece İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş.'nin bilançosu kredi borcu ile büyüdü. 2002 yılında İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş. yine banka kredisi kullanarak, Petrol Ofisinin ÖİB'de kalan yüzde 25.83'lük hissesini de 240 milyon ABD Dolarına satın aldı. Böylece, İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş.'nin POAŞ'daki hissesi sermayenin %76.83'üne ulaştı. Aynı yıl İş-Doğan Petrol Yatırımları kredi borcu ile satın aldıkları POAŞ ile birleşme kararı aldı ve birleşme Aralık 2002'de tamamlandı. Birleşme öncesindeki son bilançolara göre kısa ve uzun vadeli toplam borcu sadece 567 milyon YTL olan Petrol Ofisi, birleşmeyle birlikte İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş.'nin borçlarını da (kendi satın almasında kullanılan krediler) yükledi. Birleşme ile Petrol Ofisinin toplam borcu o tarih itibarıyla 2.9 milyar YTL'ye çıktı. Bunun üzerine Gelir İdaresi Başkanlığı da bu birleşme operasyonu sürecindeki olası vergi kayıplarını inceledi. Nitekim POAŞ'ı kamudan devralan ve bu nedenle kredi borçlusunu olan İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş.'nin Petrol Ofisi A.Ş. ile birleştirilmesinde, satın almada kullanılan kredilerin kur farkının şirkete gider olarak yazıldığı ve bu durumun yarattığı vergi kaybının da 1.2 milyar YTL olduğu sonucuna varıldı." Bkz. **PULAŞLI**, Satın Alma ve Birleşme, s. 232, 233.

<sup>34</sup> **HÖHN**, s. 68; **BEISEL / ANDREAS**, § 12 vd.; **KOCH / WEGMANN**, s. 112; **BERENS / BRUANER / STRAUCH**, s. 363; **HEIDINGER / ALBESEDER**, s. 27.

<sup>35</sup> **KUTLAN**, s. 40; **ÖZEKE**, s.18.

<sup>36</sup> **LAJOUX / ELSON**, s. 58; **ÖZEKE**, s.18.



da ortaya çıkabilecek zarar miktarı ortaya konacaktır. Hedef şirkete yönelik noter kanalıyla çekilmiş ihtarnameler, ya da şirketin hukuka aykırı uygulamaları nedeniyle açılacak muhtemel davalar da incelenmelidir. Bütün bunlarla birlikte hedef şirketin davacı olabileceği konular da unutulmamalıdır.

Hedef şirketin sahip olduğu marka/markaların, gerçekten şirkete ait olup olmadığı, usulüne uygun olarak gerekli tescillerin yapılıp yapılmadığı da hukuki due diligence kapsamında ele alınması gereken hususlardandır. Hedef şirketin, kredi veya finansal kiralama sözleşmeleri gibi şirketin finansmanı amacıyla yaptığı sözleşmelerin de hukuki due diligence kapsamında incelenmesi çok önemlidir. Bu sözleşmelerin özellikle hangi hallerde tek taraflı feshedilebileceği veya muacceliyet şartı gibi hükümleri dikkatle incelenmelidir. Örneğin, bazı sözleşmelerde, şirketin başka bir şirketle birleşmesi, şirket yönetiminin değişmesi, şirket hisselerinin belirli bir oranda devri, şirketin devredilmesi gibi durumlarda sözleşmenin tek taraflı feshedilebileceğine veya kredinin derhal geri ödenmesi gerektiğine dair hükümler bulunabilmektedir. Buna benzer hususlar hukuki due diligence kapsamında mutlaka ele alınmalıdır.

### 1) Sözleşmeler Hukuku Bakımından Yapılacak İncelemeler

Hedef şirketin müşterilerle, diğer şirketlerle ve çalıştırdığı personelleri ile arasındaki sözleşme ilişkilerinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi oldukça önemlidir. Kira sözleşmesi, bankalarla yapılan kredi sözleşmeleri gibi başlıca önemli sözleşmelerde mülkiyetin el değiştirmesi, sözleşmenin feshedilebilmesi veya sözleşmeden dönmeye ilişkin önem arz eden sözleşme hükümlerinin dikkatli bir şekilde incelenmesi zaruridir<sup>37</sup>.

### 2) Malvarlığı Hukuku Bakımından Yapılacak İncelemeler

Hedef şirketin malvarlığında yer alan taşınır, taşınmaz veya fikri mülkiyet haklarından kaynaklanan haklar ve lisanslar gibi konular da inceleme kapsamına alınmalıdır. Hedef şirketin taşınmaz mallarının eksiksiz bir şekilde tapu kayıtlarının mevcut olması aranmalıdır. Hedef şirkete ait taşınmaz mallar üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilip edilmediği incelenmelidir<sup>38</sup>. Hedef şirketin fikri mülkiyet hakları kapsamında yer alan marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaretler gibi hususların da hukuki incelemeye tabi tutulmasında tarafların menfaati söz konusudur<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> MEIER, s. 112; PICOT, Gerhard / RUSSENSCHUCK, Viola, Legal Due Diligence, M&A Review 8-9/2002, s. 426.

<sup>38</sup> MEIER, s. 111; HÖHN, s. 107 vd.

<sup>39</sup> MEIER, s. 111; KUTLAN, s. 125.



### 3) İş Hukuku Bakımından Yapılacak İncelemeler

Hukuki due diligence incelemesi kapsamında İş Hukuku bakımından da, hedef şirketin çalışanları ile arasındaki iş sözleşmeleri, sözleşmenin feshi ihbar önelleri, rekabet yasağı, çalışanların verimlilikleri gibi konular incelenmektedir<sup>40</sup>. Özellikle hedef şirket çalışanlarının kıdem tazminatları ve sosyal sigorta primleri bakımından yapılacak detaylı araştırmalar, devralacak tarafın sürpriz bir durumla karşılaşmasına engel olacaktır.

### 4) Usul Hukuku Bakımından Yapılacak İncelemeler

Hedef şirketin davacı veya davalı sıfatıyla taraf olduğu davalarda mevcut risklerin incelenmesi önem arz etmektedir. Mevcut davalarda dosyanın ilerleme sürecinin hedef şirketin lehine mi aleyhine ilerlediğinin tespit edilmesi sağlıklı bir hukuki due diligence için kaçınılmaz bir olgudur<sup>41</sup>.

## D. ÇEVRESEL DUE DILIGENCE<sup>42</sup>

Bu kapsamda hedef şirketin faaliyetleri ile çevresel faktörlerin incelenmesi ve bu bağlamda şirket faaliyetlerinin doğal çevreye etkileri, yasal uyumluluklar, ekolojik dengeye verilen zararlar gibi hususlar incelenmektedir. Çevresel due diligence incelemesinde temel amaç, hava, su, toprak ve çöp gibi unsurlarda çevresel risklerin tespit edilmesi ve üretim yapan tesislerin iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alanında gerekli incelemelerin yapılmasıdır<sup>43</sup>.

## E. İNSAN KAYNAKLARI BAKIMINDAN DUE DILIGENCE

İnsan kaynakları bakımından yapılan due diligence incelemesinde hedef şirketin sorumlu ve uzman personelleri ve şirket personelinin maliyeti gibi konular ele alınmaktadır. Esasen insan kaynakları bakımından en önemli mesele hedef şirketin kilit personeli ve bunların şirket performansına katkılarının belirlenmesidir<sup>44</sup>. Hedef şirket personelinin bireysel kabiliyetleri, motivasyonları, yeni şirkete uyum sağlayabilme becerilerinin belirlenebilmesi oldukça önemli bir konudur. Zira şirket satın alma ve birleşmelerinde hedef şirketin personelinin ortaya çıkan yeni duruma alışmamaları esasen birleşmeden beklenilecek marjinal faydayı da azaltacaktır.

<sup>40</sup> BERENS / BRAUNER / STRAUCH, s. 376; MEIER, s. 113; KRÜGER / KALBFLEISCH, s. 177.

<sup>41</sup> KOCH / WEGMANN, s. 118; MEIER, s. 113.

<sup>42</sup> KOCH / WEGMANN, s. 81; HEIDINGER, Franz J / ALBESEDER, Werner, Due Diligence-Ein Handbuch für die Praxis, Wien 2001, s. 77; KRANEBITTER, s. 120; BERENS / BRAUNER / STRAUCH, s. 427; HÖHN, s. 24.

<sup>43</sup> SCOTT, s. 140; MEIER, s. 122.

<sup>44</sup> MEIER, s. 125.

## F. TEKNİK DUE DILIGENCE

Teknik due diligence kapsamında hedef şirketin üretim kapasitesi, teknolojik alt yapısı ve ürünlerin serbest piyasa ekonomisindeki rekabet gücü gibi hususlar ele alınmaktadır<sup>45</sup>. Teknik due diligence incelemesi bakımından üretim tesisi, üretim teknolojisi, yatırım planları ve bilgi-iletişim teknolojileri gibi konuları bünyesinde barındıran çalışmalar yapılmaktadır<sup>46</sup>. Üretim teknolojisi bağlamında, hedef şirketin işletme materyalleri, iş güvenliği, personelin eğitim durumu, lojistik ve kalite yönetimi gibi konularda derinlemesine analizler yapılması gerekmektedir<sup>47</sup>.

## G. SATIŞ ÖNCESİ (PRE-SIGNING), SATIŞ SONRASI/KAPANIŞ ÖNCESİ (POST SIGNING/PRE CLOSING) ve KAPANIŞ SONRASI (POST CLOSING) DUE DILIGENCE

Due diligence incelemesinin yapılma zamanına göre satış öncesi, satış sonrası/kapanış öncesi ve kapanış sonrası şeklinde due diligence türlerinden bahsedilmektedir<sup>48</sup>. Satış öncesi due diligence genellikle şirket satım sözleşmesi imzalanmadan önceki safhada gerçekleşir<sup>49</sup>. Bu kapsamda genellikle taraflar niyet mektuplarını birbirlerine sunarlar. Satım öncesi due diligence incelemesinde alıcının satım sözleşmesinin gerçekleşmesiyle amacına ulaşip ulaşamayacağı, satım bedelinin isabetli bir şekilde tespit edilebilmesi gibi hedefler söz konusudur. Doktrinde bir görüşe göre<sup>50</sup>, satım öncesi due diligence incelemesinde, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 214/2 (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 189/2) ve satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 219 (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 197) hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Satış sonrası/kapanış öncesi due diligence incelemesi ise zaman itibarıyla satış sözleşmesinin imzalanmasından sonra ancak sözleşmenin fiilen uygulanmasından önce yapılır<sup>51</sup>. Satıcı için post signing due diligence esasen devre konu şirket hak-

<sup>45</sup> MEIER, s. 126; KRANEBITTER, s. 135; KOCH / WEGMANN, s. 75.

<sup>46</sup> KRANEBITTER, s. 139.

<sup>47</sup> MEIER, s. 126; KRANEBITTER, s. 138.

<sup>48</sup> HÖHN, s. 29-32; GODEFROID, 46.

<sup>49</sup> HÖHN, s. 29-32; GODEFROID, 46.

<sup>50</sup> PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 223. "Taraflar sözleşme yapmamışlarsa, bu takdirde alıcı due diligence incelemesinde ortaya çıkan ayıpları daha sonra tekeffüle ilişkin taleplerden çıkaramaz; hatta satıcı bu ayıpların var olmadığını temin (garanti) etmiş olsa bile durum değişmez. Aynı şekilde, gerçekte alıcı tarafından bilinmeyen ancak teşhis edilebilecek nitelikteki maddi ayıplara ilişkin garanti sorumluluğu da söz konusu olmaz; burada alıcı satıcının teminatına güvenebilir." Bkz. PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 223.

<sup>51</sup> HÖHN, s. 31.

kinda güvenli bilgilerin alıcı tarafa sunulmasını sağlayan bir araçtır<sup>52</sup>. Post signing due diligence kural olarak satım menfaati ile ilgili değildir bilakis tarafların satım sözleşmesiyle hukuken bağlanmalarını sağlayan bir durumdur. Satım bedelinin belirlenmesi ve sözleşme şartlarının formüle edilmesi her zaman kolay bir şekilde tespit edilemeyebilir. Bu nedenle post signing due diligence incelemesinde hedef şirketin satım bedelinin tespiti ve hukuki tasfiyesi adına çalışmalar yapılır. Doktrinde<sup>53</sup> sözleşme sonrası (post signing) due diligence incelemesinde alıcının sadece yanlış (hata) nedeniyle sözleşmeyi iptal edebileceği veya sözleşmeden dönmeyi haklı kılacak derecede önemli hukuki ve maddi ayıplarda sözleşmeden dönebileceği ifade edilmektedir.

Kapanış<sup>54</sup> sonrası (Post Closing) due diligence ise zaman bakımından sözleşmenin imzalanması ve icra edilmesinden sonra yapılan incelemedir<sup>55</sup>. Post closing

<sup>52</sup> HÖHN, s. 31. “Post Signing Due Diligence” için “Pre acquisition Due Diligence” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. KUTLAN, s. 37, 38. “Esas Due Diligence süreci, Pre acquisition Due Diligence sürecidir ve anlaşmadan sonra pek çok kez ya post completion ya da post acquisition Due Diligence uygulanır. Tarafların olası bir transaksyona olumlu bakmaları halinde potansiyel alıcı potansiyel satıcıdan bir soru kataloğu yollayarak ön verileri talep eder. Bundan sonra bu iki tarafta Due Diligence proje ekipleri oluşturulur. Her iki taraf sorumluları saptar. Bu aşamadan sonra veri odaları kurulur. Veri odaları (data room) ya potansiyel alıcının mekanında ya da dışarıda, örneğin müşavir şirket ya da yatırımcı da bulunur. Bu karar alıcının ya da satıcının transaksyonun gizlilik derecesine göre belirlenir. Uluslararası transaksyonlarda özellikle hukuki due diligence için ana ülkede bir lider danışman (leader counsel), yerel ülkede bir yerel danışman (local counsel) saptanır. Veri odasında bu bilgilerin fotokopisinin çekilmemesi, dışarıya çıkartılmaması esastır. Uluslararası sözleşmelerde gerek hukuki konularda gerek vergisel ve finans konularda ana ülke ile yerel ülkenin mevzuatının karşılaştırılması ve verilerin uyumlu hale getirilmesi için uluslararası bilgiyi haiz yerel danışmanların koordine edilmesi gereklidir.” Bkz. KUTLAN, s. 38.

<sup>53</sup> “...Öte yandan alıcı, akdedilen satım sözleşmesi nedeniyle ilke olarak Due Diligence anlaşması imzalanmasından sonra (postsigning Due Diligence) dikkat edilmeden de fark edilebilen ayıpları, satımın şartlarını değiştirmeksizin tam olarak icra etmekle yükümlüdür; bu nedenle, o amaca uygun olarak geciktirici şartta bağlı tatmin edici bir Due Diligence’da saklı tutabilir. Sadece hata sebebiyle sözleşmenin iptalinde veya sözleşmeden dönmenin haklı olduğu çok ağır, önemli hukuki ve maddi ayıplarda alıcı sözleşmeden dönebilir.” Bkz. PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 233, 234.

<sup>54</sup> “Hisse Alım Satım Sözleşmesinin içeriğinde tam bir mutabakat sağlanması halinde sözleşmenin tarafları sözleşmeyi imzalarlar. Ancak bu sözleşmenin imzalanması taraflara sadece sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesi borcunu doğuran bir işlemdir. Sözleşmedeki ana yükümlülük devreden bakımından hisselerin devri, devralan bakımından ise kararlaştırılan bedelin ödenmesidir. Hisse Alım Satım Sözleşmesinin imzalanması ile devre konu hedef şirketin sahip olduğu hisseler veya malvarlığı hemen el değiştirmektedir. Sözleşmenin yürürlük kazanması veya ifa edilebilmesi genellikle taraflarca sözleşmenin imzalanması ile borcun ifası arasında bir süre öngörülmektedir. Söz konusu süre zarfında taraflar sözleşmede üstlenilen borçların yerine getirilmesini sözleşmede hüküm altına alınan veya kanundan kaynaklanan şartların gerçekleştirilmesi için üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmektedirler. Bu ön şartların yerine gelmesinin ardından ise taraflar sözleşmede üstlendikleri asıl borçlarını yerine getirmekle yükümlü olmaktadır. Uygulamada buna “Kapanış Günü” adı verilmektedir. Kapanış Günü tarafların sözleşme ile yerine getirmeyi üstlendikleri borçları ifa etme günü, işletmenin devredilmesine yönelik olan tasarruf işleminin tamamlanmasıdır. Bir başka anlatımla; Hisse Alım Satım Sözleşmesinin konusu olan işletmenin devrini sağlayacak hisselerin el değiştirmesi söz konusu olacaktır.” Bkz. ÖZEKE, s. 29, 30.

<sup>55</sup> HÖHN, s. 32.

due diligence alıcıya devir konusu şirketi kontrol etme imkânı sunmaktadır. Eğer şirket satım sözleşmesinde satıcı kendisinin sorumluluğuna sebep olacak bazı bilgileri gizlemişse post closing due diligence safhasında alıcının bunları tespit edebilme imkânı söz konusu olacaktır. Post closing due diligence esasen alıcıya hedef şirket üzerinde denetim fırsatı sunmaktadır. Alıcının yapmış olduğu denetim sonuçları ile sözleşme koşulları arasında uyumsuzluklar ortaya çıkarsa bu konularda tarafların tekrar müzakereler yapmaları gerekecektir<sup>56</sup>.

## H. SATICI DUE DILIGENCE'İ VE ALICI DUE DILIGENCE'İ

Alıcı due diligence'ı türünde, satıcı, alıcıya incelenmesi gereken bütün belgeleri veri odasında (data room) incelemek üzere teslim etmektedir. Tarafların bu incelemeden amacı, inceleme konusu belge ve bilgilerin hukuki açıdan anlam ve önemini tespit etmektir. Aksi halde müşterinin bildiği ayıplara ilişkin TBK. m. 222 hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır<sup>57</sup>.

Satıcı due diligence'ında ise alıcılara sunulacak bilgilerin ortaya konulmasında inisiyatif tamamen satıcının elindedir. Satıcı, hedef şirketle ilgili gerekli incelemeleri kendisinin belirlemiş olduğu danışmanlar vasıtasıyla yaptırmakta ve bu incelemeleri muhtemel alıcılara sunmaktadır. Ancak, satıcı vermiş olduğu bilgilerin eksiksiz ve doğru olduğunu da garanti etmektedir.

## VIII. ŞİRKET BİRLEŞME VE DEVRALMALARINDA SATIM SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Şirket birleşme ve devralmalarında, devreden ve devralan taraf hisse alım satım sözleşmesi imzalarlar. Bu sözleşme, hedef olarak belirlenen şirket veya işletmenin devrine ilişkin bir sözleşmedir ve hisse veya malvarlığı devri yoluyla bir işletme satın alınır. Devralma işleminin temelinde konusu malvarlığı veya hisse senedi olan bir satım sözleşmesi olduğu için, birleşme veya devralmalarda satıcının ayıba karşı kefedül sorumluluğu söz konusu olacaktır. Doktrinde birleşme sözleşmesinden, ortaklıklar hukuku sözleşmesi, yani Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş ve ortaklıklar hukukunda sonuç doğuran sözleşme kastedildiği ileri sürülmektedir<sup>58</sup>. Bu görüşe göre, 6102

<sup>56</sup> KUTLAN, s. 37.

<sup>57</sup> PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 221.

<sup>58</sup> TEKİNALP, s. 707. "Birleşme sözleşmesi hukuken, her iki tarafa borç doğuran, birleşmenin tüm temel ilkelerini içeren, borçlar hukuku anlamında *borçlanma sözleşmesi* olarak nitelendirilebilecek ve taraflara birleşmenin hüküm ifade edebilmesi için gereken tüm işlemleri yapma borcu yükleyen, atipik nitelikte bir ortaklık sözleşmesidir. Sözleşme, her ne kadar yönetim organları tarafından imzalanmış olsa da hukuken ortaklıklar açısından sonuç doğurabilmesi ve birleşme işleminin gerçekleşebilmesi için genel kurul tarafından onaylanması gerekmektedir. Bu sebeple doktrinde birleşme sözleşmesinin geciktirici şarta bağlı bir sözleşme olduğu belirtilerek, genel kurul onayı olmaksızın sözleşmenin askıda

sayılı Türk Ticaret Kanunu, bu yönüyle eski Ticaret Kanunundan farklıdır. Zira eski Ticaret Kanunu'nda birleşme sözleşmesi terimi kullanılmış olmakla beraber, düzenlenmemiştir ve bu nedenle de birleşme sözleşmesi borçlar hukuku kapsamında kalmıştır. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre birleşme sözleşmesi bir ortaklıklar hukuku sözleşmesi olup, genel kurulun onayı sözleşmeye ortaksal nitelik kazandırır. Yine aynı görüşe göre, birleşme sözleşmesi iki veya çok taraflı olabilir, borç ve yükümlülükler içeren aynı niteliği haiz bir yapısal değişiklik yani organizasyon sözleşmesidir<sup>59</sup>. Birleşme sözleşmesinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar, devralma sözleşmesine, satım sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanmasını engellemeyecektir. Satım sözleşmesinin dışında irade fesadı halleri ve sözleşme müzakereleri hakkında genel hükümlerin uygulanmasını da engellemeyecektir<sup>60</sup>.

### IX. DUE DILIGENCE SAFHASINDA İRADE SAKATLIĞI SEBEPLERİNE DAYANARAK SÖZLEŞMEYLE BAĞLI OLMAMA

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda irade bozuklukları hali olarak yanıltma, aldatma ve korkutma halleri sayılmıştır. Sözleşmenin taraflarından birisi kanunda ifade edilen irade bozukluğu hallerinden birisine dayanarak sözleşmeyle bağlı olmadığını

---

hükümsüz olduğu görüşü ileri sürülmüştür." Bu konuda bkz. ÖZATLAN, Yurdal, Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 18. Tez için bkz. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>. E.T. 14. 12. 2015.

<sup>59</sup> TEKİNALP, s. 707. "Birleşme sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda Ticaret Kanununda hüküm yoktur. Sözleşmenin niteliği, birleşmenin gerçekleşmesinden sonra bağlayıcılığının devam edip etmediği, irade bozukluğuna ilişkin genel hükümlerin uygulanabilirliği, değiştirilip değiştirilemeyeceği ve ek sözleşme yapılıp yapılamayacağı konularında hüküm öngörmenin doğru olmadığı düşüncesiyle bunlar ve diğer sorunlar uygulama ile öğretiyeye bırakılmıştır. Gerekçede bunun sebebi olarak, söz konusu sorunların kanunla çözümünün hukuki gelişmeyi durduracağı, çözümleri gelişmelerin gerisinde bırakabileceği belirtilmiştir." Bkz. KARAHAN, s. 181.

<sup>60</sup> Bu konuda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 145. madde gerekçesinde bu görüşü destekleyen bir şekilde şu ifadeler kullanılmıştır: "Sözleşmenin, niteliği, birleşmenin gerçekleşmesinden sonra bağlayıcılığının devam edip etmediği, irade bozukluklarına ilişkin genel hükümlerin uygulanabilirliği, değiştirilip değiştirilemeyeceği ve ek sözleşme yapılıp yapılamayacağı konularında hüküm öngörmenin doğru olmadığı düşüncesiyle, bunlar ve diğer sorunlar uygulama ile öğretiyeye bırakılmıştır. Söz konusu sorunların kanunla çözümünü hukuki gelişmeyi durdurur, çözümleri gelişmelerin gerisinde bırakabilirdi. Kanun, birleşmenin önemine uygun düşen, yetki paylaşımını gözetken sözleşmeyi yapma ve onay kurları getirerek, sorunların çözümünde yön verici ve yol gösterici olmayı tercih etmiştir." Bkz. BAŞÖZ, Lütfü / ÇAKMAKÇI, Ramazan, Gerekçeli, Karşılaştırma Tablolu, Eski ve Yeni Kanun Maddeleri ile Birlikte Yeni Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2011, s. 175. "Birleşme sözleşmesi, borçlar hukukunun genel hükümlerine tâbi olup, irade sakatlıkları nedeniyle iptali veya geçersizliği talep edilebilir. Ayrıca birleşme sözleşmesinin genel kurullarca onaylanmadan önceki safhada, birleşmenin hazırlıklarının yürütülmesine ilişkin hükümler ile ortak giderler hakkındaki yan hükümlerin bağlayıcı olduğu gibi, culpa in contrahendo sorumluluğu da geçerlidir." Bkz. PULAŞLI, s. 148.

ifade edebilir. Sözleşmeyle bağlı olmamaktan kastedilen husus, irade bozukluğu haline istinaden sözleşmenin iptal<sup>61</sup> edilmesidir.

#### A. ŞİRKET BİRLEŞME VEYLA DEVRALMA SÖZLEŞMELERİNDE YANILMA VE ALDATMA HALLERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Şirket birleşme ve devralmalarında yanılma, aldatma, korkutma hallerinden genellikle yanılma ve aldatma ile karşılaşılmaktadır. TBK. m. 30 hükmü, “Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, o sözleşme ile bağlı olmaz.” şeklindedir. Buna göre, yanılma nedeniyle sözleşmenin iptali için sözleşmenin taraflarından birisinin esaslı bir yanılma hali içerisinde olması zorunludur<sup>62</sup>. Eğer yanılma, esaslı nitelikte bir yanılma değilse kural olarak sözleşmenin iptali için bir gerekçe oluşturmaz. TBK. m. 31 hükmünde esaslı yanılma halleri sayılmıştır. Buradaki sayma örnek kabilindedir, sınırlı sayma tarzında değildir. Zira TBK. m. 31 hükmünde geçen “Özellikle” ifadesi örnek kabilinden sayma olduğunu göstermektedir.

Aldatma, bir kimsenin hukuki işlem yapmasını, özellikle de sözleşme yapmasını sağlamak için onda kasten yanılmış bir kanaat uyandırma veya mevcut olan yanlış

<sup>61</sup> İptal, sözleşme kurulurken irade bozukluğu hali nedeniyle sakat bir hukuki işlemi geçmişe etkili olarak sona erdirmeye yetkisi veren varması gerekli yenilik doğuran bir haktır. İrade fesadıyla sakat bir sözleşmenin iptal edildiği ana kadar hukuki sonuç doğurup doğurmadığı doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre, irade fesadıyla sakat bir sözleşme, iradesi sakatlanan açısından geçersiz diğer taraf açısından geçerlidir. İsviçre Hukukunda geçersizliğin sadece bir taraf için sonuç doğurmasını ifade etmek üzere “bölünmüş geçersizlikten” söz edilmektedir. İkinci görüşe göre, irade fesadıyla sakat bir sözleşme, tıpkı butlan halinde olduğu gibi, baştan itibaren her iki taraf için de geçersizdir ancak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürme hakkı sadece iradesi fesada uğrayan tarafa tanınmıştır. İradesi fesada uğrayan taraf, bu hususu TBK. m. 39’da öngörülen bir yıllık süre içinde ileri sürmez ise sözleşme her iki taraf için de geçerli hale gelir. Bu konuda ileri sürülen “iptal teorisi” olarak da isimlendirilen üçüncü görüşe göre, sözleşme irade fesadı hali ile malul olsa bile başlangıçta geçerlidir ve tarafların her ikisi için de haklar ve borçlar doğurur. İradesi fesada uğrayan taraf iptal hakkını kullanırsa sözleşme taraflardan her ikisi için de geçmişe etkili olarak geçersiz hale gelir. İrade fesadı halinde sözleşmenin iptali ile ilgili olarak söz konusu tartışmalar hakkında daha geniş bilgi için bkz. **BUZ**, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 86, 87; **GAUCH**, Peter / **SCHLUEP**, Walter R. / **SCHMID**, Jörg / **EMMENEGGER**, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, s. 188 vd.; **SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 44 vd.; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 409 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2010, s. 428 vd.; **BAŞPINAR**, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 22.

<sup>62</sup> **GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER**, s. 161 vd.; **PALANDT**, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., München 2008, s. 88, 89; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 393 vd.; **OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 94; **ANTALYA**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, C. I, s. 218; **EREN**, s. 378; **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012, s. 171; **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2015, 94; **HATEMİ / GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012, s. 90; **TEKİNAY**, S. Selahattin / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 427.

kanaati koruma veya sürdürme fiili şeklinde tanımlanmaktadır<sup>63</sup>. Aldatma, sözleşmenin karşı tarafınca yapılmış ise taraf hilesinden, üçüncü bir kişi tarafından yapılmışsa üçüncü kişinin hilesinden bahsedilir. Üçüncü kişinin aldatması kural olarak sözleşmeyi etkilemez. Ancak, üçüncü kişinin aldatmasını karşı taraf sözleşmenin yapıldığı anda biliyor veya bilmesi gerekiyorsa aldatılan taraf sözleşmeyi iptal edebilir. Aksi takdirde üçüncü kişinin hilesinden haberdar olmayan sözleşmenin diğer tarafının hilesi söz konusu olmayacaktır. Bu bağlamda satıcı due diligence türünde satıcının yanlış bilgi vermesi veya bilgi vermesi gereken konularda susması gibi nedenlerle alıcının aldatılması söz konusu olabilir. Örneğin hedef şirket hakkında açılmış bir dava olmadığını ifade etmesine rağmen müddeabih değeri oldukça yüksek bir davanın söz konusu olması ve davanın kaybedilme riskinin de oldukça yüksek olması hallerinde satıcının hilesinden bahsedilebilecektir. Bu durumda da şirketi devralan alıcı, aldatma hükümlerine istinaden sözleşmeyi iptal ettirebilecektir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 203. maddesi senetle ispat zorunluluğunun istisnaları arasında "hukuki işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddialarını" da saymıştır. Buna göre davacı yazılı delille ispat zorunluluğu ile karşı karşıya kalmayacaktır. Bu durum da davacıya ispat bakımından kolaylık sağlayacaktır<sup>64</sup>. Şirket birleşme veya devralma

<sup>63</sup> Aldatma kavramıyla ilgili daha geniş bilgi için bkz. GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMME-NEGGER, s. 181 vd.; PALANDT, s. 94, 95; ANTALYA, s. 236; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 94; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 444; OĞUZMAN / ÖZ, s. 94; KOCAYU-SUFPAŞAOĞLU, s. 452; EREN, s. 397; AYAN, s. 179; AKINCI, s. 101.

<sup>64</sup> Davacının tacir olması ve devre konu işlemin meblağının çok yüksek olması gibi sebeplerle irade bozukluğu halleri nedeniyle devir sözleşmesinin iptali için açılan davada davacının yazılı delille ispat zorunda olmaması eleştirilere konu olabilir. Ancak HMK. m. 203 emredici niteliktedir ve yoruma açık olmayacak şekilde de net ve anlaşılabilir bir hükmüdür. Ticari satımlarda ayıp ihbarı bakımından da benzer bir tartışma söz konusudur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi istikrarlı bir şekilde TTK. m. 18/3 hükmündeki şekil şartına uyulmaksızın yapılan ayıp ihbarının geçerli olmayacağı şeklinde kararlar vermektedir. Ancak TTK. m. 18/3 hükmüne göre sadece diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe ve sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılmalıdır. TTK. m. 18/3 hükmünde ayıp ihbarı için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda da satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen hükümler arasında ayıp ihbarı için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak bütün bunlara rağmen Yargıtay 11. HD. istikrarlı bir şekilde tacirlerin basiretli iş adamı gibi davranmakla yükümlü olması ve ticari satımlarda meblağın genellikle yüksek olması gibi gerekçelerle ticari satımlarda ayıp ihbarının TTK. m. 18/3 hükmündeki şekil şartlarından birisi ile yapılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Bu kararlardan yola çıkılarak şirket birleşme ve devralmalarında irade fesadı hallerinde de yazılı delille ispat zorunluluğu aranmalı mıdır şeklinde sorular akla gelirse de HMK. m. 203 hükmü karşısında bu soruya olumlu cevap verilmesi mümkün değildir. Yargıtay 11. HD.'nin 28.06.2013 T., 2011/12729 E., 2013/13685 K. sayılı kararında "Dava, makine kırılması sigorta poliçesine dayalı rücu tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davaya konu makinedeki ayıbın gizli ayıp niteliğinde olduğu, tanık beyanlarına göre ayıp ihbarının süresinde yapıldığı, bilirkişi kurulunun dava açılması için 6 aylık ihbar süresinin geçtiğine dair görüşünün yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Taraflar tacir olduğundan somut olay bakımından uyuşmazlıkta T.T.K.nin 25/3. maddesinde öngörülen hükümler ile bu maddedeki atf uyarınca B.K.'nin 198. maddesinin 2. ve 3. fıkrasındaki



sözleşmesinin taraflarından birisi yanılma veya aldatma nedeniyle sözleşmeyi iptal etmek isterse yanılma ve aldatmayı öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmek zorundadır. İptal hakkının kullanılması için dava açmak zorunluluğu söz konusu değildir. Geçerliliği açısından herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamış olan iptal beyanı karşı tarafa ulaştığı andan itibaren sözleşme ilişkisini ortadan kaldırır.

İrade fesadı hallerinden birisi ile sözleşmenin iptal edilmesi halinde taraflar edimlerini yerine getirmek zorunda değildirler. Ancak daha önce yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesi için taraflar talepte bulunabilirler. Bu konuda açılacak dava, verilen şey sebebe bağlı bir tasarruf işlemi ise, aslında kaybedilmemiş olan mülkiyet hakkına dayalı aynî bir dava niteliğini taşıyacaktır.

Türk hukuk sisteminde taşınmaz mülkiyetinin nakli sebebe bağlı bir tasarruf işlemi ile gerçekleştiğinden bu tür devirlerde istihkak davası açılmalıdır<sup>65</sup>. Davacı TMK. m. 683/II uyarınca açacağı istihkak davası ile diğer tarafa teslim ettiği taşınmazın zilyetliğini geri alacak ve TMK. m. 1025 hükmüne göre açacağı tapu kaydının düzeltilmesi davası ile de tapu kütüğünde yolsuz olarak karşı taraf lehine gerçekleştirilen tescilin silinmesini ve malik olarak kütüğe kendi adının yazılmasını sağlayabilecektir<sup>66</sup>. Mülkiyet hakkının kaybedilmesi nedeniyle istihkak davasının açılmayacağı hallerde ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulabilecektir<sup>67</sup>. Şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde edim filinin değil de edim sonucunun borçlanılmış olması esasen

---

düzenlemelerin nazara alınması gerekir. Davalı vekili, makinenin 10.10.2006 tarihinde davacının sigortalısının işyerine sağlam teslim edildiğini, yasal süresinde ayıp ihbarında bulunulmadığını, ayıp ihbarının sözlü olarak yapıldığının tanıkla ispatının mümkün olmadığını, hükme esas alınan Bursa 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/60 D.İş sayılı dosyası raporunun ise makinenin tamirinden önce ve tamirinden sonra basılan poşetler üzerinde yapılan incelemeyle dayalı olduğunu, makinenin tamirinden önce basıldığı iddia edilen poşetlerin gerçekten tamirden önce basılan poşetler olduğuna dair dosya kapsamında delil bulunmadığını, bu sebeple makinedeki hasarın imalat hatası olduğuna dair tespitin kabul edilemeyeceğini bildirmiştir. Bu itibarla taraflar tacir olduğundan ayıp ihbarının T.T.K.nın 20/3. maddesinde hükme bağlanan usullerle ve T.T.K.nın 25/3. maddesinde öngörülen süreler içinde ve gizli ayıp olması halinde B.K.nın 198. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki belirtildiği üzere derhal yapılması gerektiğinin gözetilmesi gerekir. Mahkemece, anılan hususlar gözden kaçırılarak, davalı vekilinin itirazları üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." Karar için bkz. [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), E.T. 28.12.2015.

<sup>65</sup> KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 436, 437; EREN, s. 414. Taşınmaz mülkiyetinin intikalinin sebebe bağlı olduğu konusunda daha geniş bilgi için bkz. AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 95 vd.; OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 131; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. I, Konya 2014, s.206; SİRMEN, Lale A., Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 136; WILHELM, Jan, Sachenrecht, 2. Aufl., Berlin 2002, s. 287 vd.; SCHELLHAMMER, Kurt, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen samt Wohnungseigentums und Grundbuchrecht, 2. neu bearbeitete Aufl., Heidelberg 2005, s. 131 vd.

<sup>66</sup> KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 437; OĞUZMAN / SELİÇİ, s. 211; AYAN, Eşya Hukuku, s. 435 vd.; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 346; SİRMEN, s. 249-256.

<sup>67</sup> KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 437; ANTALYA, s. 257; EREN, s. 414; OĞUZMAN / ÖZ, s. 122; SEROZAN, Dönme, s. 146.



tarafklar arasında ani edimli bir iliŒki olduğunu gösterir. Bu nedenle iptal hakkının kullanılması ile ilgili olarak sürekli edimli iliŒkilerde iptal hakkının kullanılması halinde ifa edilen edimlerin iadesi bakımından ortaya çıkan tartıŒmalar<sup>68</sup> Œirket birleŒme ve devralmalarında söz konusu olmayacaktır. Ancak Œirket birleŒme ve devralmaları szleŒmelerinde de iŒin niteliği nedeniyle iptal hakkının kullanılmasından sonra ifa edilen edimlerin iadesi çok kolay olmayacaktır. Devir veya birleŒme konusu Œirketin iadesi, normal bir taŒınır veya taŒınmaz malın iadesi gibi basit olmayacaktır. Taraflar, Œirket birleŒme ve devralma sürecinde gösterdikleri çabanın belki daha fazlasını iptal hakkının kullanılması nedeniyle ortaya çıkan taŒfiye durumunda da göstermek zorunda kalacaklardır. Bu nedenlerle tıpkı sürekli borç iliŒkilerinde iptal hakkının kullanılması halinde iptalin olağanüstü fesh hakkına dnŒerek sadece ileriye doğru sonuçlar doğuracağı kabulünden hareket edilerek Œirket birleŒme ve devralma szleŒmelerinde de iptal hakkının ileriye doğru sonuçlar doğuracağı ifade edilebilir. Böylece geriye dönük taŒfiye iliŒkisi söz konusu olmayacak, iptal hakkının kullanılması, iptal tarihinden itibaren ileriye dönük olarak etkilerini doğuracaktır. Bu noktada Œirket birleŒme ve devir szleŒmelerinin sürekli borç iliŒkisi olmadığı yönünde itirazlar olabilir. Ancak Œirket birleŒme veya devralma szleŒmesinin niteliği göz önünde tutulursa ifa edilen edimlerin iadesinin çok kolay olmayacağı noktasından hareketle böyle bir çözüm önerisinde birleŒme veya devralma szleŒmesinin sürekli borç iliŒkisi niteliğinde olmaması bir an için göz ardı edilebilir. Bu bağlamda TBK. m. 34/II hükümü uyarınca hata halinde szleŒmenin diğer tarafının aldanan tarafın kasdettiği anlamda szleŒmeye devam edeceğini bildirmesi halinde aldananın szleŒmeyle bağlı olması ve yanılma halinde de yanılan tarafın TBK. m. 39/II uyarınca yanılmaya rağmen szleŒmeyle bağlı kalarak sadece diğer taraftan tazminat istemesi gibi imkanlar mevcuttur.

## B. YANILMA VE ALDATMA HALİNDE SZLEŒMENİN İPTALI DİŒİNDA ALTERNATİF ÇÖZÜMLER

### 1) Yanılma Halinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Bir Œekilde ne Srlememesi (TBK. m. 34/II).

TBK. m. 34/II, esasen TMK. m. 2'de kaleme alınan “Dürüstlük Kuralı”nın özel bir hali olarak kabul edilebilir<sup>69</sup>. TBK. m. 34/II, “*zellikle diğer tarafın, szleŒmenin*

<sup>68</sup> “Sürekli edimleri içeren borç szleŒmelerinde iptalin gemiŒe etkili sonuçlar doğurması, taraflar için zor ve pratik olmayan durumlar yaratabilir. Özellikle taraflar edimlerini ifa etmiŒirse, bunların iade ve taŒfiye iŒlemleri bazen imkânsız, bazen de dürüstlük kuralına aykırı olabilir. Örneğin bir yıl uygulanmıŒ kira veya hizmet szleŒmesinde durum böyledir. TBK. m. 34/I, TMK. m. 2 gereğince veya fiili szleŒme iliŒkisi teorisi uyarınca bu gibi hallerde, iptalin geleceğe etkili sonuçlar doğurmasını kabul etmek, menfaatler durumuna ve Œartlara uygun dŒer.” Bkz. EREN, s. 415. Sürekli borç iliŒkisi doğuran szleŒmelerde iptalin olağanüstü bir fesh hakkına dnŒerek sadece “ex nunc” (ileriye doğru) sonuç doğuracağı da kabul edilmektedir. Bir baŒka ifadeyle iptal tarihine kadar geçen süre için szleŒmenin hükümsüz sayılmayacağı kabul edilmiŒtir. Bkz. KOCAYUSUFPAŒAOđLU, s. 442, 443.

<sup>69</sup> GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, s. 179.

yanılanın kasdettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Sözleşmede yanılmayan karşı taraf, iptal beyanının kendisine ulaşmasından sonra, derhal sözleşmeyi yanılanın gerçek iradesine göre yerine getirmeye hazır olduğunu beyan ederse, yanılanın iptal bildirimini herhangi bir hüküm ifade etmez<sup>70</sup>. Şirket birleşme veya devralma sözleşmelerinde de yanılan tarafın iptal beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte eğer karşı taraf sözleşmeye yanılan tarafın kasdettiği anlamda devam edeceğini derhal bildirirse yanılma nedeniyle sözleşmenin iptali mümkün olmayacaktır.

## 2) Aldatılan Tarafın Sözleşmeyi İptal Etmekten Vazgeçerek Tazminat Talep Etmesi

Aldatılan taraf, sözleşmeye açıkça veya zımnî bir şekilde icazet verirse veya aldatılma fiilinin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmese taraflar arasındaki sözleşme geçerlilik kazanacaktır. Sözleşmenin bu şekilde geçerlilik kazanmasından sonra aldatılan tarafın diğer taraftan tazminat isteyebilip isteyemeyeceği hususu da ayrı bir tartışma konusudur. Bu tartışma, çalışma konusu bakımından da birleşme veya devralma sözleşmesinin aldatma nedeniyle iptali gündeme geldiğinde iptal hakkını kullanabilecek tarafın sözleşmeyi geçerli kılması halinde diğer taraftan tazminat isteyip isteyemeyeceği hususunda özellik arz etmektedir. Normal şartlar altında iptalden vazgeçerek sözleşmenin geçerli hale gelmesine kendi tutum ve davranışlarıyla sebep olan aldatılan, bizzat kendisinin gerçekleşmesine neden olduğu bir zararın tazminini isteyememesi gerekir<sup>71</sup>. Ancak TBK. m. 39/II hükmüne göre, aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz<sup>72</sup>. Aldatılan tarafın, TBK. m. 39/II hükmü uyarınca tazminat is-

<sup>70</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 443, 444. “Örneğin, A, yanlışlıkla 10.000 yerine 1000 diye yazdığını ileri sürerek sözleşmeyi iptal ettiği vakit, diğer taraf, 10.000 üzerinden borcunu ifaya hazır olduğunu hemen bildirirse, durum böyledir. Bu ihtimalde BK. m. 25/II'nin karşı tarafa yenilik doğuran bir hak bahşettiğini kabul etmek yerinde olur.” Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 444.

<sup>71</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 470.

<sup>72</sup> “Hâkim görüşüne göre, bu hüküm şöyle anlaşılmalıdır. İlke olarak, sözleşmeye (açıkça veya örtülü biçimde, özellikle bir yıllık iptal süresini susarak geçirmek suretiyle) icazet veren aldatılanın tazminat talebi düşer. İstisna olarak, aldatılan, sözleşmeyi iptal etmesi halinde kendisi aleyhine doğabilecek çok daha sakıncalı sonuçları önlemek için, bu yolu üstün tutmak zorunda kalmışsa, tazminat talebi saklıdır. Görülüyor ki, bu durumda, aldatılanın tazminat talep isteyebilmesi için mevcut hal ve şartlar altında sözleşmeyi iptal etmesi kendisinden beklenilemez olmalıdır. A, her iki evin de aşağı yukarı aynı değerde olduğu hususunda B'yi kandırması ve bunun sonucu olarak, B, İzmir'deki evi ile A'nın İstanbul'daki evinin trampa edilmesine (BK. m. 232) razı olmuştur. İstanbul'a yerleşen B, daha sonra aldatıldığını öğrenirse, tekrar İzmir'e gidip yerleşmenin gerek iş hayatı, gerekse özel hayatı açısından doğurabileceği sakıncaları göz önüne alarak, sözleşmeye icazet verip, BK. m. 31/II gereğince tazminat istemekle yetinebilir.” Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 470, 471.

teyebilmesi için mevcut hal ve şartlara göre sözleşmeyi iptal etmesi kendisinden beklenilemez olmalıdır<sup>73</sup>.

Tüm bu nedenlerle, şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde de aldatılan taraf, eğer sözleşmeyi iptal etmesi haklı olarak kendisinden beklenilemeyecekse, sözleşmeyle bağlı kalmaya devam edebilir. Buna mukabil, aldatılan taraf, TBK. m. 39/II uyarınca aldatan taraftan tazminat isteyebilecektir. Örneğin<sup>74</sup>, devir konusu şirketin değerlendirme işlemi gerçekleşirken olması gerekenden fazla değerlendirme yapılmış ise, devralan bu durumu devir işleminden bir süre sonra öğrenmiş olsa da, devir işlemi iptal ettirmeksizin devir bedelinden bir kısmının kendisine iade edilmesini talep edebilir.

## X. DUE DILIGENCE VE CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRMELER

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo), sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada, taraflardan birinin veya yardımcılarının, diğer tarafa veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumluluktur<sup>75</sup>. Sözleşme kurulmadan önce, taraflar sözleşmenin içeriği, şartları, kapsadığı hak ve yükümlülükler üzerinde birbirleriyle kısa veya uzun görüşmeler yaparlar. Görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında hukuki bir ilişki

<sup>73</sup> KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 471.

<sup>74</sup> “Federal Mahkemenin BGE 107 II 419 sayılı kararına konu olan olayda, esas sermayesi 300.000 İsviçre Frangı (CHF) olan bir anonim şirketin payları 300 nama yazılı paya bölünmüştür. Paylar için hisse senedi çıkartılmamıştır. Ortaklardan F. Neuman 20.12.1977 tarihinde akdedilen bir pay satış sözleşmesi (temlikname) ile kendisine ait olan tüm payları W. Grünner’e 250.000 CHF satıp devreder. Taraflar, sözleşmenin II. başlığı altında, ‘satış fiyatının, tam olarak envanter zamanındaki değere ve stokların öz varlık düzeyine uygun olarak ortaya çıkmış’ olduğunu kabul ettiklerini beyan etmişlerdir. Satıştan bir yıl sonra alıcı Grünner, stoklarda satılamayan bir çok malın bulunduğunu ve devir bilançosunun da aşırı şekilde fazla bir değerlendirme yapılmış olduğunu ve bunları da satıştan sonra öğrendiği nedeniyle satış fiyatından indirim talebinde bulunur. Sonuçta Federal Mahkeme, sadece pay satış sözleşmesinin iptalini değil, aksine kısmi butlan nedeniyle sadece satış fiyatında fiili bir indirimin yapılabileceğine karar verir.” Bkz. PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 227.

<sup>75</sup> Çeşitli tanımlar ve daha geniş bilgi için bkz. GONZENBACH, Rainer, Culpa in Contrahendo im Schweizerischen Vertragrecht, Bern 1987, s. 7; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, s. 204; WOLF, Manfred / NEUER, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, s. 413 vd.; PALANDT, s. 466 vd.; EREN, s. 1083; WELSER, Rudolf, Bürgerliches Recht, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besondere Teil, Erbrecht, Band II, 13. Aufl., Wien 2007, s. 16; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 976; SEROZAN, Rona, “Culpa in Contrahendo ve Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kavramlarının Ortak Temeli, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD. 1968, S. 3, s. 110; KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2010, Cilt 1, s. 9 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 408 vd.; ANTALYA, s. 132; YALMAN, Süleyman, Türk İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 38; ARIKAN, Mustafa, Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, SÜHFD., C. 17, S. 1, Y. 2009, s. 70, 71.

kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir<sup>76</sup>. Bu müzakereler esnasında taraflar arasında özen gösterme yükümlülüğü meydana gelir. Bu yükümlülük uyarınca taraflar arasında gerçekleri açıklamak, yanlış bilgi vermemek, karşı tarafın menfaatlerini ve tarafların mal ve şahıs varlıklarını korumak gibi ödevler doğar. Taraflardan birisi sözleşme görüşmeleri esnasında ortaya çıkan özen yükümlülüğüne aykırı davranır ve bu nedenle karşı tarafın zarar görmesine sebep olursa ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorunda kalır.

Şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde tarafların due diligence çalışmaları esnasında, aralarında müzakereye başlamış olmaları nedeniyle, culpa in contrahendo sorumluluğu da gündeme gelecektir. Taraflar müzakere safhası niteliğinde olan due diligence incelemeleri esnasında özen yükümlülüklerine uygun davranmak zorundadırlar. Şirket birleşme ve devralmalarında tarafların müzakereleri sözleşmenin yapılması şeklinde olumlu bir neticeye ulaşmayabilir.

Ancak söz konusu bu müzakerelerde eğer satıcı tarafın kusurundan kaynaklanan nedenlerle diğer taraf herhangi bir zarara uğrarsa culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında satıcının sorumlu tutulması mümkündür. Örneğin, devir görüşmeleri esnasında satıcı taraf karşı tarafta sözleşmenin yapılacağına dair bir güven oluşturursa ve bu güvene binaen alıcı taraf yeni işyeri kiralamak veya satın almak gibi bazı masraflarda bulunursa sözleşmenin kurulmaması nedeniyle alıcı taraf bu masrafların tazminini de isteyebilecektir<sup>77</sup>. Aynı şekilde alıcı tarafın özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle satıcı taraf herhangi bir zarara uğrarsa culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde alıcının bu zararları tazmin etmesi gerekecektir.

<sup>76</sup> EREN, s. 1128; GONZENBACH, s. 71; YALMAN, s. 37; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, s. 209.

<sup>77</sup> “Sözleşme yapma niyeti olmadığı halde kötüniyetle ve aldatıcı davranışlarla başkasında böyle bir ümit yaratan kimse, sözleşmenin yapılmamasından doğan zararı tazmin etmelidir. Burada zarar gören görüşmecinin uğradığı zarar, esas itibarıyla sözleşmenin yapılacağına güvenden doğan menfi zarardır. Bu zararın içine yapılan seyahat giderleri, boşa geçirilen zaman, yapılacak sözleşmeye güvenerek başka bir kimse ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılması, yaratılan güven nedeniyle karşı edimi sağlama hazırlıkları; bunun için bazı giderler yapılması, örneğin bu amaçla piyasadan mal satın alınması, bunun kiralanınan depoya konulması; faizle ödünç para bulunması; başka kişilerle sözleşme yapılması nedeniyle meydana gelen kayıp ve giderler girer.” Bkz. EREN, s. 1136.

## XI. SATIM SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI VE SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN DUE DILIGENCE SÜRECİNE YANSIMALARI

### A. SATIM SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI VE SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

Satım sözleşmelerinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu TBK. m. 219-231 hükümleri arasında kusurdan bağımsız yasal bir sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir<sup>78</sup>. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, “Satılan şeyin satıcının zikrettiği vasıfları taşımasından veya bu şeyin değerini yahut akit gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksikliklerin bulunmasından satıcının sorumlu olması” biçiminde tanımlanabilir<sup>79</sup>. TBK. m. 219 da satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, “*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur. Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmeseyse bile onlardan sorumludur.*” şeklinde kaleme alınmıştır.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), m. 35/2 hükmüne göre, satım konusu mallar, “(a) aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler”, “(b) sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlemesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılın”, “(c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler”, “(d) ilgili türden mallar için mutat sayılan şekilde veya böyle bir mutat şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler” sözleşmeye uygun mallar olarak kabul edilirler<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 75.

<sup>79</sup> TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Altıncı Tıpkı Basım, C. I /1, İstanbul 2008, s. 163; MEDICUS, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 3. Aufl., München 1987, s. 17 vd.; FIKENTSCHE, Wolfgang / HEINEMANN, Andreas, Schuldrecht, München 2006, s. 404 vd.; PALANDT, s. 617 vd.; OECHSLER, Jürgen, Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht, München 2003, s. 56 vd.; MARX, Claudius / WENGLORZ, Georg, Schuldrechtsreform 2002, Das neue Vertragsrecht, Konstanz 2001, s. 38 vd.; MAULTZSCH, Felix / OETKER, Hartmut, Vertragliche Schuldverhältnisse, Frankfurt a. M., 2013, s. 40 vd.; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 123; RÄNTSCH, Jürgen Schmidt / MAIFELD, Jan / GÖRING, Anne-Meier / RÖCKEN, Matthias, Das neue Schuldrecht, Köln 2002, s. 441 vd.

<sup>80</sup> ATAMER, Yeşim, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İstanbul 2008, s. 320.

Satıcının, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, a) ayıbın sözleşmede yarar ve hasarın alıcıya geçmesi anında satılarda mevcut olması<sup>81</sup>, b) satılardaki ayıbın önemli olması<sup>82</sup>, c) satılardaki ayıbın gizli bir ayıp olması<sup>83</sup>, d) sorumluluğun sözleşme ile kaldırılmamış olması<sup>84</sup>, e) alıcıya ait külfetlerin<sup>85</sup> yerine getirilmiş olması ve f) satılanın

<sup>81</sup> Ayıp, hasarın geçmesinden önce mevcut olmalıdır. Hasarın intikalinden sonra ortaya çıkan ayıplar, daha öncesinde mevcut olan sebeplerden kaynaklanmadıkça, satıcıyı sorumlu kılmaz. Mesela hayvan daha önceden hasta ise ve bu hastalık sonucu sakat kalırsa satıcı bundan sorumlu olur. Buna karşılık, meyveler hasarın geçmesinden sonra normal olarak çürürse tekeffül söz konusu olmaz. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 175, **YAVUZ**, s. 128.

<sup>82</sup> Satım konusu şeyde satım sözleşmesinde kastedilen tahsis ve kullanma yönü bakımından onun değerini veya elverişliliğini azaltan veya kaldıran bir eksiklik bulunmalıdır. Sözleşmede kastedilen tahsis ve kullanma amacı, taraflarından ortak niyetlerinden; bu anlaşılamazsa şeyin satıldığı çevrede işlerde yaygın görüşlerden, akdin özel şartlarından da çıkarılabilir. Akdin kurulmasında alıcının tek taraflı düşündüğü vasıflar ve tahsis yönü dikkate alınmaz. Satım konusu şeydeki eksiklik, maddi, hukuki veya ekonomik olabilir. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 167, 168; **MEDICUS**, s. 19; **PALANDT**, s. 617; **YAVUZ**, s. 132.

<sup>83</sup> Sözleşmenin kurulması anında alıcı, mevcut olan ayıpları biliyorsa bunları kabul etmiş sayılır ve satıcının sorumluluğu yoluna gidilemez (TBK. m. 222). **TANDOĞAN**, s. 174; **YAVUZ**, s. 133; **GÜMÜŞ**, s. 91. **GÜMÜŞ**, aşikar ayıp ve aşikar olmayan ayıp nitelendirmesi ile doktrindeki açık ayıp, gizli ayıp kavramlarına farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Bkz. **GÜMÜŞ**, s. 89, 91.

<sup>84</sup> TBK. m. 221 hükmüne göre, satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Bu hükmün lafzî yorumundan tarafların satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlayan bir anlaşma yapabileme imkânlarının olduğu kabul edilir. Ancak böyle bir anlaşmanın geçerli olabilmesi için, satıcının, satılarda bulunduğunu bildiği bir ayıbı hile ile gizlememiş olması veya ayıplı mal devrinde ağır bir ihmal ile hareket etmemiş olması gerekir. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 175, 176; **GÜMÜŞ**, s. 93, 94; **YAVUZ**, s. 133, 134.

<sup>85</sup> Alıcının ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerden istifade edebilmesi için kanunen kendisine yüklenen külfetler, satılanı gözden geçirme ve var olduğu iddia edilen ayıpları satıcıya bildirmektir. Alıcı, söz konusu bu külfetleri yerine getirmezse, satıcıyı ayıptan dolayı sorumlu tutan hükümlerden yararlanamaz. Ancak doktrinde bir görüşe (bkz. **TANDOĞAN**, s. 177) göre gözden geçirme ve bildirim külfetlerine ilişkin hükümler tacir olmayan alıcılar bakımından ağır sayılabilecek bir düzenleme içermektedir ve bu nedenle tacir olmayanlar için gözden geçirme biçimi ve süreler bakımından daha geniş davranılması gerekmektedir. Yine bu görüşe göre, tacir olmayan alıcılar gözden geçirme ve bildirim külfetlerini zamanında yerine getirmeseler bile, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı TBK. m. 112 vd. hükümlerine göre tazminat ve başka taleplerde bulunabilmelidirler. Alıcının gözden geçirme külfetini yerine getirebilmesi için satılarda fiilen ve doğrudan tasarruf edebilecek duruma gelmiş olması lazımdır. Gözden geçirme imkan bulunur bulunmaz yapılmalıdır. Hayvan satışlarında 9 günlük (TBK. m. 224) bir süre, ticari satımlarda da 8 günlük bir kesin süre (TTK. m. 23/c bendi) söz konusudur. Bildirim külfeti ise ayıbın tespit edilmesi halinde zaman geçirmeksizin satıcıya bu durumun bildirilmesi anlamına gelmektedir. Bildirimde satılanın mevcut haliyle kabul edilmeyeceği belirtilmelidir. Gözden geçirme ve bildirim külfetleri zamanında yerine getirilmezse alıcı satılanı kabul etmiş sayılır. Bkz. **YAVUZ**, s. 135-138; **TANDOĞAN**, s. 177-182.

alıcıya teslim<sup>86</sup> edilmiş olması şarttır<sup>87</sup>. Buraya kadar bahsedilen şartlar satıcının ayıba karşı yasal sorumluluğunun şartlarıdır. Ayrıca satıcının özellikle bildirdiği niteliklerin satılarda olmaması nedeniyle sorumluluktan bahsedilebilmesi için a) satıcının satılanla ilgili bazı nitelikleri bildirmesi, b) nitelik bildiriminin ciddi olması ve c) alıcının külfetleri yerine getirmiş olması da gerekmektedir.

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartları gerçekleştikten sonra TBK. m. 227 alıcıya bir takım seçimlik haklar tanımıştır. Bu seçimlik hakları, sözleşmeden dönme, satış bedelinden indirim isteme, satılanın ücretsiz onarımını isteme ve satılanın ayıpsız bir benzeriyle (misliyle) değiştirilmesi şeklinde saymak mümkündür<sup>88</sup>. Alıcının seçimlik hakları, yenilik doğuran hak niteliğindedir. Yenilik doğuran hak niteliğindeki seçimlik hakların kullanılması için teorik olarak dava açılması zorunlu olmasa da uygulama açısından dava açılmaksızın seçimlik hakların kullanılması fiilen bir anlam taşımayacaktır.

## B. DUE DILIGENCE ÇALIŞMALARI BAĞLAMINDA SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

### 1) Genel Olarak

Şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin olarak due diligence incelemelerinin ne şekilde bir etki sağlayacağı konusu önem arz etmektedir<sup>89</sup>. Due diligence incelemesi kapsamında yapılan çalışmalarda alıcının muayene imkânı elde etmiş olması nedeniyle mevcut ayıpları

<sup>86</sup> MAULTZSCH / OETKER, s. 81; Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerde (TBK. m. 221, 224, 228 ve 231) sorumluluğun söz konusu olabilmesi için satılanın alıcıya “devredilmiş” olması gerektiği anlaşılmaktadır. Devir ifadesiyle satılanın fiilen teslimi mi yoksa zilyetliğin devri mi kastedilmektedir, kanun hükmünden anlaşılamamaktadır. Bu hükümlerde geçen devir ifadesi, satılanın alıcıya teslim edilmesi olarak anlaşılmalıdır. Zira alıcının yerine getirmesi gereken külfetler, öncelikle satılanın kendisine fiilen teslim edilmiş olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle zilyetliğin teslimsiz devri hallerinden ziyade fiilen teslim anlaşılmalıdır. Bkz. YAVUZ, s. 141; GÜMÜŞ, s. 81. “Burada önemli olan nokta şudur, Kanun koyucu TBK. m. 207/1’de satıcının borcunu ‘zilyetliği devir’ olarak kabul etse bile, satıcının ayıplı ifa sorumluluğunun doğumu için, satılanın, alıcıya teslimi şarttır. Zira teslim olmadan, muayene ve ihbar külfetinin alıcıya yüklenebilmesi mümkün değildir. Biz daha önce belirttiğimiz gibi, TBK. m. 207/1’deki zilyetliğin devri kavramını, teolojik reduksiyon (amaca uygun sınırlama) ile teslim olarak okuyoruz. Ancak TBK. m. 219 vd.ndaki ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hükümlerine baktığımız zaman, Kanun Koyucu’nun kullandığı kavram, zilyetliğin devri kavramını ifade edecek şekilde devirdir (TBK. m. 221, 223, 224, 228, 231 vs.). Bu noktada söz konusu maddelerdeki devir kavramının da, teslim olarak okunması mutlak bir zorunluluktur.” Bkz. GÜMÜŞ, s. 81.

<sup>87</sup> YAVUZ, s. 126-141; TANDOĞAN, s. 167-176.

<sup>88</sup> MAULTZSCH / OETKER, s. 79 vd.; PALANDT, s. 625; YAVUZ, s. 147 vd.; TANDOĞAN, s. 186 vd.; GÜMÜŞ, s. 112 vd.

<sup>89</sup> HÖHN, s. 9, 10.



bildiği veya bilmesi gerektiği ifade edilebilir mi? Bu soruya olumlu cevap verilirse, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Yine satıcının hedef şirketle ilgili gerekli incelemeyi bizzat kendi seçtiği danışmanlar aracılığıyla hazırlanmış olduğu raporu alıcıların incelemesine sunması durumunda da satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan bahsedilebilecek midir? Bu nedenle öncelikle alıcı due diligence ve satıcı due diligence açısından meselenin incelenmesi gerekmektedir.

## 2) Alıcı Due Diligence’ında Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu

Alıcı due diligence’ında, satıcı, alıcıya hedef şirketle ilgili bütün bilgi ve belgeleri sunmaktadır. Alıcı, “veri odası” (data room<sup>90</sup>) şeklinde isimlendirilen yerde bu belgeleri kendisinin belirlediği veya danışmanlık hizmeti aldığı şirketin uzman personeli ile incelemektedir. Bu inceleme aşamasında alıcının hedef şirketle ilgili bütün bilgi ve belgelere ulaşma imkânı olduğundan şirket devralma sözleşmesi bakımından ayıp olarak nitelendirilebilecek bütün hususlara vakıf olduğu kabul edilmelidir.

Bu şekilde bir kabulden sonra alıcının sözleşme imzalandıktan sonra satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurma imkânı olmayacaktır. Zira TBK. m. 222/I hükmüne göre, satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir. Alıcı due diligence kapsamında, alıcının, devir konusu şirketle ilgili muayene imkânı elde etmiş olması ve incelemelerde bulunması satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu zayıflatacaktır. Zira, satıcı, alıcının mevcut ayıpları bildiğini veya gerekli dikkat ve özeni gösterseydi fark edebileceğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>91</sup>. Eğer gizli bir ayıp söz konusu ise elbette satıcının sorumluluğu devam edecektir.

Ancak alıcı due diligence’ında satıcının hedef şirketin ayıplı olarak nitelendirilmesine sebep olacak bazı bilgi ve belgeleri vermemesi halinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>92</sup>. Örneğin<sup>93</sup> satıcı, tarafı olduğu sözleşmele-

<sup>90</sup> “Data Room Rules”, “Rules of Data Room Procedure” şeklinde isimlendirilen veri odası kurallarıyla ilgili daha geniş bilgi için bkz. **MEIER**, s. 271-273.

<sup>91</sup> Benzer bir görüş şu şekildedir: “Eğer alıcı due diligence’ı satın sözleşmesi akdedilmeden yapılmışsa ve satıcı alıcıya incelemesi gereken tüm belgeleri sunmuşsa, alıcı satın konusunu bağımsız denetçilerce hazırlanan inceleme raporuna göre satın aldığı takdirde, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortadan kalkar. Ancak bağımsız denetçinin incelemesi, olağan bir incelemenin ötesinde bir muayene düzeyinde gerçekleştiğinden, satıcının sorumluluğu gerek aşıkâr ayıplar gerekse de açık ayıplar bakımından da ortadan kalkar (BK. m. 197 ve m. 198/II).” Bkz. **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2008, 1. Baskı, C. 1, s. 139; **PULAŞLI**, Satın Alma ve Birleşme, s. 221.

<sup>92</sup> Satıcı inceleme için gerekli olan belgelerin tümünü ağır kusuruyla veya hile ile gizleyerek alıcıya sunmamışsa veya gizli ayıplar söz konusu ise satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu devam eder görüşü için bkz. **GÜMÜŞ**, 1. Baskı, s. 139.

<sup>93</sup> Örnek için bkz. **ÖZEKE**, s. 39. Bu örnekte satıcının aldatma fiili de söz konusudur. Alıcı, hem satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna hem de aldatma nedeniyle sözleşmenin iptali yoluna başvur-



ri alıcının incelemesine sunmuş ve içlerinden birinin feshedildiği bilgisini de alıcıya vermiş olabilir. Ancak satıcı sözleşmenin haksız nedenle fesih edildiği ve tazminat sorumluluğunun doğduğu iddialarına ilişkin olarak kendisine gönderilmiş ihtarnameyi alıcıya kasten vermemiş olabilir. Satıcının bu şekilde davranması, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bağlamında alıcının bilgisine sunulan tüm bilgi ve belgelerin işletme ile ilgili ayıpları görünür kıldığı iddiasının arkasına sığınmasını engelleyebilecektir<sup>94</sup>. Alıcı due diligence'inin satım sözleşmesinin kurulmasından sonra ancak hakların devredilmesi safhasından önce yapılması durumunda da satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortadan kalkar. Eğer alıcı due diligence'ı satım sözleşmesi kurulduktan ve hakların da devredilmesinden sonra gerçekleşmişse kural olarak satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu devam eder. Zira bu aşamada yapılan due diligence incelemesi alıcının satım konusunu muayene etmesi gibi yorumlanmalıdır.

### 3) Satıcı Due Diligence'ında Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu

Satıcı due diligence'ı şeklinde ifade edilen türde ise, satıcının hazırlatıp alıcıya sunmuş olduğu inceleme raporuna göre alıcı nihai kararı vermektedir. Satıcı due diligence'ında satıcının hazırlatıp alıcıya sunduğu inceleme raporunun alıcı tarafından kabul edilmesi, TBK. m. 221 anlamında satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu zımnen ortadan kaldıran bir anlaşma olarak da yorumlanabilir<sup>95</sup>. Ancak somut olayın şartlarına göre satıcı due diligence'ı satıcının bir vasıf vaadi olarak da nitelendirilebilir<sup>96</sup>. Eğer satıcı due diligence'ı vasıf vaadi olarak nitelendirilirse satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olacaktır.

---

makta tercih hakkında sahiptir.

<sup>94</sup> ÖZEKE, s. 39.

<sup>95</sup> GÜMÜŞ, 1. Baskı, s. 140; Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda sorumsuzluk anlaşmaları hakkında geniş bilgi için bkz. BAŞALP, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s. 350 vd.

<sup>96</sup> GÜMÜŞ, 1. Baskı, s. 140. "Alıcının, hukuki işlemlerdeki mutad (olağan) özeni göstermesi halinde, karşı bir teminatın eksikliğinde satıcı maddi ayıptan dolayı sorumlu olmaz. Burada, bir due diligence icrasıyla ilgili 'mutad özenin' gösterilmesi gerekiyorsa, bu takdirde alıcı, bir Due Diligence incelemesiyle anlaşılacak maddi ayıplardan vazgeçmişse, satıcıya karşı bunlar için dava açamaz. Mutad özenin kapsamı hakkındaki soruya gelince; bunun ticarî geleneğe göre tespit edilmesi gerekir. İsviçre öğretisinde, ticari hayatın üzerinde her geçen gün artan Anglo-Sakson uygulamalarının ekonomi hukukunun etkisi ve özellikle Meger&Acquisitionen konularında faaliyette bulunan danışmanlık şirketlerinde bir Due Diligence Standardının mevcut olduğu gerçeği göz önüne alındığı ve satın alma ve birleşmelerde genel olarak bir due diligence incelemesinin yapıldığı belirtilmektedir. İsviçre bilimsel öğretisinde, due diligence incelemesinden kaçınılması halinde, açıkça alıcı şirket organının ortaklıklar hukukuna ilişkin özen yükümünü ihlal ettiği görüşü tartışmasız olarak benimsenmektedir. Bu bağlamda şirket organının göstermesi gereken özen, objektif ölçüler çerçevesinde mantıklı ve dikkatli bir kişinin benzer ticari işlemlerde aynı şartlar altında göstermesi gerekli özendir." Bkz. PULAŞLI, Satın Alma ve Birleşme, s. 225.

#### 4) Bağımsız Bir Şirket Tarafından Yapılan Due Diligence Çalışmalarında Şirketin Sorumluluğu

Alıcı veya satıcı tarafından yapılmış olması fark etmeksizin due diligence incelemesi eğer bir bağımsız şirkete yaptırılmış ise şirketin hazırlamış olduğu rapordan dolayı sorumluluğunun da tartışılması gerekmektedir. Due diligence incelemesi için birçok şirket danışmanlık hizmeti vermektedir. Danışmanlık yapan şirketin vermiş olduğu rapora istinaden birleşme veya devralmaya karar veren taraf, rapordan kaynaklanan bir nedenle zarara uğradığını iddia ederse due diligence incelemesi yapan şirketin sorumluluğuna başvurulup başvurulamayacağı sorunun çözümü için öncelikle taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği belirlenmelidir. Zira taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine göre soruna çözüm aranmalıdır. Danışmanlık hizmeti veren şirketle, due diligence incelemesi talebinde bulunan taraf arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, hizmet, eser veya vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Hizmet sözleşmesinde işçinin, hizmet edimini ifade, işverene sıkı biçimde bağımlı olması, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmeye engel olur. Bağımsız danışmanlık şirketinin due diligence incelemesi yapması ve bunu rapor halinde karşı tarafa sunması TBK. m. 470 vd. hükümleri anlamında bir eser olarak kabul edilebilir. Bu nedenle taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Eğer taraflar arasındaki ilişki eser sözleşmesi olarak nitelendirilirse, due diligence incelemesi yapan danışmanlık şirketinin TBK. m. 474 anlamında ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olur. Ancak TBK. m. 502/2 hükmüne göre, vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır<sup>97</sup>. Dolayısıyla TBK. m. 502/2 hükmüne istinaden taraflar arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesi olarak da nitelendirilebilir. Bu takdirde due diligence incelemesi yapan şirketin “vekilin özen borcundan<sup>98</sup>” kaynaklanan sorumluluğundan bahsedilir.

<sup>97</sup> TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010, C. III, s. 384; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2012, C. II, s. 124, 125; YAVUZ, s. 1160, 1161. TBK. m. 502/2 hükmünün iş görme sözleşmeleri alanında sınırlı sayı ilkesi getirip getirmedeği, hatta iş görme sözleşmeleri alanında isimli sözleşmelerin varlığına olanak tanıyıp tanımadığı hususundaki tartışmalarla ilgili olarak “İsviçre Federal Mahkemesinin en yeni içtihadında da, EBK. m. 386 f. 2'nin kaynağını oluşturan OR. Art. 394/II düzenlemesinin emredici olmadığı ve bu sebeple kendisine özgü yapısı olan (sui generis) iş görme sözleşmeleri yapılabileceği vurgulanmıştır. EBK. m. 386/f. 2'nin karşılığını oluşturan TBK. m. 502 f. 2, iş görme sözleşmeleri alanında sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu yönünde yorumlar yapılmasına imkan vermeyecek bir ifade taşımaktadır.” şeklinde ileri sürülen görüş için bkz. YAVUZ, s. 1161. Karşı görüş için bkz. GÜMÜŞ, C. II, s. 125.

<sup>98</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 115. vd.

## XII. SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU VE İRADE FESADI HALLERİNİN BİRARADA BULUNMASI

Due diligence sürecinden sonra şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde bazen somut olayda yanıltma, aldatma, culpa in contrahendo ve satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hükümlerinin uygulanabileceği ihtimaller söz konusu olabilir. Böyle bir durumda mağdur olan alıcı taraf, söz konusu hükümlerden hangisine dayanmalıdır sorusu gündeme gelmektedir. İrade bozukluğu halinde geçerli bir sözleşme kurulamayacağı için satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile irade fesadı hallerinin birarada bulunması imkânsızdır şeklindeki bir düşünceye rağmen irade fesadı halinde sözleşmenin geçerli bir şekilde varlığını devam ettirmesi imkânı da yadsınamayacağından hakların yarışmasından bahsedilebilir. Bu nedenle alıcı, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna istinaden dava açabileceği gibi irade fesadı hükümlerine istinaden de dava açabilir<sup>99</sup>.

## XIII. BİRLEŞME VE DEVRALMA SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNU KALDIRMALARI (TBK. m. 221 ANLAMINDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASI)

Taraflar due diligence incelemesinden sonra sözleşmeyi kurarken satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun olmadığı hususunda anlaşabilirler. TBK. m. 221 hükmü, sadece satıcının ağır kusurlu olması halinde sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olacağını aksi takdirde tarafların geçerli bir sorumsuzluk anlaşması yapabileceğini ifade etmektedir. Buna göre, eğer satıcının ağır bir kusurundan<sup>100</sup> bahsedilebilecek tarafların yapmış oldukları sorumsuzluk anlaşması geçerli olmayacaktır.

## XIV. BİRLEŞME VE DEVRALMADAN SONRA ALICININ SEÇİMLİK HAKLARI

Birleşme ve devralma sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde alıcının seçimlik haklarından hangisini kullanacağı da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Zira seçimlik haklar arasında yer alan ücretsiz onarım isteme, ayıpsız benzeri ile (misliyle) değiştirme gibi seçimlik hakların şirket

<sup>99</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. TANDOĞAN, C. I, s. 204, 205.

<sup>100</sup> “Ağır kusurun bir görünümünü oluşturan hileli davranıştan söz edilebilmesi için, satıcının, belli vasıfların varlığını veya eksikliklerin yokluğunu söylemesi veya susmasıyla bu hususta bir yanıltma uyarıdır. Bu suretle alıcıyı sözleşmeyi yapmaya veya sözleşmede kararlaştırılan şartlar altında yapmaya sevk etmek kasdının bulunması gerekir. TBK. m. 221’in bu düzenlemesi çerçevesinde, satıcının malın ayıplı olarak devredilmesinde ‘ağır ihmal’ göstermesi ve meslekten satıcının bilmesi gereken ayıpların farkında olmaması ağır kusur olarak nitelendirilecek ve sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılmasına yeterli olacaktır.” Bkz. YAVUZ, s. 135.

birleşme ve devralma sözleşmelerinde uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmeden dönme ve bedel indirimi seçimlik haklarının kullanılması işin niteliğine de uygun düşecektir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde de tarafların ifa ettikleri edimlerin iadesinin ne şekilde olacağı da sorun teşkil edecektir. Bu nedenle seçimlik haklardan bedel indirimi talep edilmesi tarafların menfaatine olacaktır.

## XV. SONUÇ

Şirket birleşmeleri ve devralmaları diğer bir ifadeyle şirket evlilikleri ticari hayat açısından önemli bir yere sahiptir. Due diligence incelemesi, şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinin kurulmasında hayati bir önemi haizdir. Due diligence incelemesiyle birlikte gerçekleştirilen şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde tarafların irade fesadı hallerine düşmeleri nedeniyle sözleşmenin iptali söz konusu olabilir. Ancak sözleşmenin iptali halinde ifa edilen edimlerin ne şekilde iade edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle TBK m. 34/II veya m. 39/II hükmündeki sözleşmeyi iptal etmeden ama iradesi fesada uğrayan tarafın da mağdur edilmesini önleyen çözümler alternatif olarak tercih edilmelidir.

Taraflar arasındaki sözleşme müzakerelerinde taraflardan birisinin kendi aralarında oluşan güven ilişkisini zedeleyen davranışlarda bulunması halinde culpa in contrahendo sorumluluğu da gündeme gelmektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olması halinde de ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi imkânı mevcuttur.

Due diligence incelemesi yapan danışmanlık şirketlerinin sorumluluğu bağlamında şirketle due diligence incelemesi talep eden taraf arasındaki ilişkinin hukuki niteliği eser veya vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Buna göre eğer taraflar arasındaki ilişki eser sözleşmesi olarak kabul edilirse TBK. m. 474 bağlamında yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hükümleri çerçevesinde danışmanlık şirketinin sorumluluğuna gidilebilir. Şayet danışmanlık şirketi ile müşteri arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilirse, vekilin özen borcunu düzenleyen TBK. m. 506 hükmüne göre şirketin sorumluluğu yoluna gidilebilir.

Şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir. Eğer satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartları gerçekleşmiş ise alıcının üzerine düşen külfetleri yerine getirmesi kaydıyla sözleşmeden dönme, bedel indirimi, ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeri ile değiştirme şeklinde bazı seçimlik haklar söz konusu olacaktır. Söz konusu bu seçimlik haklardan, şirket birleşme ve devralma sözleşmesinin niteliği de göz önünde bulundurulursa, bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılması taraf menfaatlerine uygun olacaktır. Zira şirket birleşme ve devralma sözleşmelerinde ücretsiz onarım ve ayıpsız

misliyle değiştirme gibi bir ihtimal söz konusu olamaz. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında ise ifa edilen edimlerin iadesinin ne şekilde yapılacağı pratik açıdan sorunlar doğuracaktır.

### KAYNAKÇA\*

- AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2015.
- AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- ANGERSBACH, Carsten J., Due Diligence beim Unternehmenskauf, Baden-Baden 2002.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- ARIKAN, Mustafa, Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, SÜHFD., C. 17, S. 1, Y. 2009, s. 69-89.
- ATAMER, Yeşim, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İstanbul 2008.
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012.
- AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. I, Konya 2014. (Eşya Hukuku)
- BAŞÖZ, Lütfü / ÇAKMAKÇI, Ramazan, Gerekçeli, Karşılaştırma Tablolu, Eski ve Yeni Kanun Maddeleri İle Birlikte Yeni Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2011.
- BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.
- BEISEL, Daniel / ANDREAS, Friedhold E., Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, München 2007.
- BERENS, Wolfgang / BRAUNER, Hans U. / STRAUCH, Joachim, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 3. Auflage, Stuttgart 2002.
- BOTTCHER, Lars, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb, Baden-Baden 2005.
- BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- EGGENBERGER, Jens, Gesellschaftrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due diligence Prüfung, Farnkfurt am Main, 2001, Diss. Univ. Bonn 2000 (Europäische Hochschulschriften Bd. 3143).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- FIKENTSCHER, Wolfgang / HEINEMANN, Andreas, Schuldrecht, München 2006.
- FLEISCHER, Holger / KORBER, Torsten, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, BB 17/2001, s. 841 vd.
- GARZTKE, Ulrich, Zivilrechtliche Auswirkungen einer Due Diligence auf die Rechte der Vertragsparteien beim Unternehmenskauf, Hamburg 2003.
- GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / SCHMID, Jörg / EMMENEGGER, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich 2008.
- GODEFROID, Christoph, Kontrolle ist besser-Möglichkeiten und Grenzen der Due Diligence beim Unternehmenskauf, in: Finanzierung Leasing Factoring (FLF) 2000.
- GONZENBACH, Rainer, Culpa in Contrahendo im Schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.
- GRIMM, Detlef / BOKER, Arndt, Die arbeits und socialversicherungsrechtliche Due Diligence, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 2002, s. 193-204.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, C. I, İstanbul 2008. (1. Baskı)

\* Birden fazla eserinden yararlanılan yazarların eserleri ile ilgili kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012. (C. II)
- HAFT**, Robert J. / **HAFT**, Barry J, Due Diligence in Securities Transactions, Derfield/New York/Rochester 1996.
- HATEMİ / GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012.
- HEIDINGER**, Franz J / **ALBESEDER**, Werner, Due Diligence-Ein Handbuch für die Praxis, Wien, 2001.
- HÖHN**, Jakob, Einführung in die Rechtliche Due Diligence, Zürich 2003.
- KARAHAN**, Sami, Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Konya 2012.
- KOCAYUSUPPAŞAOĞLU**, Necip / **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROAZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Cilt 1, İstanbul 2010.
- KRANEBITTER**, Gottwald, Due Diligence-Risikoanalyse im Zuge von Unternehmenstransaktionen, München 2002.
- KRÜGER**, Dirk / **KALBFLEISCH**, Eberhard, Due Diligence bei Kauf und Verkauf von Unternehmen- Rechtliche und steuerliche Aspekte der Vorprüfung beim Unternehmenskauf, DStR 1999.
- KUSCHE**, Michael Silvio, Die aktienrechtliche Zulässigkeit der Durchführung einer Due Diligence anlässlich eines Unternehmenskaufes, Frankfurt a. M. 2005.
- KUTLAN**, Serhat, Birleşme ve Devir Almalarda Due Diligence, Ankara 2004.
- LAJOUX**, Alexandra R. / **ELSON**, Charles M., The Art of M&A Due Diligence-Navigating Critical Steps and Uncovering Crucial Data, New York 2000.
- MARX**, Claudius / **WENGLORZ**, Georg, Schuldrechtsreform 2002, Das neue Vertragsrecht, Konstanz 2001.
- MAULTZSCH**, Felix / **OETKER**, Hartmut, Vertragliche Schuldverhältnisse, Frankfurt a. M. 2013.
- MEDICUS**, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 3. Auflage, München 1987.
- MEIER**, Eric Olivier, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Zürich 2010.
- MERKT**, Hanno, Rechtliche Bedeutung der due diligence beim Unternehmenskauf, in Wirtschaftsrechtliche Beratung 1996.
- NOBEL**, Peter, Aktien und Börsenrecht, Vielfalt und Einheit, in SZW 2/2008, s. 175 vd.
- OECHSLER**, Jürgen, Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht, München 2003.
- OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.
- OĞUZMAN**, Kemal / **SELİÇİ**, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul 2002.
- ÖZATLAN**, Yurdal, Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- ÖZEKE**, Billur, Birleşme ve Devralmalarda Due Diligence Kavramı ve Türk Hukukunda Satıcının Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul 2006.
- PALANDT**, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, München 2008.
- PICOT**, Gerhard / **RUSSENSCHUCK**, Viola, Legal Due Diligence, M&A Review 8-9/2002, s. 426 vd.
- PULAŞLI**, Hasan, Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence, Batider 2007, S. 2, C. 24, s. 203-235. (Satın Alma ve Birleşme)
- PULAŞLI**, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara 2014.

- RÄNTSCH**, Jürgen Schmidt / **MAIFELD**, Jan / **GÖRING**, Anne-Meier / **RÖCKEN**, Matthias, Das neue Schuldrecht, Köln 2002.
- RICHERT**, Andreas, Die Due Diligence beim Unternehmenskauf mit internationalem Bezug, Hamburg 2004.
- SCHELLHAMMER**, Kurt, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen samt Wohnungseigentums und Grundbuchrecht, 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2005.
- SCHMITZ**, Winfried F., Due Diligence for Corporate Acquisitions, Association Internationale des Jenes Avocats, Brüksel 1996.
- SCOTT**, Cornelia, Due Diligence in der Praxis-Risiken minimieren bei Unternehmenstransaktionen, Wiesbaden 2001.
- SEROZAN**, Rona, "Culpa in Contrahendo ve Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kavramlarının Ortak Temeli, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD. 1968, S. 3, s. 108-129.
- SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007. (Dönme)
- SEZEN**, Ayşe, Birleşme ve Devralmalar, Uluslararası Rekabet ve Teknolojileri Birliği, Şubat 2007, s. 2, 3, www.urteb.org, E.T. 05.12.2015.
- SHERMANN**, William D., The Due Diligence Defense, 670 Practising Law Institute/Corporate Law and Practice Course Handbook Series (PLI/Corp).
- SİRMEN**, Lale A., Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Altıncı Tıpkı Basım, C. I/1., İstanbul 2008. (Cilt I).
- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010.
- TEKİNALP**, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme, İstanbul 2015.
- TEKİNAY**, S. Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TSCHÄNI**, Rudolf, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, Ein Handbuch zu Übernahmen, Fusionen und Unternehmenszusammenschlüssen, 2. Auflage, Basel 1991.
- UEBELHART**, Peter / **JAGGI**, Michel, Steurliche Due Diligence-Identifikation von steuerlichen Chancen und Risiken bei Transaktionen, ST 4/2006.
- VOGT**, Gabriele, Die Due Diligence-ein zentrales Element bei der durchführung von Mergers & Acquisitions, in Deutsches Steuerrecht 2001.
- WATTER**, Jean Philippe, Unternehmensübernahmen, Kontrollwechsel in der Aktiengesellschaft mittels Aktienkauf, Übernahmeangebot, Fusion und verwandter Tatbestände, Zürich 1990.
- WELSER**, Rudolf, Bürgerliches Recht, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, Band II, 13. Auflage, Wien 2007.
- WILHELM**, Jan, Sachenrecht, 2. Auflage, Berlin 2002.
- WOLF**, Manfred / **NEUER**, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage, München 2012.
- YALMAN**, Süleyman, Türk İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.
- YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.





# Kat Mülkiyetinde Cins Tashihine Yönelik Düşünceler

(The Thoughts On Kind Assignment In Condominium)



Yrd. Doç. Dr. Ömer BAĞCI\*

## ÖZET

Bilindiği üzere, kat mülkiyeti ilişkisinde, kat malikleri, bağımsız bölüm ve eklentilerini özgülenme amacına uygun kullanma yükümlülüğü altındadır. Gerçekten de, 634 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre, kat mülkiyeti kurulurken, bağımsız bölümlerin özgülenme amacını belirten bir mimari projenin tapu dairesine teslimi zorunludur. Bu belirleme, genel olarak, “mesken”, “işyeri” vb. sıfatlar kullanılmak suretiyle yapılır. Bağımsız bölümün özgülenme amacının böylelikle daha kat mülkiyeti kurulurken belirlenmesi, 634 sayılı Kanun'un 24. maddesi dolayısıyla ayrı bir öneme sahiptir. Zira, anılan madde hükmünde, baştan belirlenen özgülenme amacının (yani cinsin) sonradan değiştirilmesi; ya bütünüyle yasaklanmış, ya belli işler bakımından bütünüyle serbest bırakılmış, ya da bütün kat maliklerinin oybirliği ile alacağı bir kararın varlığına bağlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kat mülkiyeti, 634 sayılı Kanun, özgülenme amacı, mesken, işyeri.

## ABSTRACT

As known, property owners have the obligation of using their independent sections and additions according to allocation purpose in condominium relation. Actually, according to law number 634 section 12, when the condominium is established it is necessary to give architectural project which shows the allocation purpose of independent sections' to the land office. In general, this specification is made by using designations like “settlement”, “workplace” etc. Determination of allocation purpose of independent sections during the condominium establish has a different significance because of law number 634 section 24. This is because in the aforementioned law section, it is completely prohibited, completely freed in some issues or related to all of the property owner's unanimous opinion, to change the allocation purpose (kind) which is specified at the beginning.

\* Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

**Keywords:** *Condominium, Law Number 634, Allocation Purpose, Settlement, Workplace*

## I. Genel Olarak

Bu çalışmamızda, kat mülkiyeti ilişkisinin kuruluş sürecinde ve sürdürülmesinde önem arzettiğine inandığımız “cins tashihi” meselesini ve uygulamada bu hususla ilgili ortaya çıkan kimi sorunların çözüm yöntemlerini açıklamaya çalışacağız.

Bilindiği üzere, kat mülkiyeti ilişkisinde, kat malikleri, bağımsız bölüm ve eklentilerini özgülleme amacına uygun kullanma yükümlülüğü altındadır<sup>1</sup>.

Gerçekten de, 634 sayılı KMK'un 12. maddesine göre, kat mülkiyeti kurulurken, bağımsız bölümlerin çeşidini (özgülleme amacını) belirten bir mimari projenin tapu dairesine teslimi zorunludur. Bu belirleme, genel olarak, “mesken”, “işyeri” vb. sıfatlar kullanılmak suretiyle yapılır<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Abdülkadir **Arpacı**, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması-Doğal Gaz ve Devre Mülk, 6. Baskı, İstanbul 2002, s.52; Şeref **Ertaş**, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 376;İlknur **Arslan/Mustafa Kırmızı**, Yargıtay'ın Tümüyle Taranmış İçtihatları Işığında Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 405; Tahsin Murat **Pulak**, Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli-Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, 7. Baskı, Ankara 2014, s. 415; Aydın **Aybay/Hüseyin Hatemi**, Eşya Hukuku, İstanbul 2010, s. 232; Turhan **Esener/Kudret Güven**, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 296; Fikret **Eren**, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 158; Hüseyin **Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı**, Eşya Hukuku, İstanbul 1990, s. 177; Kemal **Oğuzman/Özer Seliçi/Saiibe Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2011, 520 vd.; Jale G. **Akipek/Turgut Akıntürk**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 428; Lale **Sirmen**, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 501; Mehmet **Ayan**, Eşya Hukuku, C.II, Mülkiyet, 4. Baskı, 428. Başka deyişle, kütükte, taşınmazın cinsi belirlendikten sonra, söz konusu niteliğe uygun kullanım, diğer kat maliklerinin rızasını gerektirmez. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 521 ve özellikle oradaki dn. 143.

<sup>2</sup> 634 sayılı KMK'nun 12. maddesinde, önce 5711 sayılı Kanun; hemen ardından da 5912 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır. 5711 sayılı Kanun ile değişik metnin c bendi “*Her bağımsız bölümün arsa payını, kat, daire, iş bürosu gibi nevini ve bunların birden başlayıp sıra ile giden numarasını, varsa eklentisini gösteren ve anagayrimenkulün maliki veya bütün paydaşları tarafından imzalanmış noterden tasdikli liste*” şeklinde kaleme alınmıştır. Söz konusu ettiğimiz KMK m. 12'nin c bendi 5912 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış ve bu arada a bendinde değişikliğe gidilmiştir. Kanaatimizce, bugün için, kat mülkiyeti kurulurken cins tashihi yapılması gerektiği yolundaki düşüncenin pozitif dayanağı da işte bu son değişiklikten sonraki haliyle KMK m. 12'nin a bendidir: “*Anagayrimenkulde, yapı veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları, kar, daire, iş bürosu gibi nevi ile bunların birden başlayıp sıra numarasıyla giden...*”. Hal böyleyken, biz, Özmen/Kır'ın, anılan maddede yapılmış değişikliklerle ilgili eleştirilerine bütünüyle katıldığımızı ifade etmek isteriz. Bu cümleden olmak üzere ve kanun yapma tekniği bakımından ortaya çıkan özensizlikler ve keyfi davranış tarzı hakkında ayrıca bkz. E. Saba **Özmen/Hafize Kır**, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/5912 Sayılı Kanunlar), İstanbul 2010, s. 32 vd.; **Pulak**, s. 141 vd.. Bugün için yürürlükte olup olmadığı tartışmalı olan 1965 tarihli “İzahname”de “Liste, her bağımsız bölümün nev'ini (yani kat, daire, iş bürosu, depo, dükkan vs. gibi) ...” ifadesine yer verilmekle nev'e ilişkin sayımın aynı zamanda örnekleyici olduğu ortaya konmaktadır. KMK'da 2007 yılında yapılan esaslı değişiklikler sonrasında, anılan izahnamenin halen yürürlükte olup olmadığı hususu kanaatimizce tartışmalıdır. Tapu Kadastro Genel

Esasında, eşya hukukunda, “cins tespiti ve tashihi” kavramı, teknik anlamıyla, kadastro faaliyetleri sırasında (tapulama işlemleri yapılırken) taşınmazın niteliğini belirleme faaliyetleri için kullanılır. Örneğin, bir arazinin arsa mı, tarla mı yoksa bahçe mi olduğu hususu ile yine binalı bir arsanın tarlaya; tarlanın bahçeye dönüştürülmesinde durum böyledir. Kat mülkiyeti bakımından ise, konunun, daha çok, KMK’nun 24. maddesinde yer alan düzenleme çerçevesinde tartışıldığı söylenmelidir. Ezcümle, kat mülkiyeti ilişkisinde cins tashihi, teknik anlamıyla değil de, bağımsız bölümün hangi amaçla kullanılacağına belirlenmesine yönelik bir usul olarak karşımızda durmaktadır. Kat mülkiyetinin kuruluşu aşamasında, bağımsız bölümlerin kullanım amacı cins tashihi yoluyla tespit edilerek ileride kat malikleri arasında doğabilecek uyumsuzlukların önüne geçilmek istenmiştir. Böylelikle, müstakbel kat malikleri, müşterek bir yaşamın ortaya çıkarabileceği sorunları, daha kat mülkiyeti kurulurken belli ölçüde öngörebilme imkanına da kavuşmuş olmaktadır<sup>3</sup>.

Bağımsız bölümün özgülenme amacının böylelikle daha kat mülkiyeti kurulurken belirlenmesi, KMK’nun 24. maddesi dolayısıyla ayrı bir öneme sahiptir. Zira, anılan madde hükmünde, baştan belirlenen özgülenme amacının (yani cinsin) sonradan değiştirilmesi; ya bütünüyle yasaklanmış, ya belli işler bakımından bütünüyle serbest bırakılmış, ya da bütün kat maliklerinin oybirliği ile alacağı bir kararın varlığına bağlanmıştır. Bizim burdaki amacımız KMK’nun 24. maddesini ve bu maddenin geneline yönelik tartışmaları açıklamak değildir. Maksudumuz, bir kez daha ifade etmek gerekirse, KMK’nun 24. maddesinin, cins tashihi hususuna yapmış olduğu etkiyi, uygulamadan örnekler de vermek suretiyle, gözler önüne sermekten ibarettir.

---

Müdürlüğü, kurumsal web sayfasında, anılan metni “mülga mevzuat” arasında göstermektedir. Bununla birlikte, yürürlükten kalkmış olsa bile, KMK, uzun yıllar boyunca bu izahnamedeki ilkeler ve usuller çerçevesinde uygulanmıştır. Bugün için, tartışmakta olduğumuz konuyla alakalı olarak da, hemen yukarıda yer verdiğimiz cümlelerin aksini kabul etmemizi gerektirecek yeni bir genelgenin varlığından bahsetmeye imkan yoktur. Aynı cümleden olmak üzere bkz. Turgay **Gültekin**, Gayrimenkul Bilgi Bankası, 3. Baskı, İstanbul 2007, s. 137.

<sup>3</sup> Cins tashihi yoluyla bağımsız bölümlerin müstakbel işlevlerinin daha kat mülkiyeti kurulurken belirlenmesi, elbette yaşanabilecek uyumsuzlukları bütünüyle ortadan kaldırmaya yeterli değildir. Bununla birlikte, kat maliklerinin, daha başlangıçta, ileride bir parçası olacakları kat mülkiyeti ilişkisinin bileşenleri hakkında bir öngörü ile hareket edebilmeleri mutlaka faydalıdır. Öyle ki, örneğin zemin katta yer alan bağımsız bölümlerin işyeri olarak kullanılacağını bilme imkanına sahip olan bir kişi, eğer sakin ve münzevi bir hayat sürmek dilediğinde ise, söz konusu ilişkiye girmeme seçeneğine baştan sahip olabilmektedir. Ne var ki, kat mülkiyeti uygulamamızın tüm bu teorik açıklamalardan kısmen de olsa bağımsız geliştiği; insanımızın, genel olarak, “kervan yolda düzlenir” gibi bir mantıkla hareket ettiği ve uygulamada cins tashihi ile ilgili olarak yaşanan sorunların da esas itibarıyla bu davranış tarzından kaynaklandığı söylenmelidir. Zira, aşağıda açıklayacak olduğumuz üzere, KMK’nun 24. maddesi, cins tashihiyi ciddi biçimde sınırlamaktadır.

## II. KMK'nun 24. Maddesinin Düzen Tarzı

KMK'nun 24. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “Anagayrimenkulün, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseseler kurulamaz; kat maliklerinin buna aykırı sözleşmeleri hükümsüzdür; dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dışındadır.

Anagayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastahane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalâthane, boyahane, basımevi, dükkân, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararlarla açılabilir. Bu karar yöneticinin veya kat maliklerinden birinin istemi üzerine bütün bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sahifelerine şerh verilir.

(**Ek fıkra: 6111 - 13.2.2011 / m.194**) 1136 sayılı Avukatlık Kanununda avukatlık büroları ve hukuk büroları ile ilgili düzenleme yapılmaya kadar meskenlerdeki avukatlık ve hukuk büroları faaliyetlerine devam ederler. Bu süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıldır. Bu hüküm 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda ilgili düzenleme yapılmaya kadar meslek mensupları tarafından açılan bürolar hakkında da uygulanır

*Bu karar yöneticinin veya kat maliklerinden birinin istemi üzerine bütün bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sahifelerine şerh verilir”.*

Maddenin ilk fıkrasında, kat maliklerinin sonradan oybirliği ile anlaşarak dahi değiştirmeleri mümkün olmayan mutlak bir yasaktan bahsedilmektedir. Buna göre, eğer, bir bağımsız bölüm, kat mülkiyeti kurulurken tapu kütüğünde mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilmişse; bu bağımsız bölüm üzerinde, sonradan; hastane, dispanser, klinik ve ecza laboratuvarı türünden bir işletme kurulması mümkün değildir. Kat maliklerinin tamamının aksi yönde bir anlaşma yapmaları; oybirliği ile bir karar almaları ya da bu yönde bir yönetim planını oybirliği ile kabul etmeleri de yasaklanmıştır<sup>4</sup>. Bir bağımsız bölüm üzerinde bu türden bir faaliyet yapılmak isteniyorsa izlen-

<sup>4</sup> Abdülkadir Arpacı, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984, s. 155 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, Kat Mülkiyeti, Eşya Hukuku II/2, İstanbul 1991, s. 83; Sirmen, s. 501 vd.; Ayan, s. 428 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 521 vd.; Arpacı, s.93; Ertaş, s. 376-377; Arslan/Kırmızı, s. 406-407; Pulak, s. 415; Aybay/Hatemi, s. 232-233; Esener/Güven, s. 297; Eren, s. 158; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 177; Akipek/Akıntürk, s. 428. Pulak, bu hususla ilgili olmak üzere aynen şunları söylemektedir: “Bağımsız bölümlerin sağlık hizmeti amaçlı kullanımına ilişkin olan bu yasaklama kesin olup, kat maliklerinin alacakları bir kararlar veya yönetim planına koyacakları bir hükümlerle bertaraf edilmesi mümkün değildir. Bu gibi kararlar veya yönetim planı hükümleri geçersizdir”.

mesi gereken usul, daha kat mülkiyeti kurulurken o bağımsız bölümün niteliğinin bu faaliyete göre (örneğin klinik olarak) belirlenmesidir<sup>5</sup>.

KMK'nun 24. maddesinin 2. fıkrasında ise, tapu kütüğünde “mesken” olarak kayıtlı bir bağımsız bölüm üzerinde, kat malikleri kurulunun oybirliği ile alacağı bir karar neticesinde yapılabilecek faaliyetler sıralanmıştır. Buna göre, bağımsız bölüm “mesken” niteliğinde ise, kat malikleri kurulu, oybirliği ile karar almak suretiyle<sup>6</sup>, o bağımsız bölümün “*sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve firm, lokanta, pastahane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalâthane, boyahane, basımevi, dükkân, galeri ve çarşı gibi yerler*” olarak kullanılmasına imkan tanıyabilmektedir.

Görüldüğü üzere, gerek KMK 24/I ve gerek KMK 24/II'deki tahsis şekilleri sınırlayıcı değil ve fakat örnekleycidir<sup>7</sup>. Aslında, bunlar arasında net bir sınır olduğunu iddia etmek de mümkün değildir. Yasanın hükümet gerekçesinde, “*ana gayrimenkulde hangi müesseselerin kurulup kurulamayacağına incelenmesi bakımından, ana taşınmazın genel durumunun göz önüne alınması ve açılacak işyerlerinin birbirleriyle olan alakası ve bunların binanın durumu ile bağdaşıp bağdaşmayacağı noktaları incelenmek lazımdır*” demek suretiyle, meselenin çözümü, bir noktada, sınırları çizilmiş bir şekilde hakimın takdir yetkisine bırakılmıştır.

Bu vesile ile, tapuda mesken olarak kayıtlı bir bağımsız bölümün, KMK 24/II mucibince bir işyeri olarak kullanılmasının, kat malikleri kurulunun oybirliği ile aldığı bir karar neticesinde mümkün olduğu da söylenmelidir. Doktrinde ve yargı makamlarının kararlarında, kurul halinde toplanma olmadan bütün kat maliklerinin ayrı ayrı verecekleri muvafakatın yeterli olmayacağı ifade edilmektedir<sup>8</sup>. Bu vesile ile,

<sup>5</sup> İzahnamede “... *Anagayrimenkul üzerinde ilk defa kat mülkiyeti kurulurken bu yasak hükmü tatbik yeri bulmaz*” demek suretiyle bu gerçek ifade edilmektedir. Dispanser, klinik ve poliklinik niteliğinde olmayan muayenehanelerin mesken niteliğindeki taşınmazlarda açılabilmesi için bütün kat maliklerinin oybirliği ile karar almaları gerektiği hakkında ayrıca bkz. **Arpacı**, s. 94. Bu sonucu, yönetim planında aksine bir hüküm olmaması ya da kat maliklerinin mutlak olarak mesken şeklinde kullanımı zorunlu tuttukları bir karar almamasına bağlayan görüş için karşı. **Arslan/Kırmızı**, s. 407. Biz de, bu hususta, Yargıtay'ın aksine, **Arpacı**'nın görüşünün, kanunun lafzı ve ruhu bakımından isabetli olduğuna inanıyoruz.

<sup>6</sup> Bu yöndeki bir değişikliğe onay vermemenin kötüniyetli bir davranış sayılamayacağı ve hakimın onay vermeyen kat maliklerinin iradeleri yerine geçecek bir hüküm tesis edemeyeceği hakkında ayrıca bkz. **Arslan/Kırmızı**, s. 408 ve özellikle oradaki dn. 75'deki karar; **Ayan**, s. 430 ve özellikle oradaki dn. 167. Toplantıya katılan değil ve fakat bütün kat maliklerinin oybirliği gerektiği hususunda ayrıca bkz. **Arpacı**, s. 95; **Pulak**, s. 416.

<sup>7</sup> **Ayan**, s. 429 ve özellikle ordaki dn. 161.

<sup>8</sup> Bkz. **Arpacı**, Yönetim, s. 159 ve özellikle orada dn. 247'de zikredilen kararlar; **Ertaş**, s. 378; Muhatap olarak belediye yazılmış ve bütün kat maliklerinin imzaladığı bir dilekçenin yeterli olmayacağı hakkında ayrıca karşı. **Ayan**, s. 429 ve özellikle oradaki dn. 162.

KMK'nun 24. maddesi ile getirilen düzen tarzına aykırı davranışların, ilgisine, KMK m. 33 mucibince bir dava hakkı verdiğini eklemek isteriz<sup>9</sup>.

### III. Yargıtay'ın KMK m. 24. Hakkındaki Görüşüne İlişkin Düşünceler

Yüksek Mahkemenin KMK 24. hükmü çerçevesinde vermiş olduğu kararların genel olarak incelenmesi bu çalışmanın sınırlarını ziyadesiyle aşmaktadır. Biz, burada, özellikle uygulama da cins tashihi yoluna başvurma zorunluluğu ile karşı karşıya kalan kat maliklerini ilgilendirdiği ölçüde ve yine çalışma maksadımız ile sınırlı olarak bir kısım içtihatlarla kısaca değinmek istemekteyiz.

Yargıtay, KMK'nun 24. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme kabul edilmeden önce vermiş olduğu kararlar da, "büroların-ofislerin"<sup>10</sup>, KMK 24/II'de öngörülen yasak kapsamında kalmadığını; bununla birlikte, tapuda mesken olarak kayıtlı taşınmazların münhasıran mesken olarak kullanılmasının yönetim planı ile hüküm altına alınabileceğini içtihat etmiş idi. Mesele, bugün için, avukatlar ve serbest muhasebeci mali müşavirler ile yeminli mali müşavirler bakımından, KMK'nun 24. maddesine bir üçüncü fıkra eklenmek suretiyle çözüme kavuşturulmuş bulunuyor<sup>11</sup>.

Biz, Yüksek Mahkeme'nin konuyla ilgili yaklaşımını genel olarak ortaya koyduğuna inandığımız Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin, 2012/5399 E., 2012/8320 K. sayılı ve 02.07.2012 tarihli bir ilamını paylaşmaz isteriz:

*"Davacılar vekili dava dilekçesinde, davalularla birlikte malik buldukları kat irtifaklı taşınmazın yönetim planının 9. maddesinin son fıkrasında yer alan "binanın alt katında bulunan dükkanlarda içerden veya dışardan baca yapıldığı takdirde fast-food lokanta, pasta-ne gibi gıda işletmeleri açılabilir, çalıştırılabilir hükmünü, 25.2.2010 tarihinde kat malikleri kurulunca yapılan olağanüstü toplantıda değiştirdiklerini ve yönetim planının 9. maddesinin son fıkrasında yer alan bu hükmünü plandan çıkarıp yerine yasaklar adı altında "zemin*

<sup>9</sup> Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin E. 1992/14490, K. 1993/2985 sayılı ve 08.03.1993 tarihli ve "Kat malikleri kurulunca verilen karara razı olmayan veya vukuu bulduğunu kanıtlayacağı başvurusuna rağmen kararı almayan kat maliki ancak o zaman Kat Mülkiyeti Kanununun 33. maddesine göre hakimin müdahalesini isteyebilir diyen" kararı için bkz. Ertaş, s. 383.

<sup>10</sup> Konuyla ilişkin Yargıtay kararlarında bir insicam olduğu ne yazık ki söylenemez. Yargıtay'ın birbiri ile bağdaştırılması imkan dahilinde olmayan kararları olmakla birlikte, yaklaşımında, ofis faaliyetinin niteliğine dikkat edildiği; bir veya iki çalışanlı ofislerin KMK 24/II'den muaf tutulduğu söylenmelidir.

<sup>11</sup> KMK'nun 24. maddesine 6111 sayılı Kanun'un 194. maddesi ile eklenen üçüncü fıkranın bünyesinde barındırdığı eksikler ve bu eksikliklerin yaratacağı sorunlar esasen pek fazladır. Sadece bir örnek olması hasebiyle kimi zaman yüzlerce kişinin çalışabildiği bir hukuk bürosunun tapuda mesken olarak kayıtlı olan bir bağımsız bölümde faaliyet yürütebilmesi ve diğer kat maliklerinin bu kullanıma itiraz edememesi KMK m. 24'ün ratio legisi ile bağdaştırılmaz. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 43. maddesine 6460 sayılı Kanunla eklenen metinde, yönetim planında yer alan aksi yöndeki düzenlemelerin geçersiz olacağını da öngörülmektedir. Gerek KMK m. 24/III ve gerekse bağlı mevzuatta yapılan değişikliklerin eleştirisi için ayrıca bkz. **Pulak**, s. 416 vd.

kattaki dükkanlar oyun salonu, içkili-içkisiz lokanta, kebabçı, dürümcü, fast-food restoran, kıraathane, kahvehane, müzikli-müziksiz cafe, her türlü yiyecek ve içecek maddesi imalatı, satışı, servisi, birahane bar ve benzeri yer olarak kullanılamaz. Bu maksatlarla kullanmak üzere kiraya da verilemez. Bununla ilgili bina içerisinden veya dışarıysından baca yapılamaz” şeklinde hüküm ilave ettiklerini ileri sürerek yönetim planına ilave edilen bu maddeyle mağdur olduklarını ileri sürüp söz konusu kararın iptalini istemiş, mahkemece dosyasındaki kayıt ve belgelere göre davaya konu edilen kararın, mutlak butlan veya yoklukla hükümsüz olduğuna dair bir iddia ve istemleri bulunmadığına göre 1 ve 6 aylık süreler geçtikten sonra dava açılmış bulunduğu hususuna değinilerek hak düşürücü süre geçtikten sonra davanın açıldığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden: davaya konu anataşınmazda kat irtifakının kurulmuş olduğu, davaya konu edilen 25.2.2010 tarihli kat malikleri kurulu kararının yönetim planının 9. maddesinin değiştirilmesine yönelik olduğu ve davacı tarafın iddiası doğrultusunda bir değişikliğin oy çokluğuyla gerçekleştirildiği, kat malikleri kurulunca yapılan değişikliğin Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 24. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeyle ilgili bulunduğu davaya konu bağımsız bölümlerin tapu kaydına göre dükkan olduğu anlaşılmaktadır.

634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 28. maddesine göre yönetim planının değiştirilmesi için bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu şarttır. Kat maliklerinin 33. maddeye göre mahkemeye başvurma hakları saklıdır. Öte yandan aynı Kanununun 24. maddesinin 2. fıkrasına göre anataşınmazın kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalathaneleri, boyahane, basımevi, dükkan, galeri ve çarşı gibi yerler ancak kat malikleri kurulunun oybirliğiyle verebileceği kararlarla açılabilir. Burada dikkat edilirse tapuda işyeri veya dükkan olarak değilde mesken olarak gösterilen herhangi bir bağımsız bölümde kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri bir kararla yasada belirtilen işyerlerinin açılması mümkün bulunmaktadır. Kanununun 24. maddesindeki bu kural mülkiyet hakkının özünüyle ilgili olan ve kamu düzenine dair bulunan bir kuraldır. Anayasamızla teminat altına alınmış mülkiyet ve ticaret hakkının somut olayda olduğu gibi tamamen ortadan kaldırmak kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Anataşınmazın kat malikleri kurulunca alınmış olan bu nitelikteki karar yok hükmündedir ve her zaman davaya konu edilebilir. Her ne kadar Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 28. maddesine göre kat maliklerinin beşte dördünün oylarıyla anataşınmazın yönetim planında değişiklik yapılabilmekte ise de. bu değişikliklerin Kat Mülkiyeti Yasası’nun 24. maddesine ve bu arada kanunda düzenlenmiş ve oybirliğini gerektiren diğer maddelerine aykırılık teşkil etmemesi, kamu düzenine dair bulunmaması, anayasayla teminat altına alınmış hakların özünü zedelememesi gerekir”

Hemen yukarı almış olduğumuz karar, pek çok yönden büyük önem arz etmektedir. Zira, herşeyden önce, Yüksek Mahkeme’nin, KMK’nun 24/II hükmünü emre-



dici nitelikte gördüğü böylelikle günyüzüne çıkmıştır. Gerçekten de, anılan kararın gerekçesi dikkatle incelendiğinde, Yargıtay'ın, teşebbüs özgürlüğünü kısıtlayacak türden bir yönetim planı hükmünün, KMK'nun 24/II hükmüne aykırı olduğunu içtihat ettiği rahatlıkla anlaşılacaktır<sup>12</sup>. Öte yandan, Yüksek Mahkeme, söz konusu kararı ile, tapuda işyeri-dükkan olarak kayıtlı olan bağımsız bölümlerde diğer kat maliklerinin onayına ihtiyaç duyulmaksızın KMK 24/II'de sayılan işlerin yapılabileceğini de içtihat etmiş olmaktadır<sup>13</sup>. Yine, Yüksek Mahkeme'ye göre, tapuda dükkan olarak gözüken bir bağımsız bölümde, KMK m. 24/II'deki işlemlerin yapılmasını yasaklayan yönetim planı hükümleri ve bu yöndeki değişiklikleri de geçerli değildir<sup>14</sup>. Yargıtay'a göre, yönetim planı değişiklikleri, KMK'nun 24. maddesine; kanunda düzenlenmiş ve oybirliğini gerektiren diğer maddelerine aykırı olamayacağı gibi kamu düzenine dair olmamalı ve keza anayasayla teminat altına alınmış hakların özünü zedelemelidir. Biz, kat maliklerinin, gerek yönetim planı hükümlerini tesis ederken gerekse sonradan alacakları kararlar bakımından, Kanunun emredici nitelikteki hükümleri ile bağlı olduğunu; söz konusu düzenleme ve değişiklik taleplerinin bu emredici hükümlere uygun olması halinde dahi, keyfiyetin, yorum noktasında, gerek kanunun sevkediliş amacına uygun bir çözümünün bulunması gerektiğini ifade etmek isteriz. Esasen, söz konusu amaç açıktır: Kat maliklerinin huzurunu daha fazla bozacak bir halin ortaya çıkmasına sebep olacak türden değişiklikler oybirliği ile alınmış bir kararı gerektirir. Diğer yandan, her halde, söz konusu değişiklikler, kamu düzenini ihlal edici bir nitelik alamayacağı gibi Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin özüne müdahale edecek nitelikte olamayacaktır.

#### IV. Uygulama Sorunları

İncelememizin bu bahsinde, cins tashihi hususunun, uygulama için sorun teşkil edeceğine inandığımız kimi yönleri üzerinde durmak isteriz. Bu cümleden olmak

<sup>12</sup> Yönetim planına, mesken niteliğindeki taşınmazların münhasıran mesken olarak kullanılacağına yazılması mümkündür. Bu husus, anılan bağımsız bölümlerin ofis olarak dahi kullanılmasına engel olur. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Pulak**, s. 420.

<sup>13</sup> Benzer yöndeki düşüncesi ve kararlar için ayrıca bkz. **Ertaş**, s. 379. Yazar, eğer bir bağımsız bölüm tapuda dükkan veya herhangi bir şekilde işyeri olarak gösterilmişse, KMK m. 24/II'nin uygulanmayacağına isabetle belirtmektedir.

<sup>14</sup> Söz konusu yaklaşımın Kanunun ratio legis ile uyumlu olduğu hakkında ayrıca bkz. **Arpacı**, Yönetim, s. 160. Yazar, bu düzenleme ile, bağımsız bölümlerin tahsis amacının değiştirilerek diğer kat maliklerinin rahatsız ve huzursuz edilmesinin önlenmek istendiğini ifade etmektedir. **Arpacı**'ya göre, işyeri niteliğindeki bir bağımsız bölümün mesken şeklindeki kullanımı için bir karar alınması gerekli değildir. Bununla birlikte, tapuda depo olarak gösterilen bir bağımsız bölümün lokanta olarak kullanılması için KMK 24/II anlamında bir karara ihtiyaç vardır. Zira, söz konusu dönüşüm, doğaldır ki, diğer kat maliklerini rahatsız edebilecek türdendir. Böylelikle, Yüksek Mahkeme'nin hemen yukarıda zikretmiş olduğumuz kararının, **Arpacı** tarafından ortaya konan bu ilke doğrultusunda yorumlanması gerektiğini de söylemek isteriz.



üzere, hemen aşağıda, konuyla ilgili olmak üzere bazı sorunlar muhtemel çözüm önerileri ile birlikte değerlendirilecek ve keza, muhtemel davranış şekillerinin hukuken doğuracağı sonuçlar yukarıda açıkladığımız genel ilkeler dikkate alınarak ortaya konmaya çalışılacaktır.

1. Acaba, mesken niteliğindeki bir bağımsız bölümün işyeri olarak kullanılmasına ilişkin KMK 24/II hükmünde aranan oybirliği ilkesi ve izlenmesi istenen usul, aksi yöndeki bir düzenlemenin yönetim planına baştan konulması; yönetim planında sonradan değişiklik yapılması ya da kat maliklerinin hepsinin imzalayacağı bir sözleşme ile bertaraf edilebilir mi?

Bu sorunun cevabıyla ilgili olmak üzere, **Arpacı**, kat mülkiyetinde yönetime ilişkin monografik çalışmasında, aynen şu ifadelerle yer vermektedir<sup>15</sup>: “*Acaba, kurul halinde toplanma söz konusu olmadan da, bütün kat maliklerinin ayrı ayrı verecekleri muvafakat bu konuda yeterli olur mu? Kanaatimizce, bunun mümkün olmaması gerekir. Zira, bu takdirde, kurul halinde toplanmanın yararları mevcut olmayacaktır. Kurulda, tapuda mesken olarak kayıtlı bir bağımsız bölümün başka bir amaç için kullanılmasının fayda ve sakıncaları açıkça ve ayrıntılarıyla tartışılacak ve ondan sonra bir karara varılacaktır. Mesela, bir bağımsız bölümün kahvehane olarak kullanılmasının leh ve aleyhindeki fikirler ileri sürülebilecek ve kat maliklerinin bu şekilde aydınlanıp kendi şahsi kararlarını verirken daha isabetli bir yola girmeleri sağlanmış olacaktır. Kapı kapı dolaşmak suretiyle bu konuda elde edilecek muvafakatlar ise, aynı ölçüde sağlıklı bir muhakemenin mahsulü olmayacak, ileride bu kat maliklerinin zarar görmeleri ve dolayısıyla bir çok uyuşmazlıkların ortaya çıkışı söz konusu olabilecektir. Kaldı ki, kanunda açıkça “kat malikleri kurulunun kararı”ndan söz etmektedir. Yargıtay da bu konuda aynı görüştedir”.*

2. Biz, **Arpacı**’nın bu yaklaşım tarzını bütünüyle benimsediğimizi ifade etmek isteriz. Bu açıklamalar ışığında, yönetim planında 4/5 nispette bir oyçokluğu ile sonradan değişiklik yaparak KMK m. 24/II’nin ihlal edilemeyeceği hemen söylenmelidir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin hemen yukarı almış olduğumuz kararı da Yüksek Mahkeme’nin benzer şekilde düşündüğünü ortaya koymaktadır. Kat maliklerinin tamamının, mesken niteliğindeki bir taşınmazın işyeri olarak kullanılmasına izin veren alelade bir sözleşmeyi imzalamaları da yine KMK’nun amacı ve sözü karşısında kafi gelmeyecektir. Daha kat mülkiyeti kurulurken yönetim planına KMK 24/II’yi bertaraf edici yönde konan hükümler açısından ise meselenin doktrin ve yargı kararlarında açık bir şekilde tartışıldığı söylenemeyecektir. Bizim bu hususta kabul edilmesinin mümkün gördüğümüz esaslar ise şöylece özetlenebilir:

<sup>15</sup> **Arpacı**, Yönetim, s. 159.

- Kat mülkiyeti kurulurken yönetim planı ve bağımsız bölümlerin cinsini-niteliğini gösteren bir mimari proje tapu müdürlüğüne verilmektedir.
- Tartışmakta olduğumuz olasılık, yönetim planında, mimari projesinde mesken olarak gösterilip de tapuda başlangıçta mesken olarak kaydedilen bağımsız bölümler üzerinde KMK 24/II ile sınırlı olmadan işyeri açma imkanı tanınmasıdır.
- Mesele ikili bir ayırım dahilinde ele alınabilecektir. Kat mülkiyetinin kurulduğu sırada yönetim planını imzalayan kat malikleri, anılan hükümden yararlanılmak istenilen anda da henüz bağımsız bölümlerini üçüncü bir kişiye devretmemiş iseler (yani yönetim planındaki imza anı ile yönetim planında kendisine mesken olan bağımsız bölümünü işyeri olarak kullanma imkanı verilen kat maliki bu yetkisini kullandığı zaman arasında kat maliklerinde bir değişiklik olmamışsa) **Arpacı**'nın yukarıda sıraladığı gerekçelerin bertaraf edilmesi mümkündür. Bu halde, söz konusu yönetim planının, bir sözleşme hükmünde olması hasebiyle altında imzası olan kat maliklerini bağladığı iddia edilebilecektir.

Ancak, ne var ki, daha doğru bir yaklaşım, bu hususta yetkinin kat malikleri kuruluna bırakıldığını kabul etmektir. Bilindiği üzere, yönetim planı, aynı etkileri de olan, düzenleme kapsamına aldığı bağımsız bölümlerin cüzi haleflerini (bağımsız bölümleri sonradan devralan 3. kişileri) de imzaları olmamasına rağmen bağlayan bir metindir<sup>16</sup>. Yasamız, 12. maddesinde, kat mülkiyeti kurulurken, maliklerin, bağımsız bölümlerin niteliğini belirleme hak ve yetkisine sahip olduğunu; hatta bunun aynı zamanda bir yükümlülük olduğunu dile getirmektedir. Gerek KMK'nun 12. maddesinde gerek konuya ilişkin İzahname'de, bir bağımsız bölüm için birden çok cinsin aynı anda kabul edilebilmesi imkan dahilinde görülmemiştir. Sistem, esas olarak, bir bağımsız bölüm için tek bir cins öngörülmesi (mesela mesken) ve bunun değişikliğinin de ancak ve ancak KMK 24/I ve II kapsamında ele alınması esasına dayanmaktadır. Aksi halde, bir bağımsız bölüm için birden fazla tahsis şeklinin kabul edilebileceği sonucuna ulaşılabilecektir ki bunun, yasanın sağlamaya çalıştığı belirlilik ilkesi ve diğer esaslarla telafisi kabil değildir. Bundan dolayı, **Arpacı**'nın yukarıda haklı olarak dile getirdiği endişeleri de göz önüne alarak, tapuda mesken olarak kayıtlı olan bir bağımsız bölümün işyeri olarak kullanılması için yetkili olan organın karar tarihindeki kat malikleri kurulu olduğu söylenmelidir. Aksinin kabulü, KMK 24'ün ratio legis'ine aykırı olacağı gibi kanuna karşı hile teşkil eden bir davranış tarzının kabul edilmesi anlamına gelecektir. Biz, yönetim planının aynı etkisinin (yani bağımsız bölümü sonradan devralan yeni malikleri de bağlama gücünün), ancak ve ancak kanuni sınırlar içinde ve sadece yönetime ilişkin hususlarla sınırlı olarak doğduğunu da eklemek

<sup>16</sup> **Arpacı**, s. 114; **Pulak**, s. 468-469; **Ayan**, s. 456 vd.; **Arslan/Kırmızı**, s. 465; **Ertaş**, s. 454-455.

isteriz<sup>17</sup>. KMK'nun 24. maddesinin 2. fıkrasında geçen “ancak” sözcüğü dolayısı ile maddenin lafzı da ulaştığımız bu çözümü desteklemektedir.

3. Acaba, somut bir uyumsuzlukta, yönetim planının münferid hükümlerinin, kat maliklerinden birisine, mesken niteliğindeki bağımsız bölümlerini zamanla değiştirebilecek ihtiyaçları doğrultusunda ve belirleyeceği esaslar dahilinde kullanması imkanı tanımış olması ulaşılabilecek çözümü değiştirecek midir? Acaba yönetim planındaki bu türden hükümler, ilgisine, “cins tashihi” konusunda KMK'nun 24. maddesini bertaraf edici nitelikte doğrudan bir yetki vermekte midir? Eğer cevabımız olumsuz ise, izlenmesi gereken usul nedir?

KMK m. 24 ile uyumlu olacak şekilde, bu türden hükümlerin, söz konusu bağımsız bölümün mesken niteliğine aykırı düşmemek şartıyla ilgili kat malikinin belirleyeceği kullanma biçimi ve ihtiyacına uygun kullanımını serbest bıraktığı dile getirilebilecektir. Yukarıda bahis ettiğimiz üzere, kat maliklerinin KMK'ndan doğan yükümlülüklerinin başında, bağımsız bölümün tahsis amacına uygun kullanılması borcu gelmektedir. Biz, bu türden düzenlemelerin, KMK'nun 24. maddesinin emredici niteliği karşısında, dar yorumlanması gerektiğine inanmaktayız. Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında, bu yönde bir düzenleme karşısında şu seçeneklerin sıralanması mümkündür:

- \* İlgili Kat Maliki, yönetim planının içerdiği bu yöndeki düzenlemelerin anlam ve geçerliliğine ilişkin yaptığımız açıklamalar saklı kalmak kaydıyla ve fakat çekincelerimizi yok sayarak; maliki olduğu kesken niteliğindeki bağımsız bölümü, herhangi bir kat malikleri kurulu kararı aldırarak için uğraşmaksızın, doğrudan yönetim planından aldığını iddia ettiği yetkiye dayanarak, işyeri olarak kullanmaya başlar. Diğer kat maliklerinin dava açmasını bekler. Yargıtay, bir kararında, diğer kat maliklerinin bu fiili kullanımı tarzına başlangıçta itiraz etmemelerinin, sonradan dava açmalarına engel olmadığını dile getirmiştir<sup>18</sup>. Diğer kat maliklerinden bir tanesi bile

<sup>17</sup> Bir başka yorum kuralından hareketle de aynı sonucun desteklenmesi mümkündür. Bilindiği üzere, istisna hükümler hakkaniyet aksini gerektirmedikçe dar yorumlanır. KMK'nun 24. maddesindeki düzenlemenin KMK 12. ve KMK 24/1 maddeleri ile öngörülen sisteme bir istisna getirdiği açıktır. O halde, bu madde hükmünün de dar yorumlanması icap eder. Dar yorumun bizi götürdüğü sonuç ise açıkça bir kat malikleri kurulu kararının aranması olacaktır. Benzer yönde olmak üzere bkz. **Arpacı, Yönetim**, s. 77. Yazar, yönetim planının emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla bağlayıcı etkisi olacağına işaret etmektedir.

<sup>18</sup> Yargıtay HGK'nun E. 2012/18-834, K. 2013/308 sayılı, 06.03.2013 tarihli ve “Somut olayda, dava konusu binanın, 2.kat 3 nolu dairenin tapu kaydı ve yönetim planında mesken niteliğinde olduğu ve davalı tarafından diğer davalı şirkete model ve tasarım ofisi olarak kiralandığı sabittir. Dava konusu dairenin iş yeri olarak kullanılması yönünde kat malikleri kurulu tarafından oy birliği ile alınmış bir karar bulunmamaktadır. Mahkemece, zaman içerisinde diğer bağımsız bölümlerin kullanım biçimlerinin değişerek eylemli olarak “işyeri- ofis” olarak kullanılır hale geldiği belirtilmiş ise de, mesken niteliğinde kullanılması gereken diğer dairelerin de yeniden mesken niteliğine dönüştürülmesi için her zaman dava açılması olanaklı olup, davacı kanundan

dava açmaya ehildir. Bu ihtimalde, kat maliki, eski hale iade davası ile muhatap olur. Davada, savunma olarak, yönetim planının mezkur yöndeki hükümlerine dayanılır. Davacı ise, anılan hükümlerin KMK 24/II karşısında geçersiz olduğunu iddia eder. Hakim, öncelikle, işyeri olarak kullanılan bağımsız bölümlerde yapılan faaliyetlerin niteliğini de göz önüne alarak mesken niteliğinin gereklerini aşan bir faaliyet olup olmadığına bakar (KMK 24/III hükmü saklıdır); eğer müspet bir sonuca ulaşırsa, bu kez yönetim planının mezkur hükümlerinin kat malikine bu türden bir kullanım imkanı tanıyıp tanımadığını araştırır. Davacının, bağımsız bölümü sonradan iktisap ettiğini; yönetim planında imzası olmadığını iddia etmesi mümkündür ve keyfiyet yönetim planının aynı etkisinin bertaraf edilmesi sonucunu doğurabilir. Kat maliki bu davayı kaybetmekle kalmaz, söz konusu bağımsız bölümleri eğer üçüncü kişilere kiralamış ise, tahliye davaları da gündeme gelir<sup>19</sup>. Bu hususta, kiracıların basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü altında olduğu ve tapuda mesken olan bir bağımsız bölümün işyeri olarak kiralanmasında kiracının da kusurlu sayılacağı kural olarak kabul etmektedir.

- \* Eğer, söz konusu bağımsız bölümlerin ofis olarak kullanılması isteniyor ise, faaliyetin KMK m. 24/III kapsamında bir izni gerektirmediği dile getirilebilir. Bu olasılıkta da, kat maliki, bağımsız bölümleri işyeri olarak kullanmaya başlar; bir itirazla karşılaştığında, faaliyetlerin eski Yargıtay kararlarında geçen “büro-ofis” kapsamında kaldığını iddia eder. Böylelikle, diğer kat maliklerinin oybirliğinin aranmasını gerektirecek bir hal olmadığı iddiasıyla savunma yapar. Bununla birlikte, 6111 sayılı Kanunla getirilen düzenleme karşısında (bkz. yukarıda KMK 24/III), ofis-büro iddialarının hukuk büroları ve mali müşavirlik firmaları ile sınırlandığı söylenmelidir. Bu iki meslek grubu dışında rahatsız edici nitelikte olmayan ofis-büro faaliyetlerinin eski Yargıtay içtihatları çerçevesinde KMK 24/II'deki yasaklamadan istisna tutulduğu söylenebilecek midir? Kanaatimizce, bu hususta öncelikle, yönetim planı hükümlerine başvurulmalıdır. KMK'nun 24/III hükmü, ofis-büro türünden kullanımların sözü edilen meslek grupları için serbest bırakıldığını kabule uygundur. Biz, bu hususta, KMK m. 24/II'nin sevkediliş amacından yola çıkılarak yapılacak bir yorumun çözümü de beraberinde getireceğine inanmaktayız. Kanun koyucunun, bırakın hükmün ratio legisini, lafızını bile deyim yerinde ise öylesine-özensizce kaleme aldığı göz önüne alınacak olursa, genel geçer bir kısım yorum ilkelerinin olduğu gibi tatbik edilerek çözüme ulaşılması, herşey bir yana Yüksek

*doğan hakkını kullandığından kendi taşınmazını evvelce işyeri olarak kiralamasına rağmen bu davayı açmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu söylenemez. Dava konusu mesken niteliğindeki taşınmazın işyeri olarak kullanılmasının isabetsiz olduğuna değinen bozma kararında açıklanan gerekçeleri nedenlere göre benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi yasaya aykırıdır”* diyen kararı için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (çevrimiçi, 13.07.2015)

<sup>19</sup> Ertaş, s. 408.

Mahkeme'nin onlarca yıla yayılmış çabasının hiçe sayılması sonucunu da doğuracaktır. Biz, KMK m. 24/III hükmünün ve ona bağlı olarak 6460 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin, keyfi ve hukukun temel ilkeleri hiçe sayılarak yapıldığına inanıyoruz. Kanun koyucunun bu özensizliği karşısında, genel geçer hukuk ilkelerinin ve yorum kurallarının bir bakıma göz ardı edilmesi ne yazık ki adaletin sağlanması açısından zorunlu gözükmektedir. Bundan dolayı, her ne kadar KMK m. 24/III hükmünün lafzı aksini haklı kılıyor gibi gözükse de, Yargıtay'ın konuya ilişkin yerleşik içtihatlarının KMK m. 24/II'nin ratio legisi ile uygun olduğu ölçüde bugün için de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan, KMK 24/II'nin kabulü ile, aslen, aynı blokda yer alan bağımsız bölümlerin insicamını ve yine aynı blokda yer alan bağımsız bölüm maliklerinin haklı beklentilerinin korunmasının hedeflendiğini; toplu yapı niteliğine sahip kat mülkiyeti ilişkileri bakımından 2814 sayılı Yasa ile getirilen ek madde 3'ün sorunların çözümü noktasında yürürlükte olduğu dönem için yetersiz kaldığını<sup>20</sup>; bugün için 2814 sayılı Yasa ile KMK'na eklenen ek madde 3'ün, 5711 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığını; nihayetinde konunun 5711 sayılı Kanun ile KMK'na eklenen 69. madde çerçevesinde çözülmesi gerektiğini; KMK'nun 69. maddesinin bir yedek hukuk kuralı öngördüğünü; dolayısıyla KMK m. 69 hükmü yerine toplu yapının yönetimine ilişkin yönetim planı hükümlerinin öncelikle uygulanacağını<sup>21</sup> dile getirmek icap eder. Bu çabamız, eğer bir oybirliği gerekiyor ise, bunun hangi kat maliklerinin oybirliğini gerektirdiğini ortaya koymaktan ibarettir. Yönetim planındaki düzen tarzına bakarak, hangi yönetim biriminin ve hangi kat malikleri kurulunun oybirliğinin aranacağını tespit edilebileceğini bir kez daha eklemek isteriz. Doktrinde, **Öktem**, bu hususla alakalı olarak, "KMK'nun 69. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği gibi bloğun ortak yerlerine ilişkin yönetimin sağlanması ve bloğun kendi sorunlarının çözülmesi için blok kat malikleri kurulu yetkili olacaktır. Bloğun "kendi sorunları" ifadesi ile kanun koyucunun bilinçli bir düzenleme yaptığı ve özellikle blok ortak yeri olmasına rağmen verilecek kararın niteliği gereği toplu yapının tamamını ilgilendiren konularda blok kat malikleri kurulunun tek başına yetkili olmayacağını belirtmek istediğini düşünebiliriz" diyerek<sup>22</sup> bir prensip ortaya koymaktadır. Böylelikle yetkili olduğu tespit edilen kat malikleri kurulu'nun vereceği karar çerçevesinde

<sup>20</sup> Bilindiği üzere, Türk Hukukunda, kat mülkiyeti ilişkisi 1965 tarihli KMK ile düzenlenmektedir. 1965 yılından bugüne, birbirini takip eden üç ayrı sürecin devam edegeldiği de söylenmelidir. Kanun, 1965-1984 tarihleri arasında tek parsel-tek blok yapılara uygulanmış; 2814 sayılı Kanun ile eklenen Ek Madde 3 ile 1984 yılından sonrası için tek parselde yer alan birden çok blokdan oluşan yapılar da KMK kapsamına alınmış ve nihayetinde, 5711 sayılı Yasanın kabul edilmesiyle KMK birden çok parselde yayılmış birden çok bloka da teşmil edilmiştir. Ne var ki, 5711 sayılı Yasa bile ayrıntılı bir düzenlemeye sahip değildir.

<sup>21</sup> Aynı yönde bkz. **Özmen/Kır**, s. 281 vd.

<sup>22</sup> Seda **Öktem Çevik**, *Toplu Yapılarda Yönetim*, İstanbul 2010, s. 95 vd..

ve aksi yönde bir düzenleme ile blok kat malikleri kurulunun yetkisi kaldırılmamış ise, blok kat malikleri kurulu kararı alır ve cins tashihi hususuna gideleceğini kabul edebilecektir<sup>23</sup>.

Bu hususta zikredilebilecek olan son bir seçenek de şöyle ifade edilebilir: Kat maliki, yukarıdaki tartışmaların kendisi için doğurabileceği bütün riskleri ortadan kaldırmak için, toplu yapı kat malikleri kurulunun karar alması maksadı ile harekete geçer. Böylelikle, yönetim planındaki hükümlerin kendisine doğrudan bir yetki vermediği; hangi kat malikleri kurulunun yetkili olduğu ya da yapılacak faaliyetlerin KMK m. 24/II kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yolundaki tartışmaları da geride bırakır. Toplu yapı yönetimine başvurulur; eğer toplu yapı kat malikleri kurulunun toplanmasına yönelik isteği engellenir ya da toplantıda istediği yönde bir karar alamaz ise, MK m. 2'yi de gerekçe göstererek dava açar ve hakimın müdahalesini ister. **Arpacı**<sup>24</sup>, tam da bu noktada, değişiklik talep eden kat maliki lehine bir kısım açıklamalara yer vermektedir: *"Burada şunu da belirtmek gerekir ki, KMK 24/II'nin aradığı kararın alınması, hakkın kötüye kullanılması sayılacak şekilde engellenirse, ilgili kat malikinın KMK 33 gereğince hakime başvurmaya hakkı vardır. Buna göre, davacı, bazı kat maliklerinin haklarını açıkça kötüye kullanmak suretiyle (MK 2/II) olumsuz oy vermeleri yüzünden bu konudaki isteğini reddeden kurul kararının etkisiz bırakılmasını (iptalini) ve onun yerini tutacak bir hüküm verilmesini isteyecektir. Hakim, ilgilileri dinledikten sonra, yapılmak istenen değişikliğin davacıya büyük faydalar sağlayacak olmasına karşılık diğer kat malikleri açısından dikkate değer sakıncalar doğurmayacağını tespit ederse, söz konusu değişikliğin yapılmasına izin verebilir ve hakimın buna ilişkin hükmü kat malikleri kurulu kararının yerine geçer".* Kat maliki, bunun yanında, yönetim planının bütün kat maliklerini bağladığını; yönetim planında yer alıp da kendisine bağımsız bölümü değişen ihtiyaçları doğrultusunda kullanma yetkisi veren hükümlere rağmen talebinin kabul edilmemesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini de söyleyebilecektir.

4. Gerek, toplu yapı kat malikleri kurulunun kat malikinın değişiklik talebini kabul etmesi; gerekse kabul etmemesi üzerine kat maliki tarafından açılacak bir dava sonucunda aynı sonucun bu kez hakim kararıyla sağlanması sonrasında izlenecek usulün ana hatları ise şöylece özetlenebilir:

<sup>23</sup> Kat maliki, yönetim planında değişiklik yapmak suretiyle anılan işlemler bakımından kendisinin açıkça yetkili olduğu hususunda bir yola tevessül edebilir. Ne yazık ki, bunu yapmak için de 4/5 çoğunluk yetmeyecek; oybirliği aranacaktır. Kaldı ki, bu yönde oybirliği ile kabul edilecek yönetim planı hükmünün geçerliliği tartışma konusu olmaya devam edecektir. Bir kere oybirliği gerekli olduktan sonra da, cins tashihi ilişkili oybirliği kararı aldırarak, yönetim planını değiştirmeye ikna etmekten daha kolay olsa gerektir.

<sup>24</sup> **Arpacı**, Yönetim, s. 161-162.

Bir ana yapıdaki mesken olan bir bağımsız bölümün kullanımının işyeri şeklinde değiştirilmesi, kural olarak bir tadilat projesi yanında, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma, çalıştırma ruhsatını da zorunlu kılar. Bağımsız bölümle ilgili işlem tapu müdürlüğüne intikal etmeden önce, söz konusu bu belge, onay ve iznin ilgili belediyeden temini gerekir. Bu belgelerin düzenlenmesi, onaylanması ve işyeri olarak kullanım izninin verilmesi için, ilgili belediyenin, tüm kat maliklerinin onayını alması gerekir. Sonrasında tapu müdürlüklerince yapılacak işlem, ilgili Belediyesince hukuken ve fiilen dükkana dönüştürülen bir bağımsız bölümün, tapu sicil kaydında aleniyet ya yöneliktir.

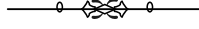
### V. Sonuç

Çalışmamızın maksadı KMK'nun 24. maddesinin getirdiği düzen tarzının bütün yönleriyle açıklanması değildir. Bununla birlikte, KMK'nun m. 24/I hükmü ile getirilen hükmün mutlak emredici nitelikte kabul edildiği ve keza II ve III. fıkralardaki yasaklayıcı düzenlemeler göz önüne alındığında, cins tashihinin daha kat mülkiyeti kurulurken baştan özenle yapılmasının sonradan ortaya çıkabilecek sorunları büyük ölçüde engelleyeceği göz önüne alınmalıdır. Yasa koyucumuz, özellikle KMK m. 24/II açısından, kat malikleri kurulunun tek yetkili makam olduğunu ifade etmektedir. Bunun anlamı, KMK m. 24/II kapsamındaki bir değişikliğin ancak yetkili kat malikleri kurulunun oybirliği ile alacağı bir kararla yapılabileceğidir. Yönetim planında değişiklik yapmak vesilesiyle ya da daha baştan yönetim planına bu yönde hükümler sevk edilmesi suretiyle diğer kat maliklerinin rızasının bertaraf edilmesine yönelik çabalar maddenin lafzı ve KMK m. 24/II'nin ratio legisine aykırı olduğu ölçüde geçersiz olmaya mahkumdur. Aksi yönde bir yorumun benimsenmesi, kanuna karşı hile teşkil eden bir davranış tarzının da benimsenmesi anlamına gelecektir.





# Limited Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senedinin Hukuki Niteliği



Yrd. Doç. Dr. Ayşegül SEZGİN HUYSAL\*

## ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) limited şirketlerde esas sermaye pay senetlerinin ispat senedi olarak düzenlenebilmesinin yanı sıra nama yazılı olarak da düzenlenebileceğini kabul etmiştir. Ancak limited şirkette nama pay senedinin çıkarılmış olması TTK’daki limited şirket payının devrine ilişkin hükümlerin uygulanmasında bir değişiklik yaratmayacak ve devre ilişkin m. 595 hükmü nama yazılı pay senedi çıkarılmış olsa dahi uygulanmaya devam edecektir. TTK m. 593(2) ile limited şirketlerde nama yazılı pay senedi çıkarılma imkanı, doktrinde bu senedin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler doğmasına yol açmıştır. Çalışmamızda limited şirket pay senedinin hukuki niteliği, kıymetli evrak hukukunun temel prensipleri ve TTK’nın limited şirket işleyişine ilişkin hükümleri ile Türk hukuk doktrinindeki görüşler ve mehaz İsviçre hukukundaki gelişmeler dikkate alınarak değerlendirilecektir.

**Anahtar kelimeler:** *Limited şirket, nama yazılı pay senedi, pay devri, kıymetli evrak, nama yazılı senet.*

## ABSTRACT

Turkish Commercial Code numbered 6102 (“TCC”) stipulates that the share certificates of a limited liability company can be issued in the form of a nominative share certificates as well as a document of proof. However, even if the nominative share certificates are issued in a limited liability company, article 595 of TCC, which stipulates the transfer of the shares, will be applied. The provision set forth by the article 593 (2) of TCC enabling the limited liability companies to issue nominative share certificates raised different views in the Turkish legal doctrine. In our study we will examine the legal qualification of the nominative share certificates addressing the general principles of valuable papers, the provisions of TCC regarding the process of the limited liability companies, related doctrinal views and the developments in the Swiss law.

**Keywords:** *Limited liability company, nominative share certificates, share transfer, valuable papers, nominative certificates.*

\* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile yürürlükten kaldırılmış olan 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK) m. 503/II'de “Ortaklar tarafından konulan sermaye için, anonim şirkette olduğu gibi hisse senedi çıkarılamaz.” hükmü yer almakta ve limited şirketler bakımından hisse senedi çıkarılması yasaklanmaktaydı. Bu hükme paralel olarak, eTTK m. 518'de de pay hakkında düzenlenebilecek senetlerin kıymetli evrak niteliği taşımayan ispat vasıtası olacakları düzenlenmekteydi<sup>1</sup>.

eTTK m. 503/II hükmünün mehazı olan, eski İsviçre Borçlar Kanunu (eİBK) m.789 (3)'te de limited şirkette bir payın senede bağlanmış olması halinde bu senedin kıymetli evrak niteliği taşımadığı, sadece bir ispat senedi olabileceği ifade edilmekteydi<sup>2</sup>. İsviçre hukukunda 1 Ocak 2008'de yürürlüğe giren değişiklikler neticesinde, İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 784(1) uyarınca limited şirketlerde payın bir senede bağlanması halinde, bu senedin ispat senedi olabileceği gibi nama yazılı pay senedi de olabileceği öngörülmüştür<sup>3</sup>.

İBK m. 784 (1) ile benzer şekilde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile getirilen düzenlemeyle, eTTK'dan farklı olarak, limited şirketlerin esas sermaye pay senetlerinin ispat senedi olarak düzenlenebilmesinin yanı sıra nama yazılı olarak da düzenlenebileceği kabul edilmiştir. TTK m. 593(2) birinci cümle uyarınca “Esas sermaye pay senetleri ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenebilecektir”.

Hem Türk hukukunda hem de İsviçre hukukunda, limited şirketler bakımından emre yazılı senet yahut hamiline yazılı senet çıkarılması mümkün değildir<sup>4</sup>. Bu açıdan limited şirketler anonim şirketlerden farklıdırlar. Bu farklılığın sebebi ise limited şirketin taşıdığı şahıs ortaklığı özellikleri ve özellikle pay devrinin kural olarak onaya tabi oluşudur.

<sup>1</sup> Arslanlı, Halil, Türk Ticaret Kanunu Şerhi İkinci Kitap, İkinci Kitap, Yedinci Fasıl, Limited Şirketler, (Madde 503-556) İstanbul 1963, s. 150. Arslanlı Halil/Domaniç Hayri, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Hisseli Komandit Şirketler, TTK Şerhi-III, İstanbul 1989, s. 220. eTTK döneminde limited şirkette ortakların hak ve borçları esas sözleşme hükümlerinden, ticaret siciline sunulan listelerden (eTTK m. 519) anlaşılmakta ancak bunların yanı sıra özellikle ortak sayısının çok olduğu şirketlerde ortakların ve haklarının tespiti bakımından bir senede ihtiyaç duyulabileceğinden ispat senedi ihtiyacı gerekçelendirilmekteydi.

<sup>2</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Chappuis, Fernand/Jaccard, Michel, Commentaire Rommand, ed. Tercier, Pierre/Amstutz, Marc, Code des Obligations II, Bâle 2008, Art. 484, N 5, s. 1540.

<sup>3</sup> Chappuis, Fernand, Le Nouveau Droit de la Sârl, Bâle 2008, s. 8; Fransızca metin ile Almanca ve İtalyanca metin arasındaki farklılık için bkz. aşağıda dn.11.

<sup>4</sup> Chappuis, art. 784 N 7, s. 1540; Çeker, Mustafa/Karahan, Sami (Edit.), Şirketler Hukuku, Konya 2013, s. 820.

TTK m. 595(2)'nin gerekçesinde, yapılan bu değişiklik ile bir yenilik getirildiği, ancak hüküm uyarınca nama yazılı senet çıkarılmasının paya devir ve dolaşım kolaylığı sağlamayacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda pay senedinin çıkarılmış olması TTK'nın limited şirket payının devrine ilişkin hükümlerin uygulanmasında bir değişiklik yaratmayacak ve devre ilişkin m. 595 hükmü nama yazılı pay senedi çıkarılmış olsa dahi uygulanmaya devam edecektir.

TTK m. 593(2) ile limited şirketlerde nama yazılı pay senedi çıkarılma imkanı, doktrinde bu senedin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler doğmasına yol açmıştır. Çalışmamızda limited şirket pay senedinin hukuki niteliği, kıymetli evrak hukukunun temel prensipleri ve TTK'nın limited şirket işleyişine ilişkin hükümleri ile Türk hukuk doktrinindeki görüşler ve mehaz İsviçre hukukundaki gelişmeler dikkate alınarak değerlendirilecektir.

## I. KIYMETLİ EVRAK TANIMI ÇERÇEVESİNDE SORUNUN TAKDİMİ

TTK m. 645(1), kıymetli evrakı, “*Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez*” şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımdan kıymetli evrakın unsurları; hak, senet ve hak ile senet arasındaki bağ olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir senedin kıymetli evrak niteliğini haiz olup olmadığı hakkında değerlendirmenin yapılması, temel olarak senette bu unsurların ve bu unsurlara bağlanan sonuçların var olup olmadığının tespiti ile gerçekleştirilebilir<sup>5</sup>. Kıymetli evrakın temel nitelikleri de TTK m. 645 (1)'de yapılan tanım ile tespit edilebilmektedir; (i) Kıymetli evrakın içerdığı hak devredilebilir niteliktedir, (ii) senet ile hak arasında güçlü bir bağ vardır, (iii) sıkı şekil şartlarına bağlıdır ve (iv) soyutluk ilkesi geçerlidir<sup>6</sup>.

TTK m. 645(1)'de yer alan tanımdan çıkan unsurlar doktrinde basit kıymetli evrak kaydı, diğer bir ifadeyle çift taraflı ibraz kaydı, olarak anılmaktadır<sup>7</sup>. Basit kıymetli evrak kaydı, bir senedin kıymetli evrak olarak nitelendirilmesi için gereken asgari özellikleri ifade eder ve senede kıymetli evrak niteliğini kazandırır. Bu sebeple, bir senedin kıymetli evrak olup olmadığının tespit edilebilmesi için, senedi düzenle-

<sup>5</sup> Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Çek Kanununun Yorumu ile, İstanbul 2013, s. 27.

<sup>6</sup> Poroy/Tekinalp, s. 28-41.

<sup>7</sup> Poroy/Tekinalp, s. 27; Öztan Fırat, Kıymetli Evrak, Ankara 2015, s. 16-17; Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015, s. 19, p. 47; Pulaşlı Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (Kıymetli Evrak), Ankara 2015, s. 7, p. 25; Karahan, Sami (Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal), Kıymetli Evrak Hukuku, Konya 2014, s. 23; Bohnet François, Commentaire Rommand, Tercier/Amsutz (ed.), Code des Obligations II, Art. 965, N 1, s. 2212.

yen mevzuatta senedin kıymetli evrak olduğu belirtilmiyorsa senedin kapsamından kıymetli evrak olduğu anlaşılmalıdır<sup>8</sup>. Senedin kapsamından kıymetli evrak olduğunun anlaşılması içinse, o senette basit kıymetli evrak kaydının (çift taraflı ibraz kaydı) bulunup bulunmadığını incelemek gerekir.

Basit kıymetli evrak kaydının senette bulunması halinde senet alacaklısı ancak senedi ibraz ederek hakkı talep edebilir; senet borçlusuna ise ancak senedin ibrazı üzerine borcu ifa ederse borçtan kurtulur<sup>9</sup>. Elbette senet borçlusunun borcundan kurtulabilmesi için senedin türüne göre hak sahibi olduğu anlaşılmalı kişiyeye, vadesinde ve hile veya ağır kusuru olmadan borcunu ifa etmesi gerekir<sup>10</sup> [TTK m. 710(II) ve 646(II)].

Limited şirketlerde çıkarılabilecek pay senetlerinin kıymetli evrak vasfı değerlendirilirken, basit kıymetli evrak kaydının ortaklıktan doğan hakların kullanımındaki etkisi ortaya konulmalıdır (aşağıda III D). Basit kıymetli evrak kaydının ikinci etkisi ise devirde görülmektedir. Basit kıymetli evrak kaydı taşıyan ve dolayısıyla kıymetli evrak niteliğinde olan senetlerde, hakkın devredilmesi için senedin de devredilmesi gerekmektedir. TTK m. 645 uyarınca bir senedin kıymetli evrak sayılabilmesi için, hem devirde hem de hakların kullanılmasında senedin ibrazının zorunlu olması öngörülmüştür<sup>11</sup>. Limited şirketlerde -pay sahipliği hakkının devredilmesi için çıkarılmış olması halinde- nama yazılı pay senedinin devrinin zorunlu olup olmadığı da kıymetli evrak vasfının tespitinde önem teşkil edecektir (aşağıda III C).

<sup>8</sup> Öztan, s. 54; Bozer, Ali/Göle, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2015, s. 14; Can, Mertol, Kıymetli Evrak, Ankara 2012, s. 7.

<sup>9</sup> Bohnet, Art. 965, N 1, s. 2212; Öztan, s. 29-30; Pulaşlı, Kıymetli Evrak, s. 6-7; Bozer/Göle, s. 14.

<sup>10</sup> Ülgen /Helvacı /Kendigelen/Kaya, s. 19, p. 46; Karahan (Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 18.

<sup>11</sup> Kıymetli evrakın tanımı mehz İBK m. 965'te de, TTK m. 645'e benzer şekilde, içerdikleri hakkın senetten ayrı olarak ileri sürülmesi (değerlendirilmesi) veya devredilmesi mümkün olmayan senetler olarak yapılmıştır. Burada mehz Kanunda (özellikle Fransızca metindeki " ... *qu'il soit impossible de le faire valoir ou de le transférer indépendamment du titre*" ) yer alan ifade teoride alternatif bir imkansızlığın senedin kıymetli evrak olarak nitelendirilmesi için yeterli olup olmadığı tartışmasına yol açmıştır. Nitekim Bohnet, senet ile hak arasında bağlılığın iki koşula değil, iki alternatif koşuldan birine bağlı olduğunu belirtmektedir; hak ya senet olmaksızın devredilemeyecek ya da senet olmaksızın ileri sürülemeyecektir. Bu iki imkansızlıktan biri basit kıymetli evrak kaydının varlığı göstermek için yeterlidir. Yazar, nama yazılı hisse senetlerindeki uygulamanın da bu görüşle açıklanabileceğini iddia etmektedir: Nama yazılı hisse senedinin devrinde senedin devri gerekli olmakta ancak ortaklık haklarının kullanımı için senedin ibrazı gerekli bulunmamaktadır. Jäggi (ZK- Jäggi, N 172) ise kıymetli evrak tanımında böyle bir ikili ayırım yapmanın gerekli olmadığını ve nama yazılı hisse senetleri bakımından da ortaklık haklarının kullanılması için de senedin ibrazının gerektiğini, zira senedin ibrazı ile gerçekleşecek pay defterine kayıt olmadan bu hakların kullanılamayacağını belirtmektedir (ZK- Jäggi, N 175). Bohnet ise, senedin ibrazı üzerine yapılacak pay defterine kaydın pay devrine ilişkin olmasından ötürü, nama yazılı hisse senetlerinde senet ile hak arasındaki bağlılığın sadece devirde zorunlu olduğunu ve hakların kullanımında senedin ibrazının gerekmediğini savunmaktadır; Bohnet, Art. 965, N 6, s. 2213.

Nama yazılı senetler TTK m. 654'te şöyle tanımlanmaktadır: “*Belli bir kişinin adına yazılı olup da onun merine kaydını içermeyen ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evrak nama yazılı senet sayılır*”.

Nama yazılı kıymetli evrakta basit kıymetli evrak kaydı bulunmakta (çift taraflı ibraz), ancak nitelikli kıymetli evrak kaydı olarak da adlandırılan<sup>12</sup> çift taraflı teşhis kaydı bulunmamaktadır. Çift taraflı teşhis kaydının yokluğu ve kamu güvenine mazhar senetlerden olmaması sebebiyle nama yazılı senetler dolaşım kabiliyeti en az olan senetlerdir. Çift taraflı ibraz kaydı senet ve hak arasındaki bağlılığın daha güçlü olduğu emre yazılı senetlerde ve hamiline yazılı senetlerde bulunmaktadır. Bu senetlerde alacaklı sadece senedin ibrazı ile teşhis edilir. Senedin ibrazı ile yapılan teşhis borçlunun ödeme yapmasına, alacaklının hak talep etmesine yeter. Ancak çift taraflı ibraz kaydı bir senedin kıymetli evrak niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde önem taşımamaktadır.

TTK m. 593(2) uyarınca, çıkarılma imkanı tanınmış olan nama yazılı pay senetlerinde çift taraflı ibraz özelliğinin olduğu kabul edilirse, bu senetlerin kıymetli evrak olduğu ifade edilebilir. Diğer bir deyişle limited şirket pay senedinin borçlusu olan şirketin borcunu ifası ve senet alacaklısının yani ortağın hakkını talep edebilmesi için senedin ortak tarafından şirkete ibrazı zorunlu ise ve senette yer alan hakkın senetten ayrı devri mümkün değilse; bu senette basit kıymetli evrak kaydının varlığından ötürü senet kıymetli evrak olarak nitelendirilebilecektir.

Ancak soruyu başka şekilde ele almak da mümkündür; Kanun limited şirketlerde çıkarılması mümkün olan senedi “*nama yazılı pay senedi*” olarak düzenlemiştir. Nama yazılı senetler, TTK'nın kıymetli evrak kitabındaki ikinci kısmın başlığıdır. Nitekim TTK m. 593'ün gerekçesinde de “*Ayrıca nama yazılı senet basit kıymetli evrak kaydını içerdiği için, ortaklığının bu senetle ileri sürülmesini ortaktan istemek hakkını şirkete vermektedir.*” çıkarımı yer almaktadır. Bir senedin kıymetli evrak kabul edilmesi için ya bu niteliğin kanun tarafından senede tanınmış olması; ya da senedin basit kıymetli evrak kaydı taşıması yani kanuni tanıma uyması gerekli ve yeterlidir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz bu iki ihtimal arasındaki fark şudur: (i) eğer kanun bir senedi kıymetli evrak olarak tanımlıyorsa ve aksini açıkça gösteren bir düzenleme yoksa<sup>13</sup>, basit kıymetli evrak kaydını haiz olma bu durumun bir sonucu olarak karşımıza çıkar, (ii) bir senet kanunen kıymetli evrak olarak tanımlanmadığı halde

<sup>12</sup> Pulaşlı, Kıymetli Evrak, s. 7; Karahan (Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 18.

<sup>13</sup> Burada örnek olarak poliçe ele alınabilir. Poliçe kanunda kıymetli evrak olarak düzenlemesine karşın, sigorta poliçesi kıymetli evrak vasfını haiz değildir. Bir kambiyo senedi olan poliçe ile sigorta poliçesi nitelik olarak aynı olmadığı gibi, TTK m. 1424(3) hükmünden de bunların ispat senedi niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır, bkz. Ülgen/Helvacı, Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, p. 17, s. 6.

kıymetli evrak özelliklerini taşıyor ise, bu durumda o senet haiz olduğu özellikler sebebi ile kıymetli evrak sıfatını haiz demektir.

Ayrıca kanun koyucu limited şirkette düzenlenebilecek senet tiplerini belirlerken “nama yazılı pay senedi ve ispat senedi” seçeneklerini sunmaktadır. Kanaatimizce kanunda limited şirketlerde çıkarılabilecek olan nama yazılı pay senedi ile ispat senedi hukuken farklı nitelikte ve buna bağlı olarak da farklı hukuki hükümlere tabi olmasalardı, kanun metninde bu senetlerin limited şirkette çıkarılabilecek farklı nitelikteki senetler şeklinde düzenlenmemiş olması gerekirdi.

İspat senedi, esas sermaye borcunun ödendiğine dair bir makbuz ve ortağın ortaklığını ispatlama aracıdır. Buna bağlı olarak ispat senedi, herhangi bir kıymetli evrak kaydı içermez<sup>14</sup>. Bu senetlerde ortaklık hakkı “*tecessüm etmez*” ve ortak bu senet olmaksızın ortaklık sıfatını ispat edebilir<sup>15</sup>. Gelmiş olduğumuz bu noktada kanaatimizce cevaplanması gereken soru, eğer limited şirketlerde çıkarılması mümkün pay senetleri kıymetli evrak niteliği taşımamaktaysa, bu senetlerin ispat senedinden bir farkı olmayacaktır.

TTK m. 593’ün metnine baktığımızda limited şirkette çıkarılabilecek nama yazılı pay senetlerinin, nama yazılı senetler arasında sayıldığını görmekteyiz. O halde limited şirket hükümleri kapsamında nama yazılı pay senedinin haiz olduğu kıymetli evrak vasfının etkilerini tespit etmek doğru olacaktır. Bu yüzden öncelikle senetteki hakkın türüne göre yapılacak ayırmada bir ortaklık senedi teşkil eden limited şirket pay senedinde mündemiç olan hakkın limited şirket işleyişinde somutlaştırılması gerekmektedir.

## II. TTK KAPSAMINDA LİMİTED ŞİRKETTE PAY SENEDİNİN İŞLEVİ

### A. Esas Sermaye Payı

Limited şirkette ortağın hak ve borçları, itibari değeri en az 25 TL veya katlarından oluşan esas sermaye bölümünü teşkil eden esas sermaye payına dayanır<sup>16</sup>. Esas sermaye paylarının değerlerinin birbirinden farklı olması mümkündür<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Tekinalp, Ünal Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Tek Kişi Ortaklığı, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, İstanbul 2015, § 21-10, s. 549.

<sup>15</sup> Arslanlı, s. 221.

<sup>16</sup> Esas sermaye payı ve sermaye payı kavramları için bkz.: Alişkan Murat, Limited Şirket, İstanbul 2013, s. 136-140.

<sup>17</sup> Tekinalp, § 18-09 s. 515’te belirtildiği üzere “bir ortak bir esas sermaye payı” ilkesinin terkedilmesiyle, payın devredilmesi için bölünmesine gerek kalmayacaktır; Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi

Ortağın sahip olduğu haklar kimi zaman limited şirkette sahip olduğu esas sermaye payı dikkate alınarak hesaplanırken, bazı hakların kullanılmasında ise sermaye koyma borcu kapsamında yapılan ödemeler dikkate alınır. Ortağın oy hakkı [TTK m.618(1)], kâr payı<sup>18</sup> [TTK m. 608(2)] esas sermaye paylarının itibari değerine göre hesaplanmaktayken; tasfiye payı [TTK m. 636(5), 643 ve 543(1)] fiilen yapılan ödemeye göre belirlenmektedir<sup>19</sup>. Genel kurula katılma, genel kurul kararlarının iptali veya butlanının tespiti davası açma, şirketin haklı sebeple feshi davası, çıkmaya katılma, bilgi alma ve inceleme, özel denetim isteme haklarına ise, paylarının itibari değerinden bağımsız olarak, her ortak sahiptir.

Esas sermaye payına ilişkin olarak TTK, eTTK'dan (m. 518/IV) farklı olarak<sup>20</sup> bir ortağın birden fazla esas sermaye payına sahip olabileceğini kabul etmiştir<sup>21</sup>. Yapılan bu değişikliğin nama yazılı pay senedinin çıkarılmasının kabulü ile birlikte limited şirketi, anonim şirkete yakınlaştırdığı kabul edilmekteyse de hem TTK'da hem de mehaz İsviçre hukukunda amaç, anonim şirketler hukukunda yapılan değişiklikler neticesinde, küçük ve orta ölçekli işletmelerin ihtiyacına uygun olmayan anonim şirket yerine daha tercih edilebilir bir limited şirket yapısı yaratmaktadır<sup>22</sup>.

---

Cilt II (Şerh II), İstanbul 2015, s. 2187, p. 78. Aynı ilkenin terkiyle limited şirket payının anonim şirket payına yaklaştığı yönünde bkz. **Kendigelen, Abuzer**, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler), İstanbul 2012, s. 487; **Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan**, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 624; **Alışkan**, s. 140.

<sup>18</sup> Kar payının esas sermaye payına oranla ödenmesine ilişkin düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Alışkan**, s. 142.

<sup>19</sup> **Alışkan**, s. 142.

<sup>20</sup> **Arslanlı**, s. 151; eTTK m. 518/IV hükmü ile her sermaye payı için bir senet düzenlenebileceği kuralını kabul ederken, esas sermaye miktarını ve ona bağlanmış olan sermaye payının bir kabul edildiği ilkesini tekrar vurgulamaktadır.

<sup>21</sup> Türk hukukunda yapılan bu değişiklik, İsviçre hukukunda 2008 yılında yürürlüğe giren düzenleme ile uyumludur. Bu değişikliğin öncesinde İsviçre hukukunda da her ortağın bir esas sermaye payına sahip olacağı kabul edilmekteydi. Esas sermaye paylarının devrini kolaylaştırmak amacıyla İsviçre hukukunda 2008 yılında yürürlüğe giren değişiklik ile bir ortağın birden fazla paya sahip olabileceği öngörülmüştür. Esas sermaye payının devrine ilişkin resmi şekil de aynı amaçla terkedilmiştir. Her halükarda devir sözleşmesi yazılı olarak yapılmak zorunda olup, esas sözleşmeden doğan borçları içermelidir. Ortakların ticaret siciline tescil yükümlülüğü de değişikliğe rağmen muhafaza edilmiştir [İBK m. 785 ve 791(1)]; **Montavon, Pascal**, Le Nouveau Droit de la Société à Responsabilité Limitée, TREX Der Treuhandexperte 4/2006, s. 211. Alman hukukunda da MoMiG ile 2008 tarihinde yapılan değişiklikten önce, eski § 5/II GmbH hükmü uyarınca, şirketin kuruluşunda ortağın birden fazla şirket payı olması mümkün değildi; § 5/II cümle ikinin yeni halinde, bir ortağın kuruluşta birden fazla sermaye payını taahhüt etmesi mümkün kılınmıştır. Bkz.: **Aydoğan, Fatih**, Federal Almanya'da Limited Şirketler Kanunu'nda (GmbHG) Yapılan Değişiklikler-Yenilikler (MoMiG), BATİDER C. XXV, S. 31,2009, s. 391-421, s. 401.

<sup>22</sup> **Demirkapı, Ertan/Yıldırım Ali Haydar**, İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yeni Düzenleme, BATİDER, C. XXIV, S. 3, Yıl 2008, s. 435-464, s. 441.

Türk hukuku bakımından gerek ortağın birden fazla esas sermaye payına ilişkin TTK m. 583 ve m. 576, gerekse esas sermaye pay senetlerinin nama yazılı olarak düzenlenebileceğini öngören TTK m. 593 hükümlerinin doktrinde limited şirket esas sermaye payının kavram olarak anonim şirkete yaklaştığı belirtilirken, madde gerekçelerinde limited şirketin anonim şirketten farklılığı üzerinde durulmuştur<sup>23</sup>.

TTK m. 583(2)'ye de yine limited şirket esas sermaye payının, anonim şirket payından farklılığın vurgular şekilde mehz kanunda bulunmayan iki cümle eklenmiştir; “*Bir esas sermaye payının vereceği oyun, 618 inci madde uyarınca itibarî değere göre hesaplanması, esas sermaye payının bölünmesi değildir. Aynı hüküm bir hakkın veya yükümlülüğün itibarî değere göre belirlendiği durumlar için de geçerlidir.*” Limited şirket esas sermaye payının bölünmemiş olması -doktrinde limited şirkette çıkarılabilecek nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak niteliği taşımadığı yönündeki görüşün gerekçelerinden birini teşkil ettiğinden<sup>24</sup>- konumuz bakımından üzerinde durularak değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Limited şirket esas sermaye payının m. 583(2) uyarınca itibarî değere göre hesaplanmasının, neden esas sermaye payının bölünmesi olarak değerlendirilmediği maddenin gerekçesinde açıklanmaya çalışılmıştır<sup>25</sup>. Gerekçede düzenlemenin amacı, anonim şirket sermayesi ile limited şirket esas sermayesi arasındaki temel fark anonim şirket sermayesinin serbest devredilebilmesi, hak kaynağı işlevini haiz olması ve bağımsız bir birim oluşturması olarak gösterilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, anonim şirket payının serbest devredilmesi kural olmakla beraber, bağlı nama yazılı hisse senetlerinde olduğu üzere serbestinin sınırlanması buna karşılık limited şirketlerde de yapılacak devirler için genel kurul onayının kaldırılması mümkündür. Yukarıda da belirtildiği üzere, kıymetli evrakın tedavül kabiliyeti kıymetli evrakı tanımlayan unsurlardan değildir. Ancak tedavül yeteneği, senette mündemiç olan hakkın önemli bir özelliğini göstermektedir<sup>26</sup> ve tedavül kabiliyetine sahip olmayan bir hak kıymetli evraka konu olamaz. Burada limited

<sup>23</sup> Kendigelen, Abuzer, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 487; Alışkan, s. 151-152.

<sup>24</sup> Ülgen/Helvacı, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 23, p. 58.

<sup>25</sup> TTK m. 583 (2) Gerekçe, “*Limited şirkette, “itibarî değer”, anonim şirketteki itibarî değerden hem teorik hem de dogmatik düzen yönünden farklıdır. Anonim şirkette itibarî değer, gerçek anlamda paylara bölünmüşlüğü gereği olarak sermayenin serbestçe devredilebilen, hak kaynağı işlevini haiz, bağımsız bir birimini oluştururken; limited şirkette pay bir taraftan konulan sermayeyi gösteren ve bazı hesabı işlemlere temel oluşturan diğer paylarla eşit olması zorunlu bulunmayan esas sermayenin bir parçasını oluşturur. Anonim şirkette sermaye paylara bölünmüştür, limited şirkette ise esas sermaye payı, bazı hakların belirlenebilmesi ve kullanılabilmesi amacıyla hesabı olarak bölünür. Payın hesaba bölünmesi, payın verdiği oy hakkının hesaplanmasına ve temettüün belirlenmesine ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin uygulanmasına hizmet eder. Diğer yandan, “bir ortak=bir pay” kuralının belirli bir yararı bulunmamakta, aksine, payın kısmî devrinde bölünme gibi güçlüklerle yol açmaktadır.*”

<sup>26</sup> Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 18, p. 45; Pulaşlı, Kıymetli Evrak, s. 35, p. 14.



şirket esas sermaye payına bağlı ortaklık hakkının kural olarak tedavül kabiliyetinin bulunması yeterlidir. Nama yazılı pay senedinde mündemiç olan ortaklık hakkının devrinin genel kurulun onayına tabi kılınması veya yasaklanması bu hakkın tedavül kabiliyetini ortadan kaldırmayacaktır.

Anonim şirket payı ile limited şirket esas sermaye payı arasında bölünme bakımından gösterilen ikinci fark limited şirket esas sermaye payının “hak kaynağı işlevini haiz” olmamasıdır. Ancak limited şirkette ortağın oy hakkı [TTK m.618(1)], kâr payı [TTK m. 608(2)] esas sermaye paylarının itibari değerine göre hesaplanması ve bir ortağın birden çok esas sermaye payına sahip olabilmesi esas sermaye payının taşıdığı hakkı ortaya koymaktadır. Yine birden çok esas sermaye payına sahip olabilme de zorunlu olarak bağımsızlık getirmektedir TTK hükümleri kapsamında “bir ortak, bir esas sermaye payı” ilkesinin terki, kanunen “esas sermaye payının bölünmesi” teşkil etmesi de esas sermaye payına bağımsızlık tanımıştır<sup>27</sup>. Bu sayede, artık limited şirketlerde her bir esas sermaye payı için ayrı ayrı pay senedi çıkartılabileceği gibi birden fazla sermaye payını içeren pay senedi çıkarılması<sup>28</sup> da mümkün kılınmıştır.

## B. Nama Yazılı Pay Senedinin Çıkarılması

### 1. Yetki

Yukarıda açıkladığımız üzere, limited şirketlerde pay senedi çıkarılması ihtiyaridir<sup>29</sup>. Kanun burada anonim şirket hükümlerine atıf yapmamıştır. Bu sebeple TTK m. 486(3) hükmü uygulanmayacak ve azlık talep etse dahi pay senedi basılması gerekmecektir<sup>30</sup>.

Limited şirketlerde nama yazılı pay senedi çıkarılabilmesi için şirket sözleşmesinde hüküm bulunması şart değildir<sup>31</sup>. Nama yazılı pay senedi çıkarılması hakkında karar alma yetkisi müdür/müdürler kurulundadır<sup>32</sup>. Bu konu müdür/müdürler kurulu-

<sup>27</sup> **Kendigelen**, s. 487; Yazar, uygulamanın esas sermaye paylarının baştan bölünmesi ve ortağın şeklen de olsa birden fazla esas sermaye payına sahip olması esasına göre geliştiğini belirtmektedir.

<sup>28</sup> **Yıldız Şükrü**, Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007, s. 134; Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015, s. 681; **Chappuis/Jaccard**, Art. 784, s. 1539, N 3.

<sup>29</sup> **Pulaşlı**, Şerh II, s. 2189, p. 83; Şener, s. 682; **Chappuis/Jaccard**, Art. 784 N 9, s. 1540.

<sup>30</sup> **Pulaşlı**, Şerh II s. 2189, p. 83; Şener, s. 682; **Alışkan**, s. 156.

<sup>31</sup> **Tekinalp**, § 21-09, s. 548; **Bilgili/Demirkapı**, s. 720; **Chappuis/Jaccard**, Art. 784 N 3, s. 1539; İsviçre hukukunda karşı görüş için bkz. CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2012, Art. 784.

<sup>32</sup> TTK m. 625(1) uyarınca müdürler, kanunların ve şirket sözleşmesinin genel kurula görev ve yetki vermediği bütün konularda görevli ve yetkilidir. Limited şirkette nama yazılı pay senedi çıkarılması konusunda yetki -TTK m. 616 uyarınca genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayılmadığından ve başkaca bir hüküm ile de genel kurula bu konuda yetki verilmediğinden- aksi şirket sözleşmesinde öngörülmedikçe müdürlere aittir; İsviçre hukukunda karşı görüş için bkz. CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2012, Art. 784.

nun devredilemez yetkilerinden olmadığından (TTK m. 625), bu konu hakkında karar alma yetkisinin esas sözleşme ile şirket genel kuruluna bırakılması mümkündür<sup>33</sup>.

## 2. İçerik

TTK m. 593(2) uyarınca, limited şirketlerde çıkarılacak nama yazılı pay senetlerinde ve ispat senetlerinde; ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin, ağırlaştırılmış veya bütün ortakları kapsayacak biçimde düzenlenmiş rekabet yasağının ve şirket sözleşmesinde öngörülmüş önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının, senet üzerinde açıkça belirtilmesi gereklidir.

Gereğede, nama yazılı pay senedi çıkarılması halinde senedin içeriğinde yer alması zorunlu kılınan bu konuların, senedin şirket sözleşmesine bağlılığını açıkça gösterdiği ve hükmün amacının pay defterinin, ortakla ilgili kısmının, ortağın elindeki senede yansıtılmasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Limited şirkette çıkarılabilecek nama yazılı pay senedinin içeriğinin bu şekilde belirlenmesi ile, açıklığı sağlamak amaçlanmaktadır<sup>34</sup>.

TTK m. 593(2)'deki içeriğin nama yazılı pay senetlerinde yer almasının sebebi, gereğede senedin şirket sözleşmesine bağlılığı olarak ifade edilirken, iyiniyetle iktisaba ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulmamasından ötürü senedi sonradan iktisap edecek üçüncü kişinin korunmayacak olması da doktrinde eleştirilmektedir<sup>35</sup>. Ayrıca anılan içerik tescil ve ilan edilen şirket sözleşmesinde ve hatta pay devir sözleşmesinde de yer alacağından limited şirket pay senedini devralan kişinin bu hususları bilmediğini ileri sürmesi her halükarda mümkün olmayacaktır.

TTK m. 593(2)'de düzenlenen içeriğin limited şirkette çıkarılabilecek nama yazılı pay senedinde yer almaması halinde, bu senet zorunlu şekilde uyulmaması sebebiyle geçersiz olacaktır<sup>36</sup>.

## C. Şirket Payının Devri

TTK m. 595(1) uyarınca limited şirketlerde “*Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır. Ayrıca devir sözleşmesinde, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş ise, bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşullara da belirtilir.*” Görüldüğü üzere devrin geçerli olması için devre ilişkin sözleşmedeki imzaların noter

<sup>33</sup> Chappuis/Jaccard, Art. 784 N 3, s. 1539,

<sup>34</sup> Tekinalp, § 21-08, s. 548.

<sup>35</sup> Kendigelen, s. 499.

<sup>36</sup> Tekinalp, § 21-08, s. 548, s. 369; Bilgili/Demirkapı, s. 720; Alışkan, s. 156.

tarafından onaylanması ve TTK m. 595(2)'de belirtildiği üzere aksi şirket sözleşmesinde öngörülmediği takdirde ortaklar genel kurulunun onay vermesi şarttır.

Kıymetli evrakın devrini düzenleyen TTK m. 647'nin 3. fıkrası uyarınca kanun veya sözleşme ile başkalarının, bu arada, özellikle borçlunun da devre katılmaları zorunluluğu öngörülebilir. O halde limited şirketlerde nama yazılı pay senedinin devrinin geçerli olabilmesi için genel kurul onayının kanun tarafından öngörülmüş olması, senedin kıymetli evrak vasfını ortadan kaldırmayacaktır.

Limited şirket payının devrinde bir diğer şartı ise devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve imzaların noter tarafından onaylanmasıdır. Kıymetli evrakın devrini düzenleyen TTK m. 647 uyarınca nama yazılı senetler yazılı bir devir beyanı ile devredilirler. Limited şirketlerde nama yazılı pay senedi düzenlenmesi halinde TTK m. 647'de nama yazılı senedin devri için (zilyetliğin devri ile birlikte) yeterli görülen yazılı devir beyanı ortaklık payının devrini sağlamayacaktır. Zira limited şirket pay devrine ilişkin yazılı devir sözleşmesinde yer alan imzalarının noter tarafından onaylanması gerekecektir. Burada üzerinde durulması gereken bir husus, nama yazılı senetlerin devri için “yazılı bir devir beyanı” gerekirken, limited şirketlerde çıkarılacak nama yazılı pay senetlerinin devrinde TTK 595(1) hükmü uyarınca diğer “devir sözleşmesinin” imzalarının noterce onaylanması aranacak olup olmamasıdır. Madde hükmü limited şirketlerde eTTK'da öngörülen usulden bu açıdan ayrılmayarak sadece çıplak payların devrini dikkate alacak şekilde kaleme alınmış, nama yazılı pay senedinin çıkarılması ihtimali dahilinde bir düzenleme yapılmamıştır<sup>37</sup>. Nama yazılı senetlerde “devir beyanı” yeterli görülürken, limited şirket nama yazılı pay senedinde kanun ayrık bir düzenleme yapmadığı için “sözleşme” ve hatta imzası noterce onaylanmış bir “sözleşme” aranacak mıdır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar nama yazılı senetlerde bir devir beyanı yapılması devir için gerekli iken tek başına devir için yeterli olmamaktadır. Devir beyanı ile birlikte senedin zilyetliğinin devri de gereklidir. Devir beyanı ve zilyetliğin devri şartlarının tamamlanması halinde ise taraflar arasında aynı nitelikli bir kambiyo sözleşmesi akdedilmiş olmaktadır<sup>38</sup>. Nama yazılı senetlerde de devir için, devir işlemi ve zilyetliğin devri ile tamamlanan bir sözleşme arandığından bu hususta bir farklılık bulunmamaktadır. Fark nama yazılı pay senedine bağlı payın devri için yapılacak sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve imzalarının noterce onaylanmasıdır.

<sup>37</sup> Kendigelen, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 501-502.

<sup>38</sup> Poroy/Tekinalp, s. 65 vd.; Öztan, s. 31, “Kıymetli evrakın devri”, senedin kıymetli evraka has şekilde içerdiği (mündemice kalınmış) hakkı talep imkanına sahip olan kimsenin, bir “akitle” değişmesi demektir.”; Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 88, p. 283, Yazar eserinde teslim sözleşmesi terimini tercih etmektedir; Bozer/Göle, s. 97; Karahan, (Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 41-45; Can, s. 9. Uzunallı Eroğlu, Sevilay, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 6, Sayı: 1, 2004, s. 113-176, s. 158.

Acaba kanun tarafından öngörülen bu şart nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak vasfını ortadan kaldıracak nitelikte midir?

Limited şirketlerde nama yazılı pay senedinin tartışmasız olarak kıymetli evrak olarak kabul edildiği mehz İsviçre hukuku ile Türk hukuku bakımından en belirgin farklılık, Türk hukuku uyarınca limited şirket paylarının devredilebilmesi için yapılacak yazılı devir sözleşmesindeki imzaların noter tarafından onaylanması şartı aranmasıyken, İsviçre’de adi yazılı şeklin yeterli görülmesidir<sup>39</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, resmi şeklin zorunlu olduğu dönemde dahi –ki aynı zamanda limited şirket paylarının kıymetli evraka bağlanması eİBK m. 789 II ile yasaklanmıştı– bu payların nama yazılı pay senedine bağlanmasının mümkün olduğu bazı yazarlar tarafından savunulmaktaydı<sup>40</sup>. eİBK’daki kıymetli evraka bağlanma konusundaki açık yasağa rağmen yapılan böyle bir yoruma katılmak mümkün değildir. Ancak TTK’da limited şirket paylarının kıymetli evraka bağlanmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine önceki dönemde eTTK m. 518’de yer alan ve limited şirket payları için düzenlenebilecek senetlerin sadece ispat vasıtası olabileceğinin öngörüldüğü hüküm TTK’ya alınmamıştır. Bunlara ek olarak kanun kıymetli evrakin devrine ilişkin öngörülen devir usullerinin kanun veya sözleşme ile üçüncü kişilerin katılımının öngörülmesi ile ağırlaştırılmasını mümkün kılmıştır. Bu çerçevede, limited şirket pay devir sözleşmesinde imzaların noter tarafından onaylanma zorunluluğunun TTK 647(3) kapsamında kanun ile üçüncü kişilerin devre katılma zorunluluğu olarak değerlendirmek mümkündür.

Olması gereken hukuk bakımından ise, kanaatimizce limited şirket pay devrine ilişkin sözleşmenin imzalarının noter onayına tabi kılınması gereksizdir. Hatta noterde imzaların onaylanması zorunluluğu, uygulamada tarafların biri imzaları noter tarafından onaylanmış, diğeri ise adi yazılı şekilde yapılmış ve birbirleri ile çelişen hükümler içeren iki sözleşme yapmalarına ve böylece de çeşitli ihtilaflara yol açmaktadır<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> İBK m. 785; **Chappuis Jaccard**, Art. 785, p. 4 vd., s. 1543; **Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter**, *Droit Suisse des Sociétés avec mise à jour 2015*, Edition française par **Peter Iordanov**, Berne 2015, § 18 p. 97, s. 729.

<sup>40</sup> **BK- Jäggi**, CO 965 N 283, **ZK- Von Steiger**, CO 789 N 16 (**Chappuis**, Art. 784, dn. 2’den naklen).

<sup>41</sup> Örnek olarak bkz.; Y. 11. HD, E.2013/3050/ K.2013/19136, <http://www.kayseribarosu.org.tr/>, (çevrimiçi 29.01.2016), “*Dava, limited şirket hisse devir bedelinin tahsiline ilişkin olup, taraflar arasında 26/07/2011 tarihinde noterde hisse devir sözleşmesi düzenlenmiş ve devir bedeli 2.500,00 TL olarak 05.02.2016 gösterilmişse de aynı tarihte taraflar devir bedelinin 15.000,00 TL olduğuna ve oluşturulacak ödeme planıyla ödeneceğine dair de adi yazılı belge düzenlemişlerdir. 26/07/2011 tarihli belgeden tarafların bedelde muvazaa yaptıkları ve bu bedelin noterde ödenmediği anlaşıldığına göre mahkemeye taraflar arasında düzenlenen belgeye itibar edilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.*”.

Son olarak belirtmek gerekir ki, gerek genel kurulun onayı gerekse noter tarafından imzaların onaylanması halinde -üçüncü kişinin katılımı sözleşme ile değil de kanun ile öngörülmüş bir zorunluluk olduğundan- bu şartların pay senedini devralan üçüncüye kişiye karşı ileri sürülebilmesi için senet üzerinde yazılmasına gerek bulunmamaktadır<sup>42</sup>.

Şirket esas sermaye payının devrinin ticaret siciline tescili ise TTK m. 598'de düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca esas sermaye paylarının geçişlerinin tescil edilebilmesi için, şirket müdür/müdürler kurulu tarafından ticaret siciline başvurulması gerekmektedir. Diğer taraftan tescil işlemi kurucu olmayıp, açıklayıcı niteliktedir. Pay sahipliğinin kazanım anı Limited şirket esas sermaye payının devrine ilişkin kanun hükümlerinde, TTK m. 593 uyarınca çıkarılmış nama yazılı pay senedinin işlevine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. TTK m. 647 uyarınca nama yazılı senetlerin devri için yazılı bir devir beyanının yanı sıra senet üzerindeki zilyetliğin devri gereklidir.

Nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak olarak nitelendirilmesi neticesinde, ortaklık hakkı senette mündemiç olacağından, devrin geçerli olarak yapılabilmesi için bu senedin zilyetliğinin payı devralana geçirilmesi ve limited şirket yönetim kurulunun bu devri pay defterine işleyebilmesi ve hatta şirket genel kurulunun onaylayabilmesi için şirket esas sermaye payını devralan yeni ortağın bu senedi şirkete ibraz etmesi gerekmektedir<sup>43</sup>.

TTK m. 595(4) uyarınca ise şirket sözleşmesi ile sermaye payının devrinin tamamen yasaklanması ve böylece senedin tedavülünün engellenmesi mümkündür. Kıymetli evrakın tedavül kabiliyeti, kıymetli evrakı tanımlayan unsurlardan olmakla beraber, senette mündemiç olan hakkın önemli bir özelliğini göstermektedir<sup>44</sup>. Tedavül kabiliyetine sahip olmayan bir hak, kıymetli evraka konu olamaz. Ancak, kural olarak tedavül edebilecek mahiyetteki nama yazılı pay senedinin şirket sözleşmesine bir hüküm konularak yasaklanması senedin nitelik icabı sahip olduğu tedavül kabiliyetini ortadan kaldırmaz, tedavülünü engeller<sup>45</sup>. Nitekim, esas sermaye payına getirilen devir yasağının şirket sözleşmesinde yapılacak bir değişiklik neticesinde kaldırılması da mümkündür.

<sup>42</sup> Bohnet, Art. 967 N 1, s. 2226.

<sup>43</sup> Tekinalp, p. 21-11, s. 548.

<sup>44</sup> Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 18, p. 45; Pulaşlı, Kıymetli Evrak, s. 35, p. 14.

<sup>45</sup> Poroy/Tekinalp, s. 29; Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 18, p. 45; Pulaşlı, Kıymetli Evrak, s. 35, p. 15; Karahan, (Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 14-15.

TTK m. 598(3)'te ise sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin güveninin korunacağı hükmüne yer verilmektedir. Esas sermaye payını sicilde gözükten ortak devralan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunarak ortak sıfatını kazanacağını öngören bu hükümde de TTK m. 593 uyarınca çıkarılmış olan nama yazılı pay senedinin varlığı dikkate alınarak bir düzenleme yapılmamıştır. Şirket sözleşmesinde nama yazılı hisse senedinin çıkarılacağına ilişkin bir hüküm yer almış olsa dahi, üçüncü kişinin iyiniyetinin tespitinde nama yazılı pay senedinin zilyedliğini devralıp almadığı bir kriter olarak gösterilmemiştir. TTK 339 (d) uyarınca anonim şirketlerde pay senedinin pay senetlerinin nama yahut hamiline yazılı olacaklarına ilişkin hüküm esas sözleşmenin zorunlu içeriğine dahildir. Limited şirketlerde ise şirket sözleşmesinin içeriğine ilişkin düzenleme olan TTK m. 587'de pay senetlerine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Limited şirkette nama yazılı pay senedi çıkarılması için bu konuda şirket sözleşmesinde bir hüküm bulunması da aranmamaktadır<sup>46</sup>. Ancak limited şirket genel kurulu pay devrini onaylamak için nama yazılı pay senedinin ibrazını aramak zorunda olduğundan, nama yazılı senedi ibraz edemeyen üçüncü kişiye yapılan devir onaylanmayacak ve bu şekilde üçüncü kişinin sicile güvenerek hak elde etmesi fiilen mümkün olmayacaktır. Pay devirlerinin geçerli olabilmesi için genel kurul onayının kaldırılması halinde ise; sicilde pay sahibi olarak görülen kişiden şirket payını noterde yapılan devir sözleşmesi ile devralan iyiniyetli kişinin pay senedinin zilyetliğini edinmemesi halinde dahi TTK 598 (3) çerçevesinde pay sahibi olacağı kabul edilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki mehaz İBK'da yer almayan bu hüküm ile kurucu nitelik taşımayan bir sicil kaydına güvenin korunması kanaatimizce yerinde değildir<sup>47</sup>. Nama yazılı pay senedinin ihraç edildiği hallerde üçüncü kişinin korunması ise –olması gereken hukuk bakımından- limited şirkette çıkarılmış pay senetlerinin şirket sözleşmesinde zorunlu olarak belirtilmesi ile sağlanabilecektir.

#### D. Şirket Payının İntifa ve Rehne Konu Olması

TTK m. 600(1) uyarınca bir esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı kurulması hakkında sermaye payının geçişine ilişkin hükümler uygulanır. Esas sermaye payının rehninin şirket genel kurul onayına tabi kılınması halinde de, yine aynı şekilde,

<sup>46</sup> Tekinalp, § 21-09, s. 548; Bilgili/Demirkapı, s. 720.

<sup>47</sup> Hüküm gerekçesinde hüküm terkin ve tescil yapılınca kadar, sicil kaydına güvenen üçüncü kişiyi korumak amacıyla öngörüldüğü belirtilmektedir. Benzer bir hüküm Alman hukukunda bulunmaktadır. Yeni GmbHG § 16 III limited şirket paylarının iyi niyetle iktisabını düzenlemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda limited şirket pay devrinin geçerliliği sicile tescile bağlıdır, diğer bir deyişle sicilin etkisi Türk hukukundan farklı olarak kurucudur. Buna ek olarak bir payın sicildeki kayda güvenilerek edinilmesi için sicildeki yolsuzluğun üç yıldan fazla sürmesi veya bu duruma gerçek hak sahibinin davranışlarının sebep olması aranmaktadır, detaylı bilgi için bkz. Aydoğan, s. 412.

sermaye payının geçişine ilişkin hükümler uygulanacaktır [TTK m. 600(2)]<sup>48</sup>. Rehin hakkı tesisinin genel kurul onayına tabi kılınmadığı hallerde ise, rehin hakkı MK m. 954 uyarınca kurulacaktır<sup>49</sup>. Her iki hakkın tesisi için de gerek devre ilişkin hükümlerin uygulanması, gerekse MK m. 954 uyarınca imzaları noterce onaylanmış bir sözleşme yapılması gerekecektir<sup>50</sup>.

Nama yazılı senetlerde gerek intifa hakkının gerekse rehin hakkının tesisi için senet zilyedliğinin de devri gerekecektir<sup>51</sup>. Limited şirketlerde esas sermaye payının rehni ve intifa hakkı tesisi hakkındaki Kanun koyucu TTK m. 600'de nama yazılı pay senedi çıkarılması ihtimalini dikkate alarak bir düzenleme yapmamıştır. Limited şirkette çıkarılabilecek nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak olarak kabulü halinde, rehin ve intifa hakkının tesisinde yukarıda pay devrine ilişkin değerlendirmede gördüğümüz üzere, genel olarak nama yazılı senetlerde olduğu üzere nama yazılı pay senetlerinde de senedin zilyedliğinin devri gerekecektir.

### E. Şirket Payının Haczi

eTTK m. 145 uyarınca sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerle anonim şirketlerde alacaklılar, borçlularına ait bulunan hisse senetlerini haczettirebilir; eTTK m. 522-523 uyarınca limited şirketlerde ortaklardan birinin payını haczettirmiş olan alacaklının sadece limited şirketin feshini talep etmesi ve tasfiye artığına başvurması mümkündür<sup>52</sup>. TTK m. 133(2), eTTK m.145'ten farklı olarak, hükmün uygulama alanını “paylara bölünmüş komandit şirketler ve anonim şirketler” yerine “sermaye şirketleri” olarak düzenlemiştir<sup>53</sup>. Bu sayede limited şirket pay sahiplerinin alacaklıları da alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından almak yanında, borçlularına ait olan, senede bağlanmış veya bağlanmamış payların, İcra ve İflas Ka-

<sup>48</sup> TTK m. 600(2) uyarınca şirket sözleşmesiyle esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması genel kurul onayına bırakılabilir.

<sup>49</sup> **Durgut, Ramazan**, Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması, TBB Dergisi 2013 (108), s. 126.

<sup>50</sup> **Durgut**, s.131, “*Limited şirket payı üzerinde rehin kurulması için, yazılı bir rehin sözleşmesi yapılması ve rehin konusu hakkın devrine ilişkin şartlara uyulması gerekir (MK 955/1, 3). Limited şirket payının devri içince, devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve tarafların imzalarının noterce onaylanması gerekmektedir (TTK 595/1). Dolayısıyla limited şirket paylarının rehni bakımından, yazılı bir rehin sözleşmesinin yapılması ve tarafların imzalarının noterce onanması şarttır (MK 955/1 ve 3; TTK 595/1)*”.

<sup>51</sup> **Oğuz, Arzu**, Nama Yazılı Pay Senetleri Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması ve İntifa Hakkının Kapsamı, Ankara Barosu Dergisi, 1991/1, s. 23.

<sup>52</sup> **Uyar, Talih**, Ticaret Şirketleri ile kooperatiflerde ve Adi Şirketlerde; Şirketten ve Ortaktan Alacaklı Olan Üçüncü Şahısların Şirketi ve Ortağı Takip Hakkının Kapsamı, Ankara Barosu Dergisi, 1978/5, s. 790; **Kendigelen, Abuzer**, Limited Şirket Paylarının Haczi GSÜHFD, 2002/1, s. 409.

<sup>53</sup> **Taşpolat Tuğsavul, Melis**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Ticaret Şirketlerinde Şirket Ortaklarının Şahsi Alacaklarının Durumu, DEÜHFD, C.11, Özel S.2009, s. 1327-1328.

nununun (İİK) taşınırlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedip, paraya çevrilmesini isteyebileceklerdir. TTK m. 133 uyarınca haciz istek üzerine, pay defterine işlenir; pay defterine, işlenme ihtiyarı olup haciz için kurucu nitelikte değildir.

Maddenin gerekçesinde ise “sermaye şirketleri” ibaresinin kullanımı ile, maddenin limited şirketleri ve senede bağlanmamış payları da kapsayacak tarzda genişletildiği belirtilmektedir. Maddenin uygulanması bakımından haczedilecek ve paraya çevrilecek payın anonim, limited ve paylı komandit şirkete ait bulunması veya senede bağlanmış olup olmaması, herhangi bir fark yaratmayacaktır. Diğer bir deyişle hem çıplak payların, hem de pay senetlerinin haczi taşınırların haczine ilişkin hükümlere göre yapılacaktır<sup>54</sup>.

O halde nama yazılı pay senedi çıkarılmış bir limited şirket ortağının alacaklısı bu payı haczedecek ise, hacizde TTK m. 133’ün atfıyla menkul malların haczine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Menkul malların haczine ilişkin İİK m. 88/I haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair cirosu kabul senetler ile altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra dairesinin muhafaza edeceği hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere bu hükümde nama yazılı senetlere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İİK m.88/I’de sayılanların icra dairesince muhafaza edilme sebebi, borçlu tarafından mal kaçırmanın ve iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisabının<sup>55</sup> önlenmesidir. Nama yazılı senetlerde ise alacağın temliki ve senedin zilyetliğinin devri ile devir gerçekleşeceğinden üçüncü kişilerin iyiniyetli iktisabı mümkün olmayacağından bu senetler İİK m. 88/I’de sayılmamıştır<sup>56</sup>.

Bu durumda cevap verilmesi gereken soru, nama yazılı pay senedi çıkarılmış bir limited şirkette pay veya pay senedinin menkul malların haczine uygulanacak hükümler dairesinde haczi ne şekilde gerçekleştirilecektir?

Yargıtay aşağıda daha detaylı ele alınacak iki kararında, böyle bir durumda icra müdürlüğünün borçlunun payını, şirkete haciz yazısı tebliğ ederek haczedilebileceği gibi; icra memurunun şirket merkezine bizzat giderek, haczi şirkete tebliğ etmek ve pay defterine işlenmesini sağlamak suretiyle bu hususu tutanakla tespit ederek de

<sup>54</sup> Çıplak payın haczinin taşınır haczine ilişkin hükümlere tabi kılınması doktrinde eleştirilmektedir; **Kendigelen**, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s.129; **Kendigelen**, **Abuzer**, Anonim Şirketlerde Çıplak Payların Haczi (AŞ’de Çıplak Payların Haczi), İÜHF, C. LXII, S 1-2, 2004, s. 387; **Yazar**, paraya çevirme konusunda menkul mallara ilişkin hükümlerin çıplak paylar hakkında kıyasen uygulanmasının sorun yaratmayacak olmasına rağmen, İİK m. 88 uyarınca menkul malın haczedilebilmesi için icra dairesinin mallara el koyabilme imkanına sahip olmasının şart olduğunu, çıplak paylara bu şekilde el koymanın ise mümkün olmamasından ötürü, çıplak payların haczinde menkul hükümlerinin uygulanmasının isabetli olmadığını belirtmektedir.

<sup>55</sup> **Kendigelen**, AŞ’de Çıplak Payların Haczi, s. 387.

<sup>56</sup> **Kendigelen**, AŞ’de Çıplak Payların Haczi, s. 396.



çıplak pay haczini yapabileceğini belirtmektedir<sup>57</sup>. Buna ek olarak Yargıtay, limited şirketlerde pay senedinin haczi ile payın haczedilemeyeceğini vurgulamaktadır. Görüldüğü üzere Yargıtay, İİK m. 94/I uyarınca yapılacak anonim şirket çıplak payının haczi için uygulanagelen yönetimi, limited şirketlerde de uygulamaktadır<sup>58</sup>.

TTK m. 133 hükmü nama yazılı limited şirket paylarının olduğu kadar, nama yazılı pay senetlerinin de haczini mümkün kılmaktadır. Bu haczin menkul hükümlerine tabi olması sonucunda ise, el konulabilir olmadığından, menkul niteliği taşımayan çıplak payın ve İİK m. 88/I'de sayılmayan nama yazılı pay senedinin nasıl haczedilebileceği belirsizdir. Bu kapsamda İİK'da yapılacak bir düzenleme ile nama yazılı pay senetlerinin de (iyiniyetli iktisabı etkilemeyecek olsa da, paraya çevrilmede zilyetliğin devrini sağlaması bakımından<sup>59</sup>) icra dairesinin muhafazasına bırakılması ve çıplak paylar bakımından da yine halihazırdaki uygulamayı yansıtır şekilde -İİK m. 94'te olduğu üzere- ancak bu sefer haczedilebilir tüm çıplak payları kapsayacak biçimde ele alınması gerekmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TTK m. 133 hükmü limited şirket nama yazılı pay senetleri anonim şirket pay senetleri ve paylı komandit şirket pay senetleri<sup>60</sup> ile aynı düzenlemeye tabi kılınmış olması, onlar gibi kıymetli evrak vasfını haiz olduğuna dair bir göstergedir.

## F. Ortaklık Haklarının Kullanımı

Limited şirket ortaklarının sahip oldukları sosyal nitelikli en önemli ortaklık hakkı şirket genel kuruluna katılma ve oy kullanma hakkıdır. Ortakların bu hakları kullanmasına esas teşkil edecek “genel kurula katılabilecekler listesi”, müdürler tarafından pay defterindeki kayıtlar dikkate alınarak hazırlanır. Ancak bu listede yer almayan kişilerin ortaklıklarını başka vasıtalarla ispatlamaları halinde, genel kurula katılabilmeleri mümkün olmalıdır<sup>61</sup>. Nitekim TTK m. 617(2)'nin atfıyla uygulan-

<sup>57</sup> Yargıtay 12. HD 30.09.2013, E.22119/K. 30474, (Eriş Gönen, Açıklamalı İçtihatlı 6335-6552 sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 2014, m. 595, s. 3385-3386); Y 12. HD, E. 2013/7955, K. 2013/17423, T. 7.5.2013 (www.kazanci.com).

<sup>58</sup> Anonim şirket çıplak paylarının haczi için İİK m. 94'te hüküm varken TTK m. 133 ile İİK m. 88'e atıf yapılması hatalıdır, bkz. Dönmez, Murat, Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2011, s. 295.

<sup>59</sup> Kıymetli evrak niteliğindeki senetlerin paraya çevrilmesi aşamasında icra müdürlüğü tarafından yapılan ihalenin kesinleşmesinden sonra satışa konu hisse senetlerinin ihale alıcısına teslimi gerekmektedir; Dönmez, s. 295.

<sup>60</sup> Ülgen/Helvacı, (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 4-5 p. 17; Yazarlar sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından TTK m. 565(2)'de yapılan atıf neticesinde, anonim şirket pay senetleri hakkındaki düzenlemenin bu şirket bakımından da geçerli olacağını belirtmektedir.

<sup>61</sup> Akbay, Direnç, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre, Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.108.

çak olan TTK m. 414 hükmü uyarınca da, anonim şirket genel kurul toplantı çağrısı sadece pay defterinde yazılı pay sahiplerine değil, önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine de iadeli taahhütlü mektupla bildirilir.

TTK, limited şirketlerde m. 593 uyarınca nama yazılı pay senedi çıkartılmış olması halinde, genel kurula katılma ve buna bağlı olarak oy kullanma hakkının kullanılmasında pay sahipliğinin ispatında nama yazılı pay senedinin işlevine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir.

Nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak vasfını taşıması, diğer bir deyişle basit kıymetli evrak kaydını (çifte ibraz kaydı) ihtiva etmesi neticesinde, ortağın senette mündemiç ortaklık hakkını kullanabilmesi için, senedi şirkete ibraz etmesinin şart olduğunu ve ancak bu senedin ibrazı halinde anılan hakları kullanılabileceğini kabul etmek gerekir. Esas olarak payı devir suretiyle edinen kişinin pay devrinin, şirkete karşı geçerli olabilmesi için şirket genel kurulunca onanması ve onanmayı takiben şirket müdür/müdürler kurulunun yeni ortağı pay defterine kaydı gerektiğinden, genel kurula katılma hakkının kullanımı için gereken senet ibrazı gerçekleşmiş olacaktır. Şirket tarafından onaylanmayan devirler ise geçerli olmayacağından, senedi elinde bulunduran kişinin genel kurula katılma hakkı da olmayacaktır. Limited şirket genel kurulunun onaylamasına rağmen devrin pay defterine işlenmemiş ve ticaret siciline tescil edilmemiş olması halinde ise, pay defterine kayıt ve tescil kurucu olmadığından, noter sözleşmesini ibraz ederek pay defterinin ve buna bağlı olarak genel kurula katılabilecekler listesinin düzeltilmesini talep etmesi mümkün olmalıdır. Limited şirkette nama yazılı pay senedi çıkarılmış ise, sadece imzalarının noterce onaylandığı devir sözleşmesinin ibraz edilmesi, düzeltmenin yapılarak genel kurula katılım hakkı tanınması bakımından yeterli olmayacak, nama yazılı pay senedinin de ibrazı gerekecektir.

Ortağın sahip olduğu diğer haklar ve yükümlülükler bakımından da, şirket ve ortak arasındaki ispatta da pay defterine yapılan kayıt dikkate alınacaktır. Yukarıda ele aldığımız şekilde bu hakların kullanılması için ve şirket bakımından da ortağın yükümlülüklerinin talebinde pay defterinde kayıtlı isim/unvan dikkate alınacaktır.

### III. Türk Hukuk Doktrininde Konuya İlişkin Görüşler

Türk hukuk doktrininde limited şirkette çıkarılması TTK m. 593 ile mümkün kılınmış nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak vasfını taşıyıp taşımadığı konusu birçok eserde ele alınmıştır. Aşağıda bu görüşler gerekçeleri ile birlikte iki grup halinde açıklanacaktır: (A) Limited şirket nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak niteliği olmadığı yönündeki görüşler ve (B) Limited şirket nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak olduğu yönündeki görüşler.

### A. Limited Şirket Nama Yazılı Pay Senedinin Kıymetli Evrak Niteliği Olmadığı Yönündeki Görüşler

Özta<sup>62</sup>, hisse senedini; bir şirkete ortağının getirdiği sermaye dolayısıyla şirkete karşı bir alacak hakkı ve şirketin idaresine katılma hakkına sahip bulunan ortağın bu hakkının senede bağlanması olarak tanımlandıktan sonra, limited şirketler tarafından çıkarılan senetlerin kıymetli evrak niteliğinde olmadığını ifade etmiştir.

Ülgen/Helvaci<sup>63</sup>, kanun koyucunun TTK m. 593(2) hükmü ile çıkarılması mümkün kılınmış nama yazılı pay senedine kıymetli evrak niteliği tanımak amacıyla olmadığını çok net olmasa da madde gerekçesinden anlaşıldığını; ayrıca limited ortaklığın sermayesinin paylara bölünmüş olmadığından bu senetlerin kıymetli evrak olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir.

Pulaşlı, limited şirkette çıkarılan nama yazılı pay senedinin “niteliği itibariyle pay senedi işlevini haiz olmadığı” yönünde görüşünü açıkladığı eserinde<sup>64</sup>, bu senetlerin paya devir ve tedavül kolaylığı sağlamadığını belirttikten sonra, bu senetlerin limited şirket payını anonim şirket payına yakınlıştırmadığını ifade etmektedir. Yazar, TTK m. 593(2)’de öngörülen ve nama yazılı pay senedine yazılması zorunlu olan ek ödeme, yan edim yükümlülükleri, rekabet yaşama ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirket sözleşmesinde öngörülmüş önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının bu senede yazılmasının şirket sözleşmesine açıkça bağlılığı ortaya koymasını da ikinci bir gerekçe olarak eklemektedir. Yazar bir diğer eserinde ise, aynı görüşü tekrarlayarak bu senetlerin sadece ispat belgesi hükmünde olduğunu ifade etmiştir<sup>65</sup>.

Yıldız<sup>66</sup>, nama yazılı pay senetlerinin devrinin yazılı şekilde yapılması ve buna ek olarak imzalarının noterce onanması şartının kıymetli evrak özelliğine aykırı olduğunu belirtmektedir. Yazar, şirket sözleşmesinde bazı hakların kullanılmasında pay senetlerinin ibrazının zorunlu kılınmadıkça bu senetlerin kıymetli evrak niteliği taşımadığı, ispat senedi niteliğinde olduğu görüşündedir.

<sup>62</sup> Özta, s. 34.

<sup>63</sup> Ülgen/Helvaci, (Ülgen/Helvaci/ Kendigelen//Kaya), s. 23, p. 58; Aynı eserde yer alan bir başka bölümde ise (s. 5, p. 17), “TTK 595/1 genel olarak esas sermaye payının devrini düzenlemektedir; paylar senede bağlandıktan sonra artık devir kıymetli evrak hukukunun düzenlemesine tabi olacaktır” ifadesi yer almaktadır. Ancak bu ifadenin bir başka görüşün değerlendirilmesi amacıyla ihtimali olarak zikredildiği, yazarların konuya ilişkin gerekçeli görüşlerinin limited şirket nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak olmadığı yönünde olduğu tarafımızca anlaşılmaktadır.

<sup>64</sup> Pulaşlı, Şerh (II), § 61-14, s. 2210.

<sup>65</sup> Pulaşlı, Kıymetli Evrak, p. 6, s. 9.

<sup>66</sup> Yıldız, s. 133-134.

Bilgili/Demirkapı<sup>67</sup>, TTK m. 593 hükmünün gerekçesine göre limited şirketlerde anonim şirketlerdeki gibi kıymetli evrak vasfını haiz pay senedi çıkarılmasının mümkün olmadığını, sadece payları temsil üzere ortağın şirkette ortak olduğunu ispat eden bir belge çıkarılabileceğini ifade etmektedir.

Çeker<sup>68</sup>, limited şirketlerde payı temsilen çıkarılan nama yazılı senetlerin anonim şirketlerdeki pay senetlerinin özelliklerine sahip olmadığını ve senet çıkarılmış olsa bile payın devrinin şirketin iznine tabi olduğunu belirtmekte, bu sebeple de kıymetli evrak sayılamayacağını belirtmektedir.

### B. Limited Şirket Nama Yazılı Pay Senedinin Kıymetli Evrak Olduğu Yönündeki Görüşler

Tekinalp<sup>69</sup>, esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanmasıyla senedin basit kıymetli evrak kaydı olarak adlandırılan çift taraflı ibraz kaydına bağlanmış olacağı görüşündedir. Bu sebeple, nama yazılı pay senedini ibraz etmeyen kişi pay defterine kaydedilmeyebilir. Yazara göre limited şirkette esas sermaye payının nama yazılı pay senedine bağlanması, esas olarak pay devrinde genel kurul onayının kaldırılması halinde işlev kazanacaktır.

Bozer/Göle<sup>70</sup>, limited şirketler tarafından çıkarılabilecek nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak niteliğinde olduğunun Gerekçe'de açıkça vurgulandığını belirttikten sonra; kendilerinin de bu senetleri kıymetli olarak nitelediklerini ifade etmişlerdir. Ancak yazarlar, bu senetleri her ne kadar kıymetli evrak olarak nitelemiş olsalar da, bunların “gerçek anlamda kıymetli evrak” olduklarının söylenemeyeceğine de işaret etmektedirler. Yazarlar bu görüşlerini, senetlerin devri borcunu doğuran işlemlerin yazılı olarak yapılması ve tarafların imzalarının noterce onaylanmasının nama yazılı kıymetli evrakın devri ile bağdaşmamasına dayandırmaktadırlar.

Kendigelen<sup>71</sup>, TTK m. 593 ile limited şirket payının nama yazılı da olsa, kıymetli evraka bağlandığını ifade etmektedir. Yazar, hükmü limited şirket esas sermaye payının nama yazılı kıymetli evraka bağlanmasının herhangi bir fayda getirmeyeceğinden ötürü eleştirmektedir. İyiniyetle iktisaba ilişkin hükümlerin uygulanmaması, senet içeriğinde zorunlu kılınan hususların amacının belli olmaması (TTK m.

<sup>67</sup> Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 720-721.

<sup>68</sup> Çeker, Mustafa/Karahan, Sami (edit.), Şirketler Hukuku, Konya 2013, s. 820.

<sup>69</sup> Tekinalp, p. 21-11, s. 548.

<sup>70</sup> Bozer/Göle, s. 7.

<sup>71</sup> Kendigelen, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 498-499.

593(2)) ve devri konusunda eTTK'daki düzenin muhafaza edilmiş olması da yazarın getirdiği diğer eleştirilerdir.

Bahtiyar<sup>72</sup> ise öğretide hakim görüşün limited şirket nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak yönünde olduğunu belirttikten sonra, limited ortaklık payının devrinde diğer nama yazılı senetlerden farklı olarak imzaların noterce onaylanması ve genel kurulun da onayının arandığını belirtmektedir.

Şener<sup>73</sup>, nama yazılı senedin TTK m. 654 uyarınca kıymetli evrak olması sebebiyle, limited şirkette çıkarılabilecek nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak olduğu görüşündedir. Yazar limited şirkette çıkarılabilecek nama yazılı pay senetlerinin kanunen “nama yazılı senet” olarak nitelendirildiği ve bu senetlerin de TTK m. 654 uyarınca kıymetli evrak olarak gösterildiğinden bu pay senetlerinin kıymetli evrak vasfını haiz olduğunu düşünmektedir.

Alışkan<sup>74</sup>, esas sermaye payının bağlanabileceği öngörülen nama yazılı senedin kıymetli evrak olduğu görüşünde olup, devir sözleşmesinde yer alan imzaların noterce onaylanması şartının devam ettirilmesini eleştirmiştir. Yazar görüşünü, mehz kanundaki düzenleme, tarihi gelişim ve senedin “nama yazılı” senet olarak düzenlenmiş olmasına dayandırmaktadır.

Ünal<sup>75</sup> da, limited şirket pay senetlerinin nama yazılı olarak düzenlenmeleri halinde kıymetli evrak olarak nitelendirileceği görüşündedir.

#### IV. Nama Yazılı Pay Senedinin Vergi Mevzuatı Bakımından Ele Alınışı

##### A. Gelir Vergisi Kanunu Bakımından

Limited şirket pay devrinden elde edilen kazançlar değer artış kazancı olarak, Gelir Vergisi Kanununun (GVK) mükerrer 80. maddesinin 4 numaralı bendinde hüküm altına alınan “ortaklık haklarının veya hisselerinin elden çıkarılmasından doğan kazançlar” kapsamı içinde değerlendirilerek vergilendirilmektedir. GVK mükerrer m. 80(4) uyarınca ortaklık haklarının veya hisselerinin elden çıkarılmasından doğan kazançlarla mükerrer m. 80(1) uyarınca, ivazsız olarak iktisap edilenler ile tam mükellef kurumlara ait olan ve iki yıldan fazla süreyle elde tutulan hisse senetleri hariç, menkul kıymetlerin veya diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılmasından sağlanan kazançlar değer artış kazancıdır. Bu kazançların değer artış kazancı olarak nitelendiril-

<sup>72</sup> Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2015, s. 404.

<sup>73</sup> Şener, s. 682.

<sup>74</sup> Alışkan, s. 157.

<sup>75</sup> Ünal, Mücahit (Karahan/ Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s.74.

mesinin neticesi ise kazançların vergilendirilmesidir. Görüldüğü üzere GVK mükerrer m. 80(1) ortaklık payının satışının değer artış kazancı olarak vergilendirilmesine bir istisna tanımakta ve iki yıldan fazla süre ile elde tutulan hisse senetlerinin satışından doğan kazançların vergilendirilmeyeceğini kabul etmektedir.

Bu hüküm eTTK döneminde anonim şirket hisse senetlerinin satışında uygulanmış ve bu sayede iki yıldan uzun süre ile elde tutulan anonim şirket hisse senetlerinin satışı vergilendirilmemiştir. TTK m. 593 ile limited şirketlerde de nama yazılı pay senedi düzenleme imkanının getirilmesi ile aynı vergi istisnasının limited şirketler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konusu da gündeme gelmiştir. Bir limited şirket pay senedinin iki yıldan uzun süre elinde bulundurulması halinde, yapılacak satışların GVK mükerrer m. 80(1) kapsamına sokularak vergilendirilmemesi, limited şirket paylarının satışında büyük fayda sağlayacaktır. Nitekim Türkiye’de birçok limited şirket ortağı bir pay satışı söz konusu olduğunda, bu avantajdan faydalanmak için tür değiştirme ile limited şirketi anonim şirkete dönüştürme yoluna gitmektedir<sup>76</sup>. Zira bir limited şirket, anonim şirkete dönüştürüldüğünde GVK mükerrer m. 80(1) ile düzenlenen istisnadan faydalanılması için geçmesi gereken iki yıl hesaplanırken “Kurumlar Vergisi Kanununun 19 uncu ve 20 nci maddeleri kapsamında yapılması halinde, hisse senetlerinin ilk iktisap tarihi olarak ortaklarımızın nevi değiştiren limited şirketin sermayesine iştirak ettikleri tarih”<sup>77</sup> dikkate alınmaktadır.

Aşağıda yer verdiğimiz Özelge’de, Maliye Bakanlığı açısından, limited şirket pay senedi ile anonim şirket pay senedinin aynı mahiyette görülmediği anlaşılmaktadır. Özelge’ye göre, limited şirket pay senedi bir anonim şirket pay senedi gibi menkul kıymet değildir.

Dolayısıyla, GVK’nun mükerrer 80. maddesinde hisse senetleri için tanınan iki yıllık elde tutma süresinin limited şirket pay senetleri için geçerli olmadığı yönünde görüş verilmiştir. Diğer yandan, bir limited şirketin anonim şirkete dönüşmesi ve anonim şirkete dönüşmeyi takiben çıkarılan hisse senedinin devrinde, iki yıllık sürenin hesaplanmasında limited şirkette geçirilen sürenin de dikkate alınacağının belirtilmesi, uygulama açısından faydalı görülmeyle birlikte çelişkilidir.

Özelge’de açıklanan görüşün ilk gerekçesi, anonim şirket hisse senetlerinin "Menkul Kıymet" başlığı altında düzenlenmesine rağmen, limited şirket pay senetlerine bu başlık altında değil de "Ortakların Hak ve Borçları" başlığı altında yer verilmesidir.

<sup>76</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Öndemir, Hayri/Özkul, Lütfi, Limited Şirket Ortaklık Hisselerinin Elden Çıkarılmasından Sağlanan Değer Artış Kazancının Peçeleme Yoluyla İstisna Kapsamına Alınması, Lebib Yalkın, Haziran 2012, Sayı 102.

<sup>77</sup> İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 9.6.2011 tarih ve 176300-226 Sayılı Özelgesi. <http://www.ticaretkanunu.net/izmir-vergi-dairesi-baskanliginin-9-6-2011-tarih-ve-176300-226-sayili-ozelgesi/>

Özelge ikinci olarak TTK'nın gerekçesine dayanmaktadır. Gerekçede, limited şirketlerde nama yazılı pay senedi çıkarılmasının paya devir ve dolaşım kolaylığı sağlamayacağı, sadece ispat ve gereğinde limited şirkete ilişkin hükümler çerçevesinde payın devrinde bazı kolaylıklar sağlayacağı, ancak bu olanağın limited şirket esas sermaye payını anonim şirket payına dönüştürmeyeceği veya yaklaştırmayacağını belirtmiş olması Özelge'de yapılan değerlendirmede dikkate alınmıştır.

Netice olarak Özelge ile “*limited şirket payları anulan maddenin uygulamasında menkul kıymet olarak kabul edilemeyeceğinden, limited şirketinizin ortaklarının pay senetlerinin satışının Gelir Vergisi Kanununun mükerrer 80 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinin uygulamasında hisse senedi olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Öte yandan, söz konusu pay senetlerinin elden çıkarılmasından elde edilen kazançların, aynı maddenin (4) numaralı bendi kapsamında değer artış kazancı olarak vergilendirileceği tabiidir.*” sonucuna varılmıştır.

## B. Katma Değer Vergisi Kanunu Bakımından

Katma Değer Vergisi Kanunu (KDVK) m. 17/4(g) hükmü uyarınca, “*Külçe altın, külçe gümüş, kıymetli taşlar (elmas, pırlanta, yakut, zümrüt, topaz, safir, zebercet, inci, kübik virconia) döviz, para, damga pulu, değerli kağıtlar, hisse senedi, tahvil, varlık kiralama şirketleri tarafından ihraç edilen kira, Türkiye’de kurulu borsalarda işlem gören sermaye piyasası araçları ile metal, plastik, lastik, kauçuk, kağıt, cam hurda ve atıklarının teslimi*» vergiden istisna edilmiştir.

Gerçek kişiler bakımından ise, KDV mükellefi olmayan bir gerçek kişinin ortaklık payı satışı ise değer artış kazancı olduğundan KDVK m. 1 uyarınca katma değer vergisine tabi olmayacaktır<sup>78</sup>.

Hüküm kapsamında vergiden istisna tutulabilmek için, “hisse senedi” teslimi yeterli görülmüş olup, GVK’daki düzenlemeden farklı olarak bu hisse senedinin ne kadar süredir elde tutulduğunun bir etkisi bulunmamaktadır<sup>79</sup>.

KDVK 17/4(2) ise iştirak hisselerinin devrinin KDV’den müstesna tutulabilmesi için iki yıl elde tutulma şartını aramaktadır.

Yukarıda GVK’ya ilişkin yapılan açıklamalardan görüldüğü üzere vergilendirme bakımından limited şirket pay senedi, TTK gerekçesine dayanılarak hisse

<sup>78</sup> **Yakışıklı Ramazan**, Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Devirlerinin Vergisel Sonuçları, Vergi Dünyası, Ekim 2009 (Sayı : 338), <http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=5495>. (çevrimiçi: 16.12.2016).

<sup>79</sup> Bilgi için bkz. **Sarıgül Suat**, Anonim ve Limited Şirket Hisse Devirlerinin Katma Değer Vergisi Karşısındaki Durumu, Lebib Yalkın, Temmuz 2014, s.127.

senedi kabul edilmediğinden, diğer iştirak senetleri gibi katma değer vergisi istisnasından faydalanabilmek için iki yıl elde tutmak gerekecektir.

### C. Tespitler

Vergi mevzuatı ve özeleler kapsamında yaptığımız incelemeler neticesinde bu alanda limited şirket pay devrinin menkul kıymet ya da hisse senedi olmadığı, kıymetli evrak vasfını taşımadığı sonucuna varıldığını görmekteyiz. Bu sonucun gerekçesi ise öncelikle TTK gerekçesinde nama yazılı pay senedi çıkarılmasının paya devir ve dolaşım kolaylığı sağlamayacağı, sadece ispat ve gereğinde limited şirkete ilişkin hükümler çerçevesinde payın devrinde bazı kolaylıklar sağlayacağı, ancak bu olanağın limited şirket esas sermaye payını anonim şirket payına dönüştürmeyeceği veya yaklaştırmayacağını belirtmesidir. Ayrıca limited şirketlerde çıkarılması mümkün olan nama yazılı pay senedinin “Menkul Kıymetler” başlıklı yedinci bölüm altında değil de, “Ortakların Hakları ve Borçları” başlığı altında düzenlenmesi de bu değerlendirme mantığına dayanak teşkil etmiştir.

Vergi mevzuatı bakımından limited şirkette çıkarılması mümkün olan nama yazılı pay senetlerinin GVK ve KDVK kapsamında öngörülen istisnalardan yararlanabilmesi için hisse senedi olması gerekli ve yeterlidir. Özelge kapsamında değerlendirme yapılırken öncelikle TTK gerekçesinde yer alan “anonim şirket payına dönüştürmeyeceği veya yaklaştırmayacağı” ibaresi dikkate alınmıştır. Halbuki ne GVK ne de KDVK istisnaların tanınması için “anonim şirket hisse senedi” olmayı aramamakta, sadece “hisse senedi” olmak yeterli görülmektedir<sup>80</sup>. Özelge limited şirketlerde çıkarılabilecek nama yazılı pay senedinin “hisse senedi” olmadığı sonucuna varırken, hisse senedi sayılmak için gereken şartlar ve limited şirketlerde çıkartılması mümkün nama yazılı pay senedinin hukuki niteliği karşılıklı olarak değerlendirilmemiştir.

Kanaatimizce, kanunen “pay senedi” diğer bir deyişle “hisse senedi” olarak nitelendirilen bir belgenin niçin vergi mevzuatında da “hisse senedi” olarak adlandırılan belgeden farklı nitelikte olduğu tespit edilerek bir sonuca varılmak gerekmektedir. Ayrıca değerlendirme yapılırken kanun gerekçesinin de kanun metninin önüne geçerek yapılan değerlendirmeye temel teşkil etmesi doğru değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, açık bir kanun metni olduğu hallerde, yorumlamak için gerekçeye bakmak doğru olmayacaktır<sup>81</sup>. Elbette ihtiyaç hasıl olduğunda, bir kanun maddesi

<sup>80</sup> 6102 sayılı TTK, anonim şirketler bakımından da limited şirketlerde olduğu üzere “pay senedi” terimini tercih etmiştir (m.484 vd.).

<sup>81</sup> **Aktaş, Sururi**, Hukukta Yorum Çabaları, EÜHFHD, C. XV, S. 3-4 (2011), s. 1-33, s. 29, dn.160-161; YİBGK E. 2005/1, K. 2007/1, T. 19.1.2007; “(...) Kanunun açık olduğu durumlarda yoruma ve gerekçeye başvurulamaz. TMK. nun 1. maddesi gereğince kanun özülü ve sözüyle uygulanmalıdır. Kaldı ki maddenin



yorumlanırken kanunun gerekçesinden faydalanılacaktır<sup>82</sup>. Ancak unutulmamalıdır ki, gerekçeden faydalanılırken burada yer alan ibareler kanunun bir parçasıymış gibi ele alınmamalıdır. Nitekim kanunun, yürürlüğe girmesi ile birlikte kanun gerekçeden ayrılır. Böylece, aslen sözüyle ve özüyle değindiği konularda gerektiğinde yorumlanarak uygulanacak metin, kanundur. Gerekçeyi kanun metni gibi yorumlayarak uygulamaya çalışmak hatalıdır<sup>83</sup>. Kaldı ki, özeldede kısmen alıntılanarak atıf yapılan gerekçe hükmünde yukarıda da belirtildiği üzere, limited şirket nama yazılı pay senetlerinin basit kıymetli evrak kaydı taşıdıkları ve kıymetli evrak vasfını haiz oldukları belirtilmektedir. Bu durumda Özelge'ye dayanak teşkil edilen gerekçe metninde de kıymetli evrak olduğu kabul edilen limited şirket nama yazılı pay senetlerine, bunların "hisse senedi" olmadığı, anonim şirket hisse senedine benzemediği veya menkul kıymetler arasında sayılmadığı gerekçesiyle vergi istisnalarını uygulamamak Anayasa m. 73/III'e aykırılık teşkil edecektir. Anayasanın m. 73/III, verginin yasallığı ve buna bağlı olarak kıyas ilkesini ortaya koymaktadır ve vergilendirme yetkisine sadece yasama organının sahip olabileceğini, yorum yoluyla vergi konulamayacağını ifade etmektedir<sup>84</sup>. Diğer bir deyişle, düzenleyici işlemlerle veya yargı organlarının yorum sınırlarını aşan kararlarıyla vergilendirme gerçekleştirilemez. Anılan Özelge'lerde yapılan yorumlar neticesinde varılan sonuç, belirtmiş olduğumuz bu sebeplerle Anayasa m. 73/III'e aykırıdır. Özelge'de gerekçelendirme tekniği olarak uygulanan yorumu aşacak şekilde kıyas yapılması mümkün değildir, bu konuda ihtiyaç var ise kanuni düzenleme yapmak gerekir<sup>85</sup>.

Bunun yanı sıra limited şirket nama yazılı pay senedinin, anonim şirketleri düzenleyen dördüncü kısmın yedinci bölümünde yer alan "Menkul Kıymetler" başlığı altında düzenlenmemiş olması da, bu senedin menkul kıymet sayılmaması için yegane dayanak teşkil edemez. Nitekim, anonim şirketler kısmında yer alan bir bölümün münhasıran anonim şirketlerde çıkarılan menkul kıymetler başlığı altında yer alma-

---

gerekçesinde '... zilyede karşı bir istihkak ve müdahalenin önlenmesi davası olmasının niza ( çekişme ) sayılacağıdır' ifadesine yer verilmiştir".

<sup>82</sup> Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, *Medeni Hukuk, İstanbul 2014*, s. 74-75; "Kanunun Hazırlık Çalışmaları: Kanun hazırlanırken yapılan çalışmalar (gerekçe, tasarıların gelişimi, komisyon ve meclis görüşmeleri) kanunun ruhunun tespitine yardımcı olabilir. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu bakımından Türk Kanun Koyucusunun çalışmaları esas itibarıyla İsviçre örneğine dayandığından, bu kanunlardaki bir hükmün ruhu araştırılırken İsviçre Kanununun metninden ve hazırlık çalışmalarından da yararlanılması zorunluluğu vardır. Ama İsviçre Kanunundan ayrılan konularda Türk Kanun Koyucusunun bu davranışının sebebinin araştırılması, hükmün ruhunun tespitinde rol oynayabilir. "

<sup>83</sup> Oğuzman/Dural, s. 75; "Fakat hemen işaret edelim ki, kanunun hazırlık çalışmaları sorunun çözümüne her zaman ışık tutmayabilir veya hazırlık çalışmalarından çıkarılan sonuç, adil gözükmeyebilir. Kanun hükmünün zamanın ihtiyaçlarına ve korunması gereken menfaatlere en uygun şekilde yorumlanması gerekir."

<sup>84</sup> Erkin, Gözde, Vergilendirme Yetkisinin Tabii Olduğu Anayasal İlkeler, Ankara Barosu Dergisi 2012/3, s. 242-243.

<sup>85</sup> Erkin, s. 242-243.

ması gayet tabiidir. Kaldı ki, kanun maddesinde ortaklık payının satımından elde edilecek gelirin vergi istisnası sayılmasının şartı “menkul kıymet” sayılmak değil, “hisse senedi” olmaktır, ki bu konuda yukarıda yaptığımız izahat geçerlidir.

## V. Yargıtay Kararları

TTK m. 593(2)'de yer alan limited şirketlerde nama yazılı pay senedi çıkarılabilme imkanına ilişkin hüküm, Yargıtay kararlarına limited şirket pay senedinin haczine ilişkin davalar bakımından konu olmuştur. Yargıtay'ın bu konuda ulaşabildiğimiz iki kararı bulunmaktadır ve her iki karar<sup>86</sup> da 12. HD tarafından verilmiş olup, gerek konu gerekse kararın gerekçesi ve sonucu bakımından aynı muhteviyattadır.

Her iki karara konu olayda da, alacaklının ilgili ticaret sicil memurluğuna haciz müzekkeresi yazılması yönündeki talebi üzerine, ticaret sicil memurluğunca sicil kayıtlarına haczin tescili yoluyla limited şirket hisseleri haczedilmiştir. Yargıtay 7.5.2013 tarihli kararında öncelikli olarak, TTK m. 133(2) uyarınca, borçlunun limited şirketteki ortaklık payının haczinin mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>87</sup>. Buna ek olarak Yargıtay 12. HD, limited şirket nama yazılı pay senedinin hukuki niteliğini de ele almıştır. Kararda, öncelikle madde gerekçesine atfen, bu imkanın limited şirket payını anonim şirket payına dönüştürmeyeceği ve yaklaştırmayacağı, sadece ispatı ile gereğinde -limited şirkete dair hükümler çerçevesinde- payın devrinde bazı kolaylıklar sağlayabileceği belirtilmiştir. Bunun neticesinde limited şirketlerde pay senetlerinin ispat vasıtası niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır. Bu sonucun tali etkileri olarak limited şirketlerde pay senedinin teslimi ile ortaklık hakkı devir ve temlik edilemeyeceği ve aynı sebeple, bu haklar üzerine rehin ve haciz konulamayacağı, pay

<sup>86</sup> Yargıtay 12. HD 30.09.2103, E.22119/K. 30474, (Eriş Gönen, Açıklamalı İctihatlı 6335-6552 sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 2014, m. 595, s. 3385-3386); Y 12. HD, E. 2013/7955, K. 2013/17423, T. 7.5.2013 (www.kazanci.com).

<sup>87</sup> Yargıtay 12. HD, E. 2013/7955, K. 2013/17423, T. 7.5.2013 (www.kazanci.com); “01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 133. maddesi 6762 Sayılı TTK'nun 145. maddesinden farklı bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu düzenlemeye göre, sermaye şirketlerinde alacaklılar, alacaklarını, o ortağa düşen kar veya tasfiye payından almak yanında, borçlularına ait olan, senede bağlanmış veya bağlanmamış payların, 09.06.1932 tarihli ve 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun taşınurlara dair hükümleri uyarınca haczedilmesini ve paraya çevrilmesini isteyebilirler. Haciz, istek üzerine, pay defterine işlenir. Bunun dışında, alacaklılar, tüm ticaret şirketlerinde alacaklarını, ortağın şirketten olan diğer alacaklarından da alabilme ve bunun için haciz yaptırabilme yetkisini de haizdir. Yapılan bu değişiklik sonucu, sermaye şirketi olan limited şirketlerde ortaklardan birinin kişisel alacaklısına, 6762 Sayılı TTK'nun 145. maddesinin aksine, ortağın ortaklık payının haczini ve paraya çevrilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Söz konusu değişiklik madde gerekçesinde; “6762 Sayılı kanundaki sermayesi paylara bölünmüş şirketlerle anonim şirketlere ve hisse senetlerine özgülenmiş bulunan 2. fıkra “sermaye şirketleri” ibaresi kullanılarak limited şirketleri ve senede bağlanmamış payları da kapsayacak tarzda genişletilmiştir. Haczedilecek ve paraya çevrilecek payım anonim, limited ve paylı komandit şirkete ait bulunması veya senede bağlanmış olup olmaması, herhangi bir hüküm farkı yaratmaz.” şeklinde açıklanmıştır.”

senedinin haczedilmesi ile borçlunun, limited şirketteki ortaklık payının haczedilemeyeceği vurgulanmıştır.

Yargıtay kararlarında limited şirket paylarının devri için pay senedinin yeterli olmaması, limited şirketlerde nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak olarak nitelendirilmemesinin ve ispat senedi olarak kabul edilmesinin gerekçesini teşkil etmektedir. Buradan yola çıkılarak nama yazılı pay senetlerinin haczi ile ortağın sahip olduğu limited şirket payının haczedilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Yukarıda limited şirkette esas sermaye payının ve nama yazılı pay senedinin hazine ilişkin yaptığımız açıklamalara ek olarak burada çalışmamız için önemli olan husus Yargıtay'ın da TTK m. 593(2) gerekçesini, son cümle de geçen “*nama yazılı senet basit kıymetli evrak kaydını içerdiği için, ortaklığının bu senetle ileri sürülmesini ortaktan istemek hakkını şirkete vermektedir.*” ifadesi dikkate almadan değerlendirmesi ve nama yazılı pay senedinin ispat senedine bir alternatif olarak kanun metninde sunulduğuna dikkate almamış olmasıdır.

## VI. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu

Son olarak, limited şirketlerde çıkarılabilecek nama yazılı pay senetlerinin hukuki niteliğine ilişkin olarak mehaz İsviçre hukukunda yer alan ilgili düzenlemeleri toplu halde ele almak faydalı olacaktır.

eİBK m.789(3)'te de limited şirkette bir payın senede bağlanmış olması halinde bu senedin kıymetli evrak niteliği taşımadığı sadece bir ispat senedi olduğu ifade edilmekteydi<sup>88</sup>. Ancak bu hükme rağmen, İsviçre hukukunda ortaklık haklarının kullanılmasını için pay senedinin ibrazının zorunlu kılınması mümkün olduğundan, eİBK m. 789(3) hükmünün kıymetli evrak niteliğinde nama yazılı pay senedinin düzenlenmesine engel teşkil etmediği de savunulmaktaydı<sup>89</sup>.

İsviçre hukukunda 2008 yılında yapılan değişikliklerle birlikte İBK m. 784(1) ile limited şirketlerde nama yazılı pay senedi çıkarılma ihtimali mümkün kılınmıştır<sup>90</sup>. İBK m. 784(1) hükmünün Fransızca metni ile Almanca ve İtalyanca metinleri

<sup>88</sup> Chappuis, /Jaccard, Art. 484, N 5, s. 1540.

<sup>89</sup> BK-Jäggi, CO 965 N 283 ve ZK Von Steiger, Art. 789 N 16, Chappuis/Jaccard, Art. 784, s.1539, nd. 2'den naklen; Arslanlı, s. 221-222; Erdem, Ercüment/Göksoy, Can, Limited Şirkette Payın Rehni, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 574; Yıldız, s. 132; Alışkan, s. 153.

<sup>90</sup> Message concernant la révision du code des obligations 2001, s. 2983, limited şirketlerin şahsi niteliği dikkate alındığından limited şirket pay senetlerinin sermaye piyasasında işlem görmesi mümkün olmadığı gibi bu senetler kural olarak genel kurulun onayı olmaksızın devredilemezler de. Hatta limited şirketlerde pay sahipleri, sadakat yükümlülüğüne, rekabet yasağına tabi kılınabilmekte, ek ve yan edim yükümlülükleri üstlenebilmektedirler diğer yandan şirket sözleşmesinde aksine hüküm olmadıkça şirketi yönetim yetkisini de haizdirler. Pay sahipliğinin bu niteliklerinden ötürü kıymetli evrak

incelendiğinde, bu metinler arasında önemli bir fark bulunmaktadır. İBK'nın Fransızca metninde limited şirketlerde “nama yazılı kıymetli evrak” çıkarılabileceği ifade edilirken<sup>91</sup>, Almanca ve İtalyanca metinlerde TTK m. 593(2)'de olduğu gibi nama yazılı senet çıkarılma imkanından bahsedilmiş, bu senedin kıymetli evrak niteliğini haiz olduğu yönünde bir tanımlama yapılmamıştır. Metinler arasındaki bu farklılığa rağmen, İsviçre hukukunda limited şirkette çıkarılabilecek nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak niteliği hakkında bir tartışma bulunmamaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki, İsviçre hukukunda yapılan değişikliklerle sadece nama yazılı pay senedi çıkarılması imkanı getirilmemiş, limited şirketlerde pay devrine ilişkin hüküm de değiştirilmiştir. eİBK m. 791(4) limited şirket payının resmi şekilde yapılması öngörülmekteydi. Diğer bir deyişle, limited şirket payının devrine ilişkin sözleşmenin bir kamu görevlisi yahut noter huzurunda imzalanması gerekmektedir<sup>92</sup>. Limited şirket payının devri için öngörülmüş bu resmi şekil şartının amacı, limited payı devralan kişinin eİBK m. 802<sup>93</sup> çerçevesinde tabi olacağı müteselsil sorumluluktan haberdar olmasını sağlamaktı<sup>94</sup>.

eİBK'nın değiştirilerek limited pay sahiplerinin müteselsil sorumluluklarının kaldırılmasıyla beraber, limited şirketlerde pay devri için öngörülmüş olan resmi şekil şartı da kaldırılmıştır<sup>95</sup>. Limited şirket pay devirlerinde aleniyetin ise halen zorunlu olan sicile tescil ile sağlanması yeterli görülmüştür. Böylece, İsviçre hukukunda kıymetli evrak olduğu konusunda tartışma bulunmayan nama yazılı pay senedi, niteliğine uygun şekilde devredilme imkanına kavuşmuş olmaktadır.

## VII. DEĞERLENDİRME

6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesiyle beraber limited şirketlerde eTTK kapsamında çıkarılması mümkün olan ispat senedinin yanı sıra “nama yazılı pay sene-

---

bağlanması altında uygun değildir. Ancak yürürlükteki mevzuata ilişkin hakim görüşe uygun olarak nama yazılı pay senedi çıkarılması kabul edilmiştir (Peter Jäggi, in: Zürcher Kommentar V/7a, Zurich 1959, Art. 965 N 283; Werner von Steiger, içinde: Zürcher Kommentar V/5c, Zurich 1965, Art. 789 N 16; A. Janggen, H. Becker, içinde: Berner Kommentar VII/3, Berne 1939, Art. 789 N 7.).

<sup>91</sup> İBK m. 784'ün Fransızca metninde nama yazılı kıymetli evrak anlamına gelen “*un papier valeur nominatif*”, İtalyanca metinde nama yazılı senet anlamına gelen “*titoli nominativi*”, Almanca metinde ise yine nama yazılı senet anlamına gelen “*Namenpapier*” terimleri tercih edilmiştir.

<sup>92</sup> Chappuis/Jaccard, Art. 785, s.1543, N 1; İsviçre hukukunda eİBK döneminde öngörülmüş bu resmi şekil şartı aşırı bulunmakta ve limited şirketin tercih edilmemesindeki en büyük sebeplerden biri olarak gösterilmekteydi.

<sup>93</sup> eİBK m. 802 uyarınca limited şirket pay sahipleri, kolektif şirket ortaklarının olduğu şekilde ancak taahhüt ettikleri sermaye miktarıyla sınırlı olmak üzere müştereken ve müteselsilen sorumlu idiler.

<sup>94</sup> Message concernant la révision du code des obligations 2001, s.2983.

<sup>95</sup> Message concernant la révision du code des obligations 2001, s.2984.

di” çıkarılabilmesi mümkün hale gelmiş, hatta pay hakkında çıkarılan senetlerin kıymetli evrak vasfını haiz olmayacağına ilişkin açık hüküm (eTTK m.518) de TTK’ya alınmamıştır.

Gerekçe’de ise limited şirketlerde nama yazılı pay senetleri çıkarılmış olmasının, bu şirketin esas sermaye paylarını anonim şirket paylarına dönüştürmeyeceği vurgulanmıştır. Ancak bu vurgunun yanında gerekçede limited şirkette çıkarılabilecek nama yazılı pay senetlerinin basit kıymetli evrak kaydını haiz oldukları açıkça ifade edilmiştir. Nitekim Türk hukuku uyarınca da, bir senedin kıymetli evrak sayılabilmesi için basit kıymetli evrak kaydını içermesi; hakkın ileri sürülmesinde senedin ibrazının ve devrinde ise devrinin zorunlu olması gerekmektedir.

Türk hukukunda limited şirkette nama yazılı pay senedi çıkarılmasına rağmen, payın devrinin yapılabilmesi için -aksi şirket sözleşmesinde öngörülmedikçe- genel kurul onayı ve devre ilişkin sözleşmedeki imzaların noterce onaylanması gerekmektedir. Bu şartlar ve madde gerekçesinde yer alan “anonim şirket hissesi ile aynı niteliğe sahip olmama” ibaresi neticesinde, Yargıtay, durumu vergi mevzuatı bakımından değerlendiren Gelir İdare Başkanlığı ve doktrindeki bazı yazarlar, limited şirket nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak vasfını taşımadığı değerlendirmesini yapmışlardır. Kanaatimizce, kıymetli evrakın devri için kanun veya sözleşme ile başkalarının, hatta borçlunun da devre katılmaları zorunluluğu öngörülebileceğinden nama yazılı sermaye paylarının devrine ek olarak bu şartların aranması senetlerin kıymetli evrak vasfını etkilemeyecektir. Sonuç olarak limited şirketlerde nama yazılı pay senedinin devrinin geçerli olabilmesi için genel kurul onayının ve yapılacak devir sözleşmesindeki imzaların noter tarafından onaylanmasının kanun tarafından öngörülmüş olması senedin kıymetli evrak vasfını ortadan kaldırmayacaktır. Olması gereken hukuk bakımından ise bu tartışmalara son verecek şekilde pay devrine ilişkin sözleşmenin imzalarının noter tarafından onaylanması zorunluluğunun mehz İsviçre hukukunda olduğu üzere kaldırılmasının yerinde olacaktır.

Aynı şekilde anonim şirketten farklı olarak, limited şirkette esas sermaye payının sadece, bazı hakların belirlenebilmesi ve kullanılabilmesi amacıyla hesabi olarak bölünmesi de, limited şirket nama yazılı pay senedinin bazı yazarlar tarafından kıymetli evrak olarak kabul edilmemesine yol açmıştır.

Kanaatimizce limited şirkette ortağın oy hakkı [TTK m.618(1)], kâr payı [TTK m. 608(2)] esas sermaye paylarının itibari değerine göre hesaplanması ve bir ortağın birden çok esas sermaye payına sahip olabilmesi esas sermaye payının taşıdığı hakkı ortaya koymaktadır. Yine birden çok esas sermaye payına sahip olunabilme de zorunlu olarak bağımsızlık gerektirmektedir. TTK hükümleri kapsamında “bir ortak, bir esas sermaye payı” ilkesinin terki, kanunen “esas sermaye payının bölünmesi” teş-

kil etmese de, esas sermaye payına bağımsızlık tanımıştır. Bu sebeplerle her ne kadar gerekçe de limited şirket esas sermaye payının anonim şirket sermayesinin bölünmesi ile aynı nitelikte olmadığı belirtilse de, bunun limited şirket nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak niteliği taşımasına yol açacağını düşünmemekteyiz.

Bu noktada, limited şirkette çıkarılabilecek nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak niteliğini haiz olduğu sonucuna vararak limited şirket hükümlerini değerlendirdiğimizde; limited şirkette nama yazılı pay senedi çıkarılmış olması halinde (i) esas sermaye payının devrinin gerçekleşebilmesi için nama yazılı pay senedinin devrinin de zorunlu olması gerektiği, (ii) ortağın pay defterine kaydedilmesi ve böylece ortaklık haklarından faydalanabilmesi için nama yazılı pay senedinin şirkete ibrazının zorunlu olması gerektiği, aksi takdirde şirketin ortağı pay defterine kayıttan imtina edebileceği sonucuna varılmıştır. Aynı şekilde (iii) pay üzerinde intifa hakkına kurulması ve (iv) payın rehdenebilmesi için de devri hükümleri uygulandığından, nama yazılı pay senedinin zilyedliğinin devri de gerekecektir.

Haciz bakımından ise, (v) sermaye şirket pay ve pay senetlerinin haczini düzenleyen TTK m. 133 çerçevesinde limited şirket nama yazılı pay senetlerinin haczinin mümkün olduğu, ancak menkul malların haczine ilişkin yapılan atıf sebebiyle bu haczin uygulama usulünün düzeltilmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu çerçevede nama yazılı pay senetlerinin, kıymetli evrak vasfını haiz olmalarından ötürü, İİK m. 88/1'de icra dairesince muhafaza altına alınacak menkuller arasına eklenmesinin paraya çevrilme aşaması bakımından faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Vergi mevzuatı bakımında da (vi) gerek GVK gerekse KDVK kapsamında pay devirlerinde vergi istisnalarının uygulanabilmesi için "hisse senedi" olmanın yeterli olması karşısında, limited şirketlerde payın nama yazılı pay senedine bağlanması halinde bu istisnaların uygulanması gerektiği, aksi yöndeki vergi uygulamalarının Anayasa m.73'e aykırılık teşkil ettiği görüşündeyiz.

# Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması

(Protection of Children from Violence Under Civil Law Rules)



Yrd. Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI\*

Yrd. Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU\*\*

## ÖZET

Özel hukuk anlamında şiddet, bir kimsenin kişi ve malvarlığı değerlerine saldırıyı ifade eder. Çocuğun bir birey olarak aile içinde veya aile dışında karşılaştığı şiddete karşı korunması önemli bir konudur ve çeşitli düzenlemelerde özel olarak ele alınmıştır. Türk Medeni Kanunu'ndaki (TMK) bazı genel düzenlemeler de bu kapsamda kabul edilebilir. Nitekim, TMK'da yer alan kişilik haklarının korunması, velayet ve -istisnai olarak- vesayete ilişkin düzenlemeler, çocuğun gerek üçüncü kişilere gerekse de yetkilerini kötüye kullandıkları durumda veli/vasiye karşı özel hukuk kuralları çerçevesinde korunmasını konu almaktadır. İşbu çalışma, Medeni Hukukun anılan düzenlemeleri kapsamında çocuğun şiddete karşı korunmasında başvurulabilecek yollar incelenecektir.

***Anahtar kelimeler:** Şiddet, haklara saldırı, çocuğun korunması, velayet, vesayet.*

## ABSTRACT

In terms of private law, violence signifies the uninvited intervention to one's personality rights and patrimonial assets. At this regard, children's protection from violence constitutes an important subject and it is regulated under different legal rules. Some of the general provisions Turkish Civil Code may be taken into account in accordance thereof. Hence, provisions regarding the protection of personality rights, legal guardianship and exceptionnally tutorship deal with protection of children either from third persons or from guardian/tutor when they have misused their authority. This article aims to examine the mentioned provisions with regard to the children's protection from violence.

\* MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim dalı, berk.kapanci@mef.edu.tr.

\*\* İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim dalı, basak.basoglu@kemerburgaz.edu.tr.

**Keywords:** *Violence, infringement of rights, protection of children, legal guardianship, tutorship.*

## GİRİŞ

Özel hukuk anlamında şiddet<sup>1</sup> kişivarlığı ve malvarlığı değerlerine saldırıdır ve temel itibariyle şiddete karşı bireylere sağlanan koruma kişilik hakkı korumasıdır. Bunun dışında Türk Medeni Kanunu şiddete karşı özel bir koruma düzenlemesi getirmemektedir.

Türk Medeni Kanunun çocuğa ilişkin temel düzenleme velayet, velayet altında olmayan bir çocuk söz konusu olduğunda ise vesayettir. Bu düzenlemeler, genel olarak çocuğun üçüncü kişilere karşı korunmasını amaçlar. Bununla birlikte, çocuğun veli veya vasinin yetkilerini kötüye kullanması nedeniyle korumasına ihtiyaç olduğu halde çocuğun korunmasını sağlamak için kanunda velayetin/vesayetinin kaldırılmasına ilişkin özel düzenlemeler de getirilmiştir. Tüm bu düzenlemeler çocuğun aile içinde veya aile dışında karşılaştığı şiddete karşı korunması bakımında büyük önem taşır.

Bu düzenlemelerin yanı sıra, Çocuk Koruma Kanunu ile Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunda da çocuğun şiddete karşı korunması bakımından önem arz eden bazı düzenlemeler yer almaktadır.

Bu çalışmada Medeni Hukukun anılan düzenlemeleri kapsamında çocuğun şiddete karşı korunmasında başvurulabilecek yollar incelenecektir.

## I. Velayet Hükümlerine Dayalı Koruma

### A. Genel Bakış

Velayet hakkı, küçüklerin gerek kendilerine gerekse de mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak üzere kanunun onlara tanıdığı yetkilerin bütünüdür.<sup>2</sup> Kanun, velayet hakkını kural olarak ana ve ba-

<sup>1</sup> Şiddet denince şüphesiz ilk akla gelen fiziksel şiddettir. Fiziksel şiddet, çocuğun vücut bütünlüğüne yöneliktir. Yine akla en çok gelen şiddet türlerinden biri cinsel sömürüdür. Cinsel sömürü, çocuğun kendi isteği dışında, hatta kimi zaman farkında bile olmadan cinsel eylemde bulunmaya zorlanmasıdır ki bu da vücut bütünlüğüne yöneliktir. Psikolojik şiddet çocuğun duyguları veya kişiliği üzerinde baskı kurmak olarak ifade edersen bunun da çocuğun manevi bütünlüğüne yönelik olduğunu saptayabiliriz. Dolayısıyla, hukuki olarak fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddet çocuğun kişiliğine, kişilik değerlerine yöneliktir. Kişilik değerleri kişilerin doğumlarından ölümlerine kadar sahip oldukları temel değerler bütünüdür. Kişinin yaşamı, sağlığı, bedensel ve ruhsal bütünlüğü, düşünsel faaliyetleri ve onuru, özel hayatı, resmi, adı, özgürlükleri gibi. Öte yandan, ekonomik şiddet temel itibariyle çocuğun malvarlığı değerlerine saldırıdır. Yalnız hemen belirtilmelidir ki, ekonomik şiddet çocuğun temel ihtiyaçlarından yoksun kalmasına sebep oluyorsa, çocuğun kişivarlığı değerlerini de ilgilendirir.

<sup>2</sup> Velayete ilişkin bkz. **Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Beta, İstanbul, 2014, s. 406 vd.; **Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş**,



banın her ikisine de ortaklaşa tanımış, aralarında herhangi bir ayrım gözetmemiştir.<sup>3</sup> (Bkz. TMK 335, 336) Eğer ana veya babadan biri ölür veya gaipliğine karar verilirse yahut da velayet hakkını kullanamayacak bir duruma düşerse (örneğin kısıtlanması), velayet hakkı tek başına diğer eşe ait olacaktır.

Velayet hakkı, ana ve babaya çocuğun şahsı üzerinde egemenlik sağlar ve onun özadını, yerleşim yerini belirleme yetkisini verir. Bundan başka, velayet hakkı ana ve babaya çocuğun yetiştirilmesi ve eğitilmesi hakkını verir, ama bu aynı zamanda onlara yüklenmiş bir yükümlülüktür.<sup>4</sup> Ana ve baba, çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi konularında onun menfaatini özellikle göz önünde bulundurarak bu konuda alınması gereken kararları alır ve uygularlar.<sup>5</sup>

Diğer taraftan velayet hakkı kapsamında ana ve baba, çocuktan sözlere uymasını bekleyebilirler. Bu anlamda çocuk, anne ve babasına itaati ve gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür. eMK 267, ana ve babaya velayet hakları kapsamında, bir de uslandırma yetkisini vermektedir. Bu yetki, ana ve babanın çocuğu yetiştirme ve eğitime, çocuğun da ana ve babasının sözünü dinleme yükümlerinin bir tamamlayıcısı idi. TMK, bu hükmü çocuk haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ruhuna aykırı bularak benimsememiştir.<sup>6</sup>

Yine velayet hakkı kapsamında kullanılabilir bir başka yetki, çocuğun üçüncü kişilere karşı temsil edilmesidir. Bu temsil yetkisinin sınırını TMK 342 atfıyla, vasi için yasak işlemlere ilişkin TMK 448 hükmü belirler: Velayet altındaki kişiyi temsilen kefalet sözleşmesi yapılması, önemli bağışlamalarda bulunulması ve vakıf kurulmasıdır. Hemen belirtilmelidir ki, bu yasağın çocuk için sakıncalı olabilecek başka işlemlere yaydırılmaması büyük eksikliklerdir. Şöyle ki, bu sınırlamaya dahil olmadıgından veli, çocuğu ömür boyu borç altına sokabilecek uzun vadeli kredi anlaşmaları yapabilecek, aynı teminatlar verebilecek veya şirket kurabileceklerdir.<sup>7</sup>

Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz, İstanbul, 2014, s. 342 vd.; **Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk**, Aile Hukuku Ders Kitabı, Vedat, İstanbul, 2013, s. 155 vd., **Ahmet Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, Turhan, Ankara, 2015, s. 622 vd., **Bilge Öztan**, Aile Hukuku, Turhan, Ankara, 2015, s. 1074 vd.; **Rona Serozan**, Çocuk Hukuku, Vedat, İstanbul, 2005, s. 250 vd.

<sup>3</sup> TMK 337 uyarınca çocuğun anne ve babası, çocuğun doğumu anında evli değilse, velayet hakkı doğumla birlikte anneye ait olur. Ancak daha sonra evlenirlerse, çocuk anne ve babanın ortak velayeti altına girer.

<sup>4</sup> Velayet hakkının kapsamına ilişkin bkz. **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 344 vd.

<sup>5</sup> Çocuğun eğitimi, genel, mesleki ve dini eğitimi kapsar. **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 345.

<sup>6</sup> Çocuk haklarına ilişkin sözleşmelere ilişkin bkz. **Brian Milne**, Rights of the Child, Springer, 2015.

<sup>7</sup> Bu konudaki eleştiriler için bkz. **Rona Serozan**, "Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, Beta, İstanbul, 2003, s. 499-516 (514).

Velayet hakkına sahip olan ana ve baba, çocuğun mallarının yönetilmesi, kullanılması, kısmen sarfedilmesi ve korunması konularında da kanun tarafından yetkilendirilmiştir. Bu yetki aynı zamanda bir yükümlülüğü de bünyesinde barındırır.<sup>8</sup> Ana ve baba gerek yetkilerin kullanımı gerekse de yükümlülüklerin yerine getirilmesinde yine beraber hareket etmekle yükümlüdürler.

## B. İlk Çare: Önleyici Tedbirler

### 1. Kişiliğin Korunması

Ana ve baba, velayetin kendilerine yüklediği sorumlulukların gereğini yerine getiremeyip, çocuğun yararına aykırı bir durum meydana getirirlerse, son çare olan velayetin kaldırılması yoluna başvurulmadan, hakim gerekli önlemleri re'sen alacaktır.

Çocuğun kişiliğinin korunması bakımından bu önlemler TMK 346 ve 347'de belirtilmiştir.<sup>9</sup> Bunun yanında Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'ün ("Uygulama Tüzüğü") 3. maddesi ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 22. maddesinde de koruma önlemi alınması konusuna değinilmiş, Uygulama Tüzüğü'nün 3. maddesinin 2. fıkrasında da ayrıca korunma kararı alınamaması halinde Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 161. maddesi ile Belediye Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca gerekli önlemlerin alınacağı ifade edilmiştir.

Koruma önlemleri başlıklı TMK 346'ya göre, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma göre çare bulamazlar veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. Koruma önlemlerinin alınabilmesine, herhangi bir ilgilinin başvurusu üzerine veya başvuru bulunmasa bile gerektiğinde hakim tarafından re'sen hükmedilebilir. Esasen bu düzenlemenin en eksik tarafı, hakimin ana ve baba yerine karar vermesidir, esasen hakim ana ve baba yerine karar vermektan kaçınmalı ve karar verme hakkını ilgili konuda çocuk açısından daha sağlıklı bir karar vereceğine inandığı eşe tanınması şeklinde bir düzenleme kararın çocuğu hiç tanımayan bir hakim tarafından verilmesinden daha sağlıklı sonuçlar doğururdu.

Dikkat edilecek olursa kanun, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ne türde önlemlerin alınabileceğini özel olarak belirtmemiş, sadece "uygun" önlemlerin alınması hususunda hakime geniş olarak nitelendirilebilecek bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu noktada belirleyici hüküm, hâkimin takdir yetkisini kullanmasına ilişkin TMK 4 olacak, hakim somut olayın özelliklerini gözeterek gerekli

<sup>8</sup> Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 348 vd.

<sup>9</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Gülçin Elçin Grassinger, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler, XII Levha, İstanbul, 2009.

önlemleri ölçülülük ilkesi çerçevesinde alabilecektir. İlgili bağlamda hakim duruma göre ana ve babaya belirli davranışlarda bulunma veya belirli davranışlardan kaçınma yükümünü yükleyebilir. Aslına bakılacak olursa, kanun maddesinin ifadesi çok belirsiz ve geniştir. İster istemez, her şey hakimın sağduyulu bir şekilde hareket etmesi ümidiyle onun ellerine bırakılmış olmaktadır. Oysa ki, kanunun belirli açılardan ve örnek mukabilinden daha kesin sonuçlar öngören ayrıntılı bir düzenleme öngörmesi, hakime vereceği kararda yol gösterici olurdu.

Koruma önlemlerinin alınabilmesi için çocuğun menfaatinin veya gelişmesinin tehlikeye düşmesi, ayrıca ana ve babanın duruma çare bulamamaları veya buna güçlerinin yetmemesi şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Hakim, şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir ederken somut olayın özelliklerini ve çocuğun ihtiyaçlarını dikkate almalıdır. Çocuğun beslenme, sağlık, eğitim ihtiyaçlarının karşılanamaması, çocuğa karşı gereksiz ve amaçsız cezalandırmalar ve küçük düşürücü davranışlarda bulunulması, çocuğun uygun olmayan davranışlara sevk edilmesi, koruma önlemlerine başvurulabilecek durumlara örnek gösterilebilir. Belirtilen durumlar çerçevesinde çocuğun menfaatinin veya gelişmesinin tehlikeye düşmesinde ana ve babanın kusurları aranmaz. Ne var ki ana ve babanın ilgili durumun gerçekleşmesinde kusurlu olmaları, alınacak tedbirin niteliği bakımından etkili olabilir. TMK 346'nın uygulama alanı bulabileceği halleri birkaç örnekle somutlaştıralım:

- Bilindiği üzere velayet hakkı anne ve babanın çocuğa mesleki eğitim vermesini de kapsar. Anne ve baba söz konusu eğitimin verilmesinde çocuğun istek ve eğilimlerini de özel olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Örnek olarak güzel sanatlara meraklı olan bir çocuğun annesi ve babası tarafından kendi istekleri doğrultusunda, onu bir avukat veya mühendis olmaya zorlayamazlar. Böyle bir zorlama söz konusu ise, TMK 346 devreye girecek, çocuk hakime başvuruda bulunarak ondan konuyla ilgili gerekli önlemlerin alınabilmesini isteyebilecektir.
- MK 346'nın bir başka uygulaması şöylece belirebilir: Çocuğun anne babasının sözünü dinleme, onlara itaat etme yükümü vardır ama bu yüküm söz konusu olan hukuka veya ahlaka aykırı emirler ile kendisini zarara sokacak talimatlar olduğunda geri çekilir. Çocuk hakime başvurarak duruma müdahale edilmesini isteyebilecektir.
- Farklı bir örneğe geçelim: Yukarıda da belirttiğimiz üzere, çocuğun özadınının belirlenmesinde ana ve baba birlikte yetkilidirler, ne var ki onların ortaklaşa belirledikleri hak bir şekilde çocuğun yararına değilse, örneğin konulan ad, çocuğun ileride psikolojik olarak şiddete veya sömürüye maruz kalmasına, alay konusu olmasına neden olabileceyse bu durumda çocukla ilgili diğer kişilerin TMK 346 kapsamında hakime başvurabilmeleri mümkün görülebilmelidir. Gerçi burada hakimın nasıl bir yol izleyeceği, konu-

lacak isme kendisinin mi karar vereceği noktasında tereddütler doğabilir, somut duruma göre bir uygulama yapılması uygun olur.

MK 346'nın Yargıtay kararları ışığındaki uygulamasına bakılacak olursa, maddenin uygulamasında özel olarak "çocuğun üstün yararı" ilkesinin gözetildiği söylenebilir. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu hususa özel olarak vurgu yapılmaktadır.<sup>10</sup>

Ayrıca Yargıtay, TMK 346'nın öncelikle başvurulması gereken bir hüküm olduğuna da birçok kararında dikkat çekmektedir. Öyle ki eğer mevcut sorun bu hüküm çerçevesinde çözülebiliyorsa, daha ağır bir yaptırım öngören velayetin kaldırılması hükümlerine (MK 348, 349) başvurulmamalıdır.<sup>11</sup> Uygulamada ise çoğunlukla bu tedbirlerin, velayetin kaldırılması talebiyle birlikte terditli olarak istenilmekte olduğu görülür, yani adeta eğer daha ağır olan sonuç sağlanamazsa, bu hükümlerin getirdiği koruma tedbirleriyle bir teselli sağlanmış olur.

Hakim, hükmedebileceği koruma önlemlerinin yanında, özel olarak çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikede bulunur veya çocuk manen terkedilmiş halde kalırsa, bu kez TMK 347 uyarınca çocuğun ana ve babadan alınabilmesine ve bir başka aile ya da kuruma yerleştirilmesine de karar verebilir.<sup>12</sup> Bedensel veya zihinsel gelişimin tehlikede bulunması süreklilik göstermesi gereken bir durumdur. Eğer diğer koruma önlemlerinin alınabilmesi suretiyle, çocuk ana ve babadan alınmaksızın tehlike bertaraf edilebiliyorsa, öncelikle bu yola başvurulmalıdır. Diğer bir deyişle,

<sup>10</sup> Birçok Yargıtay kararında bu husus aynı cümlelerle ifade edilmektedir: "Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 6; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 3 ve 12; TMK m. 339/1, 343/1. 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b )'dır. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir." Örnek olarak bkz. Yarg. 2. HD. 03.07.2015 T., E. 28101, K. 14405. (www.kazanci.com)

<sup>11</sup> Nitekim Yargıtay 2.Hukuk Dairesi'nin 11.01.2010 gün ve 2009/8918 E., 2010/114 K. sayılı kararında bu husus, "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü taktirde ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için, uygun önlemleri alır. ( TMK.mad.346 ) Mahkemece yapılan araştırma ve toplanan delillerden çocuğun menfaatlerinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü sonucuna varılmakla, çocuğun korunması ile ilgili uygun önlemlerin alınmasıyla yetinilmesi gerekirken, usulüne uygun olarak harcı verilerek açılmış velayetin kaldırılması (TMK.md.348) davası bulunmadığı halde annenin velayet hakkının tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir" şeklinde ifade edilmiştir. (www.kazanci.com)

<sup>12</sup> Yargıtay uygulamasına bakıldığında, özellikle TMK 347 gereğince bir koruma önleminin alınabilmesi için gerekli koşulların oluşup oluşmadığına özellikle bakıldığı gözlemlenmektedir. "Sosyal Hizmet Uzmanı tarafından düzenlenen sosyal inceleme raporunda; küçük Mahmut B'nin nüfus kaydına göre anne ve babasının sağ olduğu, babası olan davacının Mardin Bayındırlık ve İskan Müdürlüğünde çalıştığı, almış olduğu ücretin ailenin geçim, barınma ve sosyal ihtiyaçlarını sağlayabilecek düzeyde olduğu, hatta geliri göre yaşam standardının Türkiye standartlarının üzerinde bulunduğunu belirtmiştir. Küçük Mahmut B.'nin 2828 Sayılı Yasanın 3. maddesinde tanımlanan korunmaya muhtaç çocuklardan olmadığı halde Türk Medeni Kanununun 346 ve 347. maddesi gerekçe gösterilerek yazılı şekilde koruma altına alınmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 2. HD, T. 11.03.2004, E.2044, K. 3071) (www.kazanci.com)

çocuğun ana ve babadan alınması başka çare kalmadığında başvuru bir önlem olmalıdır. Öte yandan çocuğun manen terk edilmiş olması, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimi açısından karşı karşıya bulunulan tehlikeye ana ve baba tarafından müdahale bulunulmaması halini ifade eder. Çocuk, manevi ve ruhsal açıdan anormal davranışlar gösteriyorsa, kişiliğinin gelişimi toplum kuralları ile bağdaşmıyor ve ona uygun olarak gelişmiyorsa, çalışmak veya yakın çevresiyle iletişim kurmak yerine bunlardan kaçınıyorsa, uç düşüncelere yatkınlık gösteriyorsa; onun manen terkedildiği sonucuna varılabilecektir.

Son olarak TMK 347 uyarınca, yukarıda belirtildiği gibi çocuğun bedensel veya zihinsel gelişimi bakımından bir tehlike bulunmasa veya çocuk manen terkedilmiş durumda olmasa dahi, çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek ölçüde bozuyorsa ve durumun gerekleri değerlendirildiğinde başkaca bir çarenin kalmadığı sonucuna varılabiliyorsa, ana ve baba veya çocuğun talebi üzerine hakim, çocuğun ana ve babanın yanından alınarak başka bir ailenin yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine de karar verebilir.

MK 347/I ve II kapsamında alınan önlemlere ilişkin giderler bizzat ana, baba ve çocuk tarafından karşılanmalıdır. Bununla birlikte, ana, baba ve çocuğun ödeme güçlerinin bulunmadığı bir olasılıkta, alınan önlemlerin giderleri devlet tarafından karşılanabilir.

Çocuğun bir ailenin yanına ya da kuruma yerleştirildiği durumlarda, ana ve babanın velayet hakkı sona ermez, ancak çocuğu yetiştirme yetkileri hakim kararıyla ellerinden alınmış olur. Bunun yanında, ilgili hallerde TMK 347/IV uyarınca ana ve babanın nafaka yükümlülüklerinin devam ettiği de hatırlatılmalıdır. Kişiliğin korunmasına ilişkin önlemlerin alınmasına sebep olan şartlarda değişiklik olması halinde, alınan önlemlerin de TMK 351/I uyarınca yeni şartlara uydurulması gerekir.

## 2. Malvarlığının Korunması

Çocuğun kişiliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin yanında kanun çocuğun malvarlığının da korunması için bir dizi önlem öngörmektedir.<sup>13</sup>

Vesayetten farklı olarak (bkz. ve karşı TMK 454/II) anne ve baba çocuğun mallarının yönetilmesi ile alakalı olarak hesap vermek ve yol açabilecekleri olası zararlar için teminat göstermek zorunda değildir. Bununla birlikte ana ve baba, çocuğun malları üzerindeki yönetim haklarını kendileri için değil, bizzat çocuğun çıkarları

<sup>13</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Hayrunnisa Özdemir**, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013/3, s.81-105.

için kullanılmalı ve öngörülü bir yönetici gibi davranmak durumundadırlar. Zira onlar çocuğun mallarını geri verirlerken TMK 363/I'e göre vekil gibi sorumlu olacaklardır.

İşte ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte özensiz davranmaları durumunda hakim, TMK 352/II uyarınca müdahalede bulunabilir. Diğer taraftan hâkim, TMK 360'a göre malların korunması için uygun önlemlerin alınmasına da karar verebilir. Esas itibarıyla kanun koyucu malların yönetimi konusunda ana ve babanın yükümlülüklerini savaştırmaları için ciddi yaptırımlar öngörmektedir. Yalnız bunun için velinin özensiz davranıldığı açık olarak ortaya koyulabilmelidir.<sup>14</sup>

MK 360/II'ye göre hakim, ana ve babaya çocuğun mallarının yönetilmesi bakımından ana ve babaya talimat verebilir, belirli zamanlarda verilen bilgi ve hesabı yeterli görmediği takdirde çocuğun mallarının bir yere tevdi edilmesine veya ana ve babanın güvence göstermelerine hükmedebilir. Bu hallerde ana ve babanın çocuğun malları üzerindeki yönetim hakkı yine devam edecektir.

Eğer alınan bu önlemlerle tam olarak bir sonuç alınamıyorsa, TMK 361/I uyarınca çocuğun mallarının yönetiminin bir kayyıma devredilmesine karar verilebilir. TMK 360 çerçevesinde alınan önlemlerden farklı olarak, bu durumda ana ve babanın çocuğun malları üzerindeki yönetim hakkı sona erecektir. Diğer taraftan TMK 361/II hükmü de, çocuğun yönetimi ana ve babaya ait olmayan serbest mallar tehlikeye düştüğünde bu malların yönetiminin kayyıma devredilebilmesine imkan vermektedir. Aynı şekilde, TMK 361/III'de de çocuk mallarının gelirlerinin veya bu mallardan ayrılmış belirli miktarların kanuna uygun şekilde sarf edileceğinden kuşku duyulması halinde bunların yönetiminin de kayyıma bırakılabilmesine imkan tanınmıştır. Her bir olasılıkta malların yönetiminin kayyıma bırakılması, diğer önlemlerle bir sonuç alınamadığında başvurulması gereken bir yaptırımdır.

Malvarlığının korunmasıyla ilgili olarak hükmedilen bu önlemlerin alınmasına sebep olan şartlarda değişiklik olursa, alınan önlemlerin de TMK 351/I uyarınca

<sup>14</sup> Nitekim bu konuda bkz. Yarg. 2. HD., 29.03.2011 T., E. 17939, K. 5497 sayılı kararında bu husus açık olarak belirtilmiştir: "Ana ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse, hakim, malların korunması için uygun önlemleri alır ( TMK m. 360, Tüzük m. 4/2). Bu önlemlerin neler olduğu Türk Medeni Kanunu'nun 360/2. ve 361. maddelerinde gösterilmiştir. / Bu yasal düzenleme karşısında Aile Mahkemesince yapılacak iş; sağ kalan eşi çağırarak; bir süre belirleyerek belirleyeceği bu süre içinde, sağ kalan eşten çocuğun, varsa malvarlığını gösteren bir defter vermesini istemek ve bu malvarlığında veya yapılacak yatırımlarda ileride gerçekleşecek önemli değişiklikleri de bildirmesi için uyardıktan ibarettir. Türk Medeni Kanunu'nun 352/2. ve Tüzüğün 4/2. maddesi koşulları bulunmadıkça; başka bir ifade ile, ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça; hakim, çocuk mallarının korunması konusunda ana ve babanın yönetme hakkına müdahale edemez ve bu sonucu doğuracak bir karar veremez. Türk Medeni Kanunu'nun 336 /son maddesi gereğince, velayet hakkına sahip olan annenin çocuğun mallarını yönetmekte yeterli özeni göstermediği iddia ve ispat edilmemişken; annenin kanundan doğan yönetim hakkını sınırlayacak müdahale niteliğinde yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (www.kazanci.com)

yeni şartlara uydurulması gerekir. önlem kendiliğinden sona ermez, yeniden hakim kararı alınması gerekir. Buna karşılık velayetin kaldırılması kararı verildiğinde ise, alınan önlem kendiliğinden sona erecektir.

### C. Son Çare: Velayetin Kaldırılması

Velayetin kötüye kullanılması halinde çocuğu korumak üzere alınabilecek en radikal önlem, bir başka deyişle başvurulabilecek son çare TMK 348-349 hükümleri uyarınca velayetin kaldırılmasıdır. Bu kararı vermeye yetkili mahkeme, 4787 sayılı kanunun 4. maddesi uyarınca aile mahkemesidir.

Ancak velayet durup dururken ana ve babanın elinden alınamaz. Bu konudaki genel nitelikli hüküm olan TMK 348'e göre velayetin kaldırılabilmesi için ya ana ve babanın deneyimsizlikleri, hastalıkları, başka yerde bulunmaları veya benzeri sebeplerle velayeti sorumluluk bilinci içinde yürütmekten aciz olmaları, ya çocuğa karşı gerekli ilgiyi göstermeyerek görevlerini ağır biçimde ihmal etmeleri ya da çocuğa karşı nüfuzlarını kötüye kullanmış olmaları gerekir. Örneğin anne ve babanın uygunsuz yaşam tarzı, velayetten doğan görevlerini ihmal etmesi veya suç işlemesi velayetin kaldırılmasını gerektirebilir.<sup>15</sup> Yargıtay'ın bir kararında, tek başına velayet hakkına sahip olan annenin birlikte yaşadığı kişinin çocuğu cinsel istismarına göz yumması ve dolayısıyla çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır şekilde savsaklaması nedeniyle velayetin kaldırılmasına hükmedilmiştir.<sup>16</sup>

Velayetin kaldırılması bazı durumlarda varolan velayet durumunun değiştirilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Örnek olarak sadece annede olan velayetin daha sonra sadece babaya verilmesi karar verilebilecektir. Velayetin değiştirilmesinde id-

<sup>15</sup> Bkz. Yarg. 2. HD. T. 21.03.2013, E. 4373, K. 7946, Yarg. 2. HD. T. 15.04.2013, E. 6570, K. 10507, Yarg. 2. HD., T. 21.12.2010, E. 18266, K. 21610. (www.kazanci.com)

<sup>16</sup> "Küçük Ece 25.3.1997 doğumlu olup anne ve babasının boşanması sonucu yaşamın küçüklüğü nedeniyle velayeti annesine verilmiştir. Babası "Atipik Psikoz" tanısıyla Medeni Kanununun 355. maddesi uyarınca 7.3.2000 tarihinde vesayet altına alınmıştır. Tüm dosya kapsamından özellikle hazırlık evrakındaki davalı ile Abdullah Y.'in ifadelerinden ; davalı ile Abdullah isimli evli ve çocuklu şahsın 1999 yılından beri evlilik dışı birlikte yaşadıkları anlaşılmaktadır. Küçük Ece İstanbul Üniversitesi, İstanbul Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Başkanlığına bağlı poliklinikte tetkik ve takibinin yapıldığı dönemde görüşmeyi yapan doktora annesinin birlikte yaşadığı şahsın kendisine karşı uygunsuz davranışlarını anlatmıştır. Uzman doktorların 13.6.2002 tarihli raporlarında da; ( Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı Hastalıkları Anabilim Dalına ait ) çocuğun bireysel psikiyatrik değerlendirilmesinde istismara ait ifadesinin olduğu 8 ay önceki psikiyatrik değerlendirme ve tanının önem kazandığı ifade edilmiştir. Toplanan delillerle; velayeti elinde bulunduran annenin çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı, olayda velayetin kaldırılması koşullarının gerçekleştiği ( TMK. md. 348) anlaşılmaktadır. Davalı anneden velayetin kaldırılarak çocuğa vasi tayini için ihbarda bulunulması gerekirken yazılı şekilde davanın reddi doğru değildir." (Yarg. 2. HD., 03.03.2003 T., E. 1468, K. 2770) (www.kazanci.com)



rak çağındaki çocuğun fikri de özellikle dikkate alınır.<sup>17</sup> Bununla birlikte, velayetin değiştirilmesinde idrak çağındaki çocuğun dinlenilmesi esas olsa da, çocuğun fikri kendisine zarar verici nitelikteyse hakim bunu dikkate de almayabilir, zira velayet kamu düzenidir, kaldı ki bu yaklaşım Çocuk Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 6/b ile uyumludur.<sup>18</sup>

Küçük yaştaki çocukların ise velayetlerinin anneye verilmesi esastır.<sup>19</sup> Ne var ki anne velayetin gereklerini yerine getiremeyecek durumdaysa, çocuğun yararı üstün tutularak farklı bir çözümleme yapılması yoluna gidilmesi esas olmalıdır.<sup>20</sup> Nitekim, çocuk, küçük olsa bile velayetinin babaya verilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Bkz. Yarg. 2. HD. T. 09.09.2013 T., E. 939, K. 20212, Yarg. 25.09.2013 T., E. 2773, K. 21832, Yarg. 2. HD., T. 01.07.2008, E. 6259, K. 9740. (www.kazanci.com)

<sup>18</sup> “Davacı baba tarafından açılan velayetin değiştirilmesi davası sonucu mahkemece, sosyal inceleme raporunda küçüklerin anne ile yaşamak istedikleri belirtilip, küçüklerin talepleri de dikkate alınarak, davanın reddine karar verilmiştir. Ne var ki; velayet, kamu düzenine ilişkindir ve velayet düzenlenmesinde asılan küçükün menfaati- dir. Küçükler, temyiz aşamasında verdikleri dilekçe ile babalarının yanında kalmak istediklerini beyan etmişler, davalının annesi de, kızının uygunsuz bir yaşam şekli olduğunu belirtmiştir. Mahkemece, küçüklerin velayet konusunda beyanları alınmış, temyiz aşamasında dosyaya sunulan belgeler de dikkate alınarak bir karar verilerek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” (Yarg. 2. HD., T. 04.12.2014, E. 25804, K. 24658) (www.kazanci.com)

<sup>19</sup> “Dava velayetin değiştirilmesi veya müşterek çocukla kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi talebine ilişkindir. Taraflar Kuşadası Asliye Hukuk ( Aile ) Mahkemesinin 12.06.2007 tarihinde kesinleşen boşanma ilamıyla anlaşmalı olarak boşanmışlar, anlaşma uyarınca velayet davalı anneye verilmiş, davacı baba ile müşterek çocuk arasında kişisel ilişki düzenlenmiştir. Müşterek çocuk Can 17.1.2005 doğumlu olup, ana bakım ve şefkatine muhtaçtır. Davalı annenin çocuğa karşı velayet görevini savsakladığına, gereken ilgiyi göstermediğine ve davacı babanın müşterek çocukla kişisel ilişkisini engellediğine ilişkin dosya kapsamında yeterli delil de bulunmamaktadır. Toplanan deliller, velayetin değiştirilmesi şartlarının oluştuğunu kabule yeterlilikte bulunmamaktadır. Velayet sahibi annenin yeniden evlenmesi, tek başına velayetin değiştirilmesini gerektirmez. Gerçekleşen bu durum karşısında davalının velayetin değiştirilmesine yönelik talebin reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” (Yarg. 2. HD., T. 13.01.2014, E. 13402, K. 1) (www.kazanci.com)

<sup>20</sup> “Davacı kadın 2006 doğumlu Buse adlı ortak çocuğun velayetinin bakacak ekonomik gücü olmadığını belirterek, davalı babaya verilmesini istemiş, bu istemi duruşmada yinelenmiştir. Çocuğun dava aşamasında davalı baba yanında kaldığı, babaanne tarafından bakıldığı anlaşılmaktadır. Durum böyleyken, mahkemece 4787 Sayılı Aile Mahkemeleri Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5. maddesi gözetilerek bir uzman inceleme sine baş vurmadan sadece anne ilgisine muhtaç olacak yaşta olduğundan söz edilerek çocuğun velayetinin istemi dışında davacı anneye verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.” (Yarg. 2. HD., 16.11.2011 T., E. 18862, K. 18702) (www.kazanci.com)

<sup>21</sup> “Taraflar anlaşmalı boşanmışlardır. O tarihte çocuklar çok küçük olup, anne şefkatine daha fazla muhtaç oldukları halde, davacı kadın çocukların velayetini almamış, davalı babaya bırakmıştır. Baba, çocuklara karşı hem babalık görevini, hem de annenin vereceği şefkati vermeye çalışmış, bunda da muvaffak olmuş ve çocukları sırasıyla 10 ve 11 yaşlarına getirmiştir. Davacı babanın ikinci eşi de, bu hususta davacıya yardımcı olmuştur. Davacı anne ise, uzunca bir süre çocukları görmeye bile gitmemiş, ihtiyaçları ile hiç ilgilenmemiştir. Çocuklar büyüdükten sonra, yasanın aradığı hiçbir neden yokken velayetin babadan alınmasına karar verilmesinin büyük bir haksızlık olacağı açıktır. Kaldı ki, davacı kadının imkanları davalı babadan daha fazla değildir ve çocuklara babadan daha fazla vereceği bir şey de yoktur. Diverme kararındaki açıklamaların ak-



Boşanma davasında velayetin eşlerden hangisine verileceğinin tespitinde hangi tarafın çocuğu daha iyi yetiştireceği, rahat ettireceği, ona daha iyi bakacağı hususlarına dikkat edilir, yoksa eşlerin boşanma davasının açılmasında kusurlu olmaları bir önem taşımaz.<sup>22</sup> TMK'daki en büyük eksiklerden biri henüz evlenmemiş veya ayrılmış ana babanın ortak velayetine olanak tanınmamasıdır.<sup>23</sup> Kaldı ki, ortak velayet söz konusu olmasa bile veli olmayan ana veya babanın en azından çocuğun gelişimi açısından önemli konularda bilgilenme ve görüş bildirme hakkının bulunması gerekir.

Bir de daha özel nitelikteki TMK 349 hükmü uyarınca velayet kaldırılabilir. Bunun için eşlerden birinin daha önceki evliliğinden veya evlilik dışı ilişkisinden doğan çocuğunun, diğer eş tarafından benimsenmemesi ve bu eşin ona karşı horlayıcı, dışlayıcı, haksız olarak nitelendirilebilecek olan tavrına karşı özel olarak korunması haklı olarak görülebilmelidir. Yoksa normal şartlarda çocuğun ana veya babasının yeniden evlenmesi velayetin kendiliğinden kaldırılmasını gerektirmez.<sup>24</sup> Her iki hükmün kapsamına giren durumda da velayet ana ve babadan alınır, TMK 348/II / TMK 349 c.2 uyarınca çocuğu koruma görevi atanan vasiye verilir. Diğer taraftan istisnai olarak velayetin ana ve babadan sadece birinin elinden alınması da söz konusu olabilir. Bu durumda velayet hakları ve yükümleri kalan kişiye (duruma göre sadece anaya veya sadece babaya) ait olur.

Velayetin kaldırılmasına ilişkin kararlar, aksi belirtilmedikçe doğmuş ve doğacak bütün çocukları kapsamaktadır. (Bkz. TMK 348/III)

Öte yandan velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkacak olursa, hakim kendiliğinden veya ana veya babanın talepte bulunması üzerine onlara geri verecektir (Bkz. TMK 351/II)

## II. Vesayet Hükümlerine Dayalı Koruma

Çocuk bakımından aslanan velayettir. Ancak velayet altında bulunmayan her çocuk vesayet altına alınır. Buna göre, çocuğun anne ve babasının her ikisinin de

---

*sine, dosya kapsamı gözetildiğinde, bozma ilamında yazılan gerekçelerde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bir yön bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, bozma kapsamı dosya içeriğine uygundur.*" (Yarg. HGK, 17.09.2008 T., E. 2-557, K. 546) (www.kazanci.com)

<sup>22</sup> Yarg. 2. HD., 06.03.1962 tarihli ve E. 646, K. 1497 sayılı kararında davalı ananın zinası sabit olduğu halde, babanın içinde bulunduğu kötü durum ve çocukların yaşlarının küçük olması gözetilerek velayet anaya verilmiştir. Yine benzer başka bir kararda, annenin genelevde çalışması doğrudan onun kötü bir anne olacağına işaret etmeyebileceği vurgulanmıştır. Tabii bunun için annenin çocuğu bu yaşantının tamamen dışında tutabiliyor olması lazımdır, önemli olan yegane husus çocuğun yararının üstünlüğüdür. (Bkz. Yarg. 2. HD., 05.07.1995 T., E. 6964, K. 7868) (Bu kararlar için bkz. **Akıntürk/Karaman**, s. 310-311)

<sup>23</sup> Bu konudaki eleştiriler için bkz. **Serozan**, a.g.m., s. 511.

<sup>24</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Yarg. 2. HD., 20.04.1973 T., E. 2754, K. 2632. (www.kazanci.com)

öldüğü veya kimliklerinin bilinmediği hallerde (yani çocuğun terkedilmesi durumunda), çocuğun ana ve babasının haklarında gaiplik veya kısıtlama kararı verilmesi veya velayet görevlerini gereği gibi yapmamarları nedeniyle velayetin ana ve babanın her ikisinden de kaldırılması hallerinde çocuğa vasi atanır.<sup>25</sup> Vesayet özellikle aile içinde şiddet gören çocuklar bakımından önemli bir koruma sağlamaktadır.

Velayet kendisine ait olan ana veya babanın ölmesi halinde, velayet kendiliğinden diğerine geçmez. Bu durumda ancak gerekirse çocuğa vasi atanır. Evlat edinilen çocuk da evlat edinenin ölmesi, evlatlık sözleşmesinin kaldırılması veya velayetin kaldırılması halinde kendiliğinden ana – babasının velayeti altına girmez. Yine bu durumda da gerekirse çocuğa vasi atanır.

Vasi, bu görevi yapabilecek yetenekte olan ve vesayet makamı tarafından atanan ergin bir kişidir (TMK 413). Çocuğa vasi atanırken, kişinin özel olarak çocuğa vasi olmaya elverişli olup olmadığına bakılır, bir başka deyişle vasinin çocuk ile kişisel ilişkileri önem taşır. Bu nedenledir ki, haklı sebepler engel olmadıkça, vesayet makamı, öncelikle çocuğun yakın hısımlarından birini vasi olarak atar. Hatta bu noktada çocuğun ya da ana veya babasının isteklerinin dinlenmesi de önemlidir.

Vasi, çocuğun kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatleri korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür. Vasi, görevini yürütürken gerekli özeni göstermelidir. Ayrıca çocuk vasinin kendisi adına yapacağı işlemlerde görüş bildirecek yaşta ise, vasi karar vermeden önce çocuğa gerekli her türlü noktada bilgi vermeli ve onun görüşlerini de dinlemelidir.<sup>26</sup>

Vasi, görevini yürütürken belirli zamanlarda ve herhalde yılda bir defa vesayet makamına yani sulh hukuk mahkemesine rapor ve hesap vermekle de yükümlüdür. Ayrıca, vasinin bütün eylemlerine ve işlemlerine karşı ayırt etme gücüne sahip çocuk ve diğer ilgililerin vesayet makamına itiraz da bulunma hakları vardır.

Vasinin çocuğun malvarlığına ilişkin hususlarda defter tutması da zorunludur. Vasinin, vesayet altındaki küçük adına kefil olması, vakıf kurması ve önemli bağışlamalarda bulunması yasaktır. Öte yandan, bazı işlemler bakımından ise vasinin vesayet makamından izin alması gerekmektedir. Bu işlemler, taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynı hak kurulması, olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri, ödünç verme ve alma, kam-

<sup>25</sup> Vesayete ilişkin bkz. Akıntürk/ Karaman, s. 469 vd.; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 393 vd.; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 169 vd., Kılıçoğlu, s. 695 vd., Öztan, s. 1257 vd.

<sup>26</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Gülçin Elçin Grassinger, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I, XII Levha, İstanbul, 2010, s.823-846.

biyo taahhüdü altına girme, bir yıl veya daha uzun süreli ürün ve üç yıl veya daha uzun süreli taşınmaz kirası sözleşmeleri yapılması, vesayet altındaki küçüğün bir sanat veya meslekle uğraşması, acele hallerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordota yapılması, mal rejimi sözleşmeleri, mirasın paylaşılması ve miras payının devri sözleşmeleri yapılması, borç ödemededen aciz beyanı, hayat sigortası yapılması ve çiraklık sözleşmesi yapılmasıdır.

Hatta bazı hallerde vasinin tek başına hareket etmesi yeterli görülmemiş, vesayet makamının ve hatta denetim makamının da izni aranmıştır. Bu haller, bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması, ömür boyu aylık veya gelir bağlama veya ölüncüye kadar bakma sözleşmeleri yapılması, mirasın kabulü, reddi veya miras sözleşmesi yapılması ve küçüğün vasi ile sözleşme yapması olarak sayılmıştır.

Vasi çocuğun bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri kişisel özen göstererek almakla da yükümlüdür. Bu kapsamda vasi ana ve babanın yetkilerine sahiptir. Öte yandan, çocuğun bakımına ilişkin masraflar, kural olarak çocuğun ana-babası tarafından karşılanacaktır. Ancak zorunlu durumlarda, bu masraflar için çocuğun malvarlığına da başvurulması mümkündür. Bunun da olanaklı olmaması halinde, masraflar çocuğun nafaka yükümlüsü akrabalarından talep edilir. Son çare olarak masrafları bizzat devlet karşılar.

Yine çocuğun kişilik değerlerini ilgilendiren, çocuğun bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi ve yerleşim yerinin değiştirilmesi bakımından vesayet makamının izni aranmaktadır (TMK 462). Vesayet altındaki çocuğun evlat edinilmesi, vatandaşlığa girmesi veya vatandaşlıktan çıkması ve ergin kılınması bakımından ise vesayet makamının yanı sıra denetim makamının da izni aranmıştır (TMK 463).

Vesayet makamı, eğer vasinin olağan veya şikayet üzerine denetimi sırasında haklı bir sebep görürse, vasiyi görevden alabilir. Şöyle ki vasi,

- görevini ağır surette savsaklarsa yani kendi kusuruyla görevinin gerektirdiği özeni göstermezse, veya
- vasilik yetkilerini bu görevin amaçları ile örtüşmeyecek şekilde yarar sağlamak amacıyla kötüye kullanırsa, veya
- vesayeti altındaki çocuk ile veya vesayet makamı ile arasındaki güven ilişkisini ağır şekilde sarsıcı davranışlarda bulunursa, veya
- vesayet altındaki çocuğun menfaatlerini optimal düzeyde korumayı azaltacak yetersizliklere sahipse,

vesayet makamı (sulh hukuk mahkemesi) vasiyi görevden alabilir. Vesayet makamının kararlarına karşı itiraz denetim makamına yani asliye hukuk mahkemesine yapılabilir.

### III. Kişilik Haklarının Korunması Hükümlerine Dayalı Koruma

Kişilik haklarının korunması TMK 23 ve 24'te düzenlenmektedir. Bu hükümler kapsamında, Medeni Kanun, kişiliği gerek hukuki işlem (MK 23) gerekse de haksız fiil (MK 24) yoluyla yapılacak saldırılara karşı korumuştur.

MK 23'ün amacı, kişilerin serbest iradeleriyle düzenleyebilecekleri hukuki işlemlerin sınırını çizmektir. Kuralın üç farklı noktada tipikleşen bir etkisinin olduğu söylenebilir:

- Bu bağlamda bir defa kişiler, yapacakları hukuki işlemlerle hak ve/veya fiil ehliyetlerinden kısmen veya tamamen vazgeçemezler. Örnek olarak bir kişi hiçbir zaman belirli türde bir malı almayacağını bir başkasına taahhüt etmişse, bu taahhüt kesin hükümsüzdür, etki doğurmaz.
- Yine aynı hüküm kapsamında kişi ekonomik özgürlüğünden de vazgeçemez, söz gelimi bir kişiye kölelik etmeyi taahhüt edemez. Bununla birlikte kişi, ekonomik özgürlüğünü makul düzeyde kişisel faaliyeti çerçevesinde tarafı olacağı sözleşmelerde altına girdiği borçlarla kısıtlayabilir. Tabii, bu kısıtlamalar ancak hukuka veya ahlaka aykırı olmadıkları suretle geçerli olacaktır. Örnek olarak bir kişinin bir başkasına bağlı olarak çalışmayı taahhüt etmesi diğer bir deyişle bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde diğerinin işçisi olarak çalışmayı taahhüt etmesine herhangi bir engel yoktur. Ne var ki bu sözleşmenin çok uzun bir süre için akdedildiği olasılıklarda, mesela 20-30 yıl gibi bir süre için kararlaştırılmada bulunulduysa, burada aşırı bir özgürlük kısıtlanmasının olduğu söylenebilir.<sup>27</sup>
- Kişi, özgürlüğü dışındaki kişiliğinin parçasını oluşturan vücut tamlığı üzerinde de kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek tasarruflarda bulunamaz.

<sup>27</sup> Bilindiği üzere kural olarak süreli sözleşmelerde sözleşme süresinden önce ancak haklı sebeple fesih yoluyla bir sona erdirilebilir ve fakat olağan sebeple fesih yolu kapalı tutulmuştur. Kanun, konu hizmet sözleşmesi olduğunda ise özel bir düzenleme yapma yolunu seçmiş, eBK 343'e göre 10 yıldan fazla süreli yapılan hizmet sözleşmelerinde işçiye sözleşmeyi serbestçe (olağan) feshedebilme imkanını tanımıştır. Diğer sözleşmeler özelinde de, eğer sözleşme bu şekilde çok uzunsa, kişi özgürlüğünün aşırı kısıtlanmasının ahlaka aykırılığa yol açtığı iddia edilebilecektir. Yalnız tabii bunun için salt sözleşme süresinin uzun olması tek başına yeterli değildir, bundan başka sözleşmenin bu haliyle taraflardan biri için ekonomik özgürlüğün devri anlamına gelmesi, bu tarafın diğerinin keyfine tabi bir duruma sokulması ve bu şekilde sözleşme özgürlüğünün özünü tehlikeye girmesi gerekir. Kanunun hizmet sözleşmesinde işçiye bu tarzda serbest bir fesih hakkı tanınması ise, özel olarak işçinin menfaatleri gözetilerek düşünülmüş, kesin hükümsüzlük gibi herkes tarafından ileri sürülebilecek veya hakim tarafından re'sen nazara alınabilecek bir yaptırım yerine, işçinin iradesine dayalı kullanılabileceği bir hukuki imkan sağlanmıştır. Bu şekilde işçiye kendi kararını kendisi verme şansı tanınmıştır.

Vücut bütünlüğüne yapılabilecek müdahaleler ancak kişinin sağlığının korunması gerekçesi ile kabul edilebilecektir.

MK 24 ise, kişiliği hukuka aykırı saldırılara ve müdahalelere karşı korur. Hukuka aykırılıktan kasıt, kişinin mutlak nitelik taşıyan kişilik haklarının ihlal edilmesidir. Kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı, şeref ve haysiyeti, resmi, sesi, özel hayatının gizliliği, sırları vb. değerler, çerçeve hak niteliğindeki kişilik haklarının kapsamında kabul edilir ve meydana gelebilecek saldırılara karşı korunur.

Diğer taraftan bazı durumlarda, yapılan müdahalenin hukuka aykırılığını kaldırın unsurlar da söz konusu olabilir. Bu durumda müdahale hukuka uygun sayılacaktır. Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığını iddia eden kişi bunları kendisi ispatlamakla yükümlüdür. Hukuka uygunluk sebepleri şöylece sayılabilir: Mağdurun rızası, üstün nitelikte özel yarar, üstün nitelikte kamusal yarar, kanunun verdiği yetki.

Kişilik haklarına hukuka aykırı bir saldırı söz konusu olduğunda saldırının durdurulması için bir dava açılabilir. Bu davanın açılabilir olması saldırının devam ediyor olmasına bağlıdır. Saldırı sona erdiği halde etkisi hala devam ediyorsa, bu durumda saldırıya son verilmesi davası açılmaz, açılacak dava saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır. Yalnız aradan çok zaman geçmiş ve artık herhangi bir etkinin bahsedilemiyorsa bu dava açılmaz. Son olarak saldırı henüz gerçekleşmemiş ve fakat yakın gelecekte ciddi şekilde gerçekleşme tehlikesi bulunuyorsa, bu durumda saldırının önlenmesi davasının açılması gerekecektir. Bu tehlike varlığını sürdürdükçe dava açılabilecektir. Söz konusu dava neticesinde hakim davalıyı saldırı teşkil edebilecek davranıştan kaçınmaya mahkum edecektir. Yalnız bu kararın dengeli ve adil olması şarttır: Hem davacının davayı açmaktaki amacına uygun şekilde hizmet etmeli, hem de davalının özgürlüğünü aşırı şekilde kısıtlayıcı bir nitelikte olmamalıdır.

Bu davaların açılması için kişilik haklarına yönelen saldırının hukuka aykırı olması yeterlidir. Ayrıca saldırıda bulunanın veya bulunma tehlikesi olanın kusurlu bulunmasına gerek yoktur. Bunların yanı sıra, maddi ve manevi tazminat ile gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı menfaat devrinin talep edilmesi de mümkündür.

#### IV. Ehliyet Hükümlerine Dayalı Koruma

Çocuk, ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına göre tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsizlerin tabi olacakları hukuki işlem rejiminden birine tabi olacaktır. Tam ehliyetsizlerin tek başlarına işlem yapabilmesi mümkün değildir. Bunların işlemlerini zorunlu olarak yasal temsilcileri gerçekleştirecektir.

Sınırlı ehliyetsizlerin yapabilecekleri işlemler ise üç farklı kategoride değerlendirilir. İlk kategoride sınırlı ehliyetsizin veya yasal temsilcisinin hiçbir şekilde yapamayacağı yasak işlemler bulunur. (bkz. TMK 449) İkinci kategoride sınırlı eh-

liyetsizin tek başına yasal temsilcisinin rızası aranmaksızın yapabileceği işlemler yer almaktadır. Bu kategoride yer alan işlemler şöyle sıralanabilir: Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması, karşılıksız kazandırma lehdarı olunması, bir başkasının temsilcisi olarak hareket edilmesi, özel kanun normlarıyla ehliyetin genişletildiği haller (bkz. TMK 357/II, 358, 359, 453, 455) Son ve en geniş işlem kategorisi ise, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin rızasını (önceden iznini veya sonradan onayını) alarak yapabildiği işlemler oluşturmaktadır. (Bkz. TMK 342, 448)

Diğer taraftan, özel bir noktaya daha temas edilmesi gerekebilir: Gerek çocuk ile ana-babası arasındaki işlemlerin, gerekse de çocuk ve üçüncü kişiler arasındaki ana-baba lehine olarak yapılan işlemlerin geçerli olabilmesi için, TMK 345 uyarınca işleme bir kayyımın da katılması ve işlemin hakim onayına (aile mahkemesi hakimi) sunulması gerekir. Bunun tek istisnası, yapılan işlemin çocuğa sadece yarar sağladığı, onu borç altına sokmadığı durumlar bakımındandır. İlgili durumlarda kayyımın katılmasına ve hakim onaylamasına ihtiyaç olmaksızın işlem geçerlidir.

## V. Özel Kanunlarda Öngörülen Korumalar

Türk Medeni Kanununun yanı sıra çocuğun özel hukuk eliyle korunmasına ilişkin Çocuk Koruma Kanunu<sup>28</sup> ile Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunda<sup>29</sup> da çocuğun korunmasına ilişkin bazı özel düzenlemeler getirilmiştir.

Çocuk Koruma Kanununun 5. maddesinde çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya ressen çocuk hâkimi tarafından alınabilecek koruyucu ve destekleyici tedbirler ana hatlarıyla düzenlemiştir. Buna göre, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında tedbir alınması mümkündür. Buna göre, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol gösterilmesi (danışmanlık), çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine (eğitim), çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine (bakım), çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya

<sup>28</sup> 15.7.2005 tarihli ve 25876 sayılı Resmi Gazete.

<sup>29</sup> 20.3.2012 tarihli ve 28239 sayılı Resmi Gazete.

sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına (sağlık) ve barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya (barınma) yönelik tedbirlerin alınmasına hakim tarafından karar verilebilir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, Çocuk Koruma Kanunu bu tedbirlerden sadece ana hatlarıyla bahsetmektedir, tedbirlerin kapsamı uygulamaya bırakılmıştır.

Aynı şekilde, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 5. maddesi uyarınca aile içinde çocuğa şiddet uygulayanlarla ilgili olarak hakim, şiddet uygulayanların çocuğa yönelik şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına, müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılmasına, çocuğun yaşadığı konuta veya okuluna yaklaşmamasına, kişisel ilişki kırma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılmasına, sınırlanmasına ya da tümüyle kaldırılmasına karar verebilir. Öte yandan, çocuğun ananın şiddete karşı korunmasına ilişkin hükümlerden de yararlanacağı şüphesizdir.

## SONUÇ

Çocuğun özel hukuk kurallarıyla korunmasında Türk Medeni Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu ve Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hükümleri önem arz etmektedir. Bu düzenlemelerin hepsinde çocuğu korumaya yönelik düzenlemelere yer verilmektedir. Ancak düzenlemeleri bir arada değerlendirdiğimizde, bu düzenlemeler bir bütünlük arz etmemektedir ve eksiktir. Esasen en uygunu özel kanunlar ile getirilen özel hukuk düzenlemelerin olabildiğince Türk Medeni Kanunu'nda yer bulmasıdır.

Öte yandan, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan velayet ve vesayete ilişkin düzenlemelerin de BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ile Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yeniden ele alınması ve özellikle çocuğun kendisini ilgilendiren konularda, ulaştığı olgunluğa göre görüş bildirme veya rıza gösterme hakları ile çocuğun yararının önceliği ilkesinin daha ön plana çıkarılması ve uygulanabilir kurallar olarak Türk hukukunda somutlaştırılması gerekir.

**KAYNAKÇA**

- Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Beta, İstanbul, 2014.
- Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz, İstanbul, 2014.
- Gülçin Elçin Grassinger**, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler, XII Levha, İstanbul, 2009.
- Gülçin Elçin Grassinger**, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I, XII Levha, İstanbul, 2010, s.823-846.
- Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk**, Aile Hukuku Ders Kitabı, Vedat, İstanbul, 2013.
- Ahmet Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, Turhan, Ankara, 2015.
- Brian Milne**, Rights of the Child, Springer, 2015.
- Hayrunnisa Özdemir**, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013/3, s.81-105.
- Bilge Öztan**, Aile Hukuku, Turhan, Ankara, 2015.
- Rona Serozan**, Çocuk Hukuku, Vedat, İstanbul, 2005.
- Rona Serozan**, “Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, Beta, İstanbul, 2003, s. 499-516.



# Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları

(The Conditions Of Assignment Of The Registered Securities Of  
Limited Liability Company)



Yrd. Doç. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT\*

## ÖZET

Kuruluşundaki esneklik sebebiyle, limited şirketler Türkiye’de en sık kullanılan şirket türüdür. Sermaye şirketi özelliği, limited şirketin en önemli özelliklerinden biridir. Şirket ortaklarının şirkete olan yakın bağlılığı diğer önemli özelliğidir. Limited şirkette bulunan kişi unsuru, sermaye payının devrine yönelik pek çok şartı da beraberinde getirmektedir. TTK m. 593/2’ye göre, limited şirkette pay senetleri ancak ispat niteliğinde veya nama yazılı bir senede bağlı olarak çıkarılabilir. Genel kural olarak, aksine bir düzenlemenin bulunmaması halinde, nama yazılı senede bağlanmış sermaye payı genel kurul onayı olmaksızın devredilemez. Bu çalışmada, limited şirkette nama yazılı senede bağlanmış sermaye payının devir şartları, İsviçre ve Alman Hukuku ile karşılaştırılmalı olarak ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** *Limited şirket, nama yazılı pay senedi, limited şirkette nama yazılı pay senedi devir şartları*

## SUMMARY

The limited liability company, is by far the most used form in Turkey, because of the flexibility structured. Capital company qualification is the most important qualification of the limited liability company. The closely attaching the partners to the company is the other important qualification. The fact that the personal nature of the limited liability company, the assignment of the company contribution depends on fully requirements. Pursuant to Art. 593 para. 2 of the Turkish Commercial Law, a certificate evidencing a company contribution many only constitute an evidentiary document or a registered security. And as a general rule, registered securities of the company are not transferable except with the approval of the general meeting of the partners. In this study, the conditions of the assignment of the registered securities of the company are considered comparatively with Swiss and German Law.

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,

**Keywords:** *Limited liability company, registered security of company contribution, the condions of assignment of registered securities of the limited liability company*

## I. GİRİŞ

Limited şirketler ticari hayatta en sık karşılaşılan şirket türüdür. Uygulamada limited şirket genellikle birbirini tanıyan ve aralarında güven ilişkisinin mevcut olduğunu düşündüğümüz iki ortağın bir araya gelmesi ile kurulmakta, böylelikle ortaklığın sermaye şirketi yönünden çok, kişi (ortak) unsuru ön plana çıkmaktadır. Bu önemli husus nazara alınarak eTK'da limited şirketin ortaklık payının devri, anonim ortaklık payının devrine göre oldukça zorlaştırılmış idi.

6102 sayılı TTK'nun limited şirkete ilişkin madde gerekçeleri incelendiğinde, limited şirketin sermaye şirketlerine yaklaştırılmak istendiği vurgulanmakta ve özellikle payın devrinin kolaylaştırılmasına yönelik düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

Limited şirkette esas sermaye payının iradi devrine ilişkin TTK m. 595 hükmü, eTK'nun 520. maddesine benzer bir düzenleme getirmekle birlikte, hüküm esasen birçok konuda eski düzenlemeden farklı yönler içermektedir<sup>1</sup>.

Normatif açıdan bu farklılıklar incelendiğinde eski düzenlemede olduğu gibi, yeni düzenlemede de devir sözleşmesi yazılı şekle bağlanmakta ve imzaların noterce onanması şartını aynen korunmaktadır. Bununla birlikte devir sözleşmesinde ayrıca, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş ise, bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşulların da yer alacağı belirtilmektedir (TTK m. 595 / 1).

Eski düzenlemede, payın devredilebilmesi genel kurulun onayına bağlanmış idi (eTK m. 520/1). Yeni düzenlemede ise payın devri genel kurulun onayı bağlı olmakla birlikte ana sözleşmede bunun aksinin düzenlenmesine imkân tanınmaktadır (TTK m. 595/2). Şirket ana sözleşmesinde, genel kurulun onay verme yetkisi kaldırılmamış ise, genel kurul devre herhangi bir sebep göstermeksizin onay vermekten kaçınabilir (TTK m. 595/3). Şirket ana sözleşmesi ile devrin yasaklanması veya genel kurulun onay vermeyi reddetmesi halinde, ortağın haklı sebeple şirketten çıkma hakkı saklı kalmaktadır (TTK m. 595 / 5).

Şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülükleri öngörüldüğü takdirde, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat veril-

<sup>1</sup> Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 439 vd.

memişse, genel kurul şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile, onayı reddedebilecektir (TTK m. 595 / 6).

Son olarak başvurudan itibaren üç ay içinde genel kurul reddetmediği takdirde onayı vermiş sayılacaktır (TTK m. 595/7)<sup>2</sup>.

eTK'na göre, limited şirkette pay senedi çıkarılabilmekte ancak bu senet kıymetli evrak vasfında olmayıp, sadece ispat vazifesi görmektedir (eTK m. 518/2). 6102 sayılı TTK'na göre ise, ispat vazifesi taşıyan bir senet yanında, önemli bir yenilik olarak nama yazılı senede bağlanmış sermaye payının çıkarılmasına da imkân tanımaktadır<sup>3</sup> (TTK m. 593/2). Limited şirkette nama yazılı senede bağlanmış pay, ispat ve payın devrinde birtakım kolaylıklar sağlayabilir. Nama yazılı senede bağlanmış payın devri, TTK m. 595 hükmünde yer alan şartlara tabidir<sup>4</sup>.

Çalışmamızda limited şirkette nama yazılı senede bağlanmış sermaye payının kıymetli evrak niteliği taşıyıp taşımadığı, nama yazılı senede bağlı payın devrine ilişkin şartlar, eski ve yeni düzenlemeler arasındaki farklılıklar, mehz İsvBK ile karşılaştırılarak ele alınacaktır. Çalışmamızın devamında limited şirkette nama yazılı senede bağlanmış sermaye payını kanuni şekil şartlarına uygun olarak devralan kişinin şirkete yapacağı bildirim özelliği, bildirim gerçekleştirdikten sonra hangi hallerde şirketin devri zimni olarak kabul etmiş sayılacağı, payı devralan kişinin mahkemeye başvurarak devir işleminin ortaklığın pay defterine hükmen kaydını ve tescilini talep edip edemeyeceği üzerinde durulacaktır.

## II. LİMİTED ŞİRKETTE NAMA YAZILI SENEDE BAĞLANMIŞ ESAS SERMAYE PAYI

### 1. Esas Sermaye Payı Kavramı

Çalışmamızda da, nama yazılı senede bağlanmış sermaye payının devri incelenecek olduğundan, öncelikle esas sermaye payı kavramı üzerinde durulması gerektiğini düşünmekteyiz.

<sup>2</sup> Hükümün bir diğer önemli yönü payın iradi devrine ilişkin hükümün, esas sermaye payı üzerinde intifa ve rehin hakkının kurulmasında da uygulanıyor olmasıdır (TTK m. 600). Esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı kurulmasında, payın devrine ilişkin hükümler doğrudan uygulanmaktadır (TTK m. 600/I). Pay üzerinde rehin hakkının kurulmasında ise, şirket ana sözleşmede rehin hakkının kurulması genel kurulun onayına bağlanması halinde, payın devrine ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır (TTK m. 600/II).

<sup>3</sup> bkz. Gerekeçe m. 593.

<sup>4</sup> bkz. Gerekeçe m. 593.

Limited şirkete ilişkin TTK m. 585 vd. hükümleri incelendiğinde, eTK'da benimsendiği gibi ve anonim ortaklığa benzer şekilde, “pay sahipliği” kavramı yerine “esas sermaye payı” kavramının tercih edildiğini görmekteyiz<sup>5</sup>.

Limited şirket, esas sermayesi belli olan ve bu esas sermayenin, sermaye paylarının toplamından oluşan şirket olarak tanımlanmaktadır (TTK m. 573/1). Şirket sözleşmesine esas sermayenin itibarî tutarı, esas sermaye paylarının sayısı, itibarî değerleri, varsa imtiyazlar ve esas sermaye paylarının gruplarının yazılması gereklidir (TTK 576/1c).

Esas sermaye paylarının itibari değeri yirmibeş Türk Lirası veya katları olarak belirlenmelidir (TTK 583/1 ve 2). Ancak şirketin durumunun düzeltilmesi amacıyla bu değer altına inilebilir (TTK 582/1). Esas sermaye paylarının itibari değerleri, birbirinden farklı olabilir (TTK 583/2). Limited şirket ortakları birden fazla esas sermaye payına sahip olabilir (TTK m. 583/3). Böylelikle eTK'daki “tek ortak, tek pay” ve payın devri için bölünmesinin gerekli olması ilkeleri terk edilmiştir<sup>6</sup>.

Doktrinde farklı tanımlar olmakla birlikte, limited şirkette esas sermaye payı, ortağın şirketin esas sermayesine katılımının asgari miktarını gösteren nakdi değer olarak tanımlanabilir<sup>7</sup>.

## 2. Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payı

Limited şirkette sermaye payı, ispat belgesi niteliğindeki bir senede bağlanabileceği gibi, nama yazılı senet olarak da düzenlenebilir (TTK m. 593/2; eTK m. 508/1)<sup>8</sup>. Belli bir kişinin adına yazılı olup da onun emrine kaydını içermeyen ve ka-

<sup>5</sup> Anonim şirket ile limited şirket arasındaki en belirgin fark, her iki şirkette sermaye kısımlara ayrılır, ortaklar bu bölünmüş sermayeye sermaye taahhütleri gereğince iştirak ederler. Anonim şirkette bu kısma sadece pay, limited şirkette ise sermaye payı adı verilir. Limited şirkette bu sermaye payı, eTK'na göre devir için bölme ve mirasın taksimi dışında bölünmez bir bütün teşkil eder ve ortaklık mevkiî sermaye payına sahip şahıslara göre belirlenir. bkz. *Arslanlı*, H. ; Limited Şirketler Hukukuna Genel Bakış, BATİDER, Haziran 1962, C. I, s. 445; Doğanay, İ.: Limited Şirkette Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesinin Koşulları Nedir?, BATİDER, Aralık 1975, C. VIII, S. 2, s. 88.

<sup>6</sup> *Yıldız*, Ş.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007, s. 80 ve 81; *Demirkapı*, E. : Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008, s. 24 vd.; *Tekinalp / Çamoğlu*: Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2011, s. 277; *Durgut*, R.: Limited Şirkette Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması, TBB Dergisi 2013 (108), s. 125.

<sup>7</sup> *Pulaşlı*, H.: 6102 Sayılı Türk ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi (Şerh), Ankara 2011, C.II, s. 2006

<sup>8</sup> Bu husus OR Art. 784 Abs. 1'de “Wird über Stammanteile eine Urkunde ausgestellt, so kann diese nur als Beweisurkunde oder *Namenpapier* errichtet werden” olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda hamiline yazılı senet çıkarılması geçerli olmayacaktır. bkz. *Siffert / Pascal Fischer / Petrin*, GmbH-Recht

nunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evrak nama yazılı senet olarak tanımlanmaktadır (TTK m. 654).

Nama yazılı kıymetli evrakın devri yazılı devir beyanına (alacağın temliki) bağlıdır. Bu beyan senet üzerine yazılabileceği gibi ayrı bir kâğıda da yazılabilir (TTK m. 647/2). Ancak limited şirkette nama yazılı sermaye payının devir şartları bakımından TTK m. 595 uygulanacaktır<sup>9</sup>.

### 3. Nama Yazılı Esas Sermaye Payının Kıymetli Evrak Olup Olmadığı Sorunu

Limited şirkette sermayenin, anonim ortaklıkta olduğu gibi gerçek anlamda paylara bölünmüş olmadığı, esas sermayenin sadece hesaben bölündüğü, bu hesabi bölünmenin amacının, payın verdiği oy hakkının hesaplanmasında, temettünün belirlenmesinde, ek ödeme ve yan yükümlülüklerin uygulanmasında kolaylık sağlamak olduğu belirtilmektedir<sup>10</sup>. Bu bağlamda, nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak vasfına sahip olmadığı savunulmaktadır<sup>11</sup>.

Anonim şirketten farklı olarak limited şirkette, payın esaslı unsuru “ortak” sıfatıdır ve pay ortağı temsil etmektedir<sup>12</sup>. Anonim şirkette ise, öncelikle pay kavramı vardır ve kişiler pay üstlenerek ortak sıfatını kazanırlar. Böylelikle ortak sıfatı paydan kaynaklanır. Bu nedenle anonim şirketlerde pay sahipliği söz konusu olurken, limited şirketlerde ise ortak sıfatı ön plana çıkar.

Kanaatimizce, limited şirkette sermaye hesaben de olsa bölünmüştür. Bu noktada nama yazılı senede bağlanmış sermaye payının çıkarılmasına ve devrin kolaylaştırılmasına yönelik hükümler birlikte değerlendirilmelidir. Özellikle esas sözleşmeyle genel kurul onayının kaldırıldığı durumlarda, limited şirkette nama yazılı senede bağlanmış sermaye payı yazılı devir sözleşmesi ile tedavül edebilir Bu durum limited şirkette sermaye payının bir anlamda anonimleşmesi sonucunu doğurur<sup>13</sup>. Bu çerçe-

Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), 2008, Art. 784 Rn. 4.

<sup>9</sup> bkz. Gerekçe m. 593.

<sup>10</sup> Gerekçe m. 593.

<sup>11</sup> Ülgen / Helvacı / (Kendigelien / Kaya): Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015, s. 23; Öztan, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2013, s. 34; Pulaşlı, H.: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (Kıymetli Evrak), Ankara 2012, s. 9; Bilgili / Demirkapı: Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s.720.

<sup>12</sup> Demirkapı, s. 22 vd.

<sup>13</sup> Demirkapı, s. 23.

vede, kanaatimizce nama yazılı senede bağlanmış sermaye payı kıymetli evrak vasfına sahiptir<sup>14</sup>.

Dolayısıyla nama yazılı senede bağlanmış sermaye payının devri, yazılı devir sözleşmesiyle (alacağın temliki) gerçekleşir. Kanaatimizce sermaye payının nama yazılı senede bağlı olması, esas sözleşmeyle genel kurul onayının kaldırıldığı durumda anlam ifade edecektir. Esas sözleşmeyle genel kurul onayının kaldırılmadığı durumda, nama yazılı senede bağlı sermaye payının sadece yazılı olarak devredilmesi ve imzaların noterce onaylanması bir anlam taşımayacak, devir ayrıca genel kurulun onayına tabi olacaktır. Ancak bu durumda da şirket, nama yazılı senedin ibrazını talep edebilecektir<sup>15</sup>.

Esas sözleşmeyle, genel kurul onayının kaldırıldığı ihtimalde ise, senedin varlığı ortak sıfatının tespiti açısından önemli hale gelecektir. Ortak sıfatının ispatı, ancak senedin ibrazıyla gerçekleşecektir<sup>16</sup>.

### III. NAMA YAZILI SENEDE BAĞLANMIŞ ESAS SERMAYE PAYININ DEVRİNE İLİŞKİN ŞARTLAR

#### 1) Şirket Sözleşmesinde Devir Yasasının Bulunmaması

Kural olarak limited şirkette ortaklar, esas sermaye paylarının serbestçe devredebilirler<sup>17</sup> ve pay mirasçılara intikal eder (TTK m. 593/1)<sup>18</sup>. Ancak şirket sözleşmesiyle esas sermaye payının devri yasaklanabilir (TTK m. 595 / 4; OR Art. 786/2-4). Söz konusu düzenleme limited şirketin temelde bir sermaye şirketi olarak kabul edilmesi yanında, şahıs şirketi olma niteliğinin bir sonucudur<sup>19</sup>. Böylelikle esas sermaye

<sup>14</sup> Aynı yönde görüş için bkz *Tekinap*, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Yeni Hukuk), İstanbul 2013, s. 480 ve 481; *Tekinap*, Ü.: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları (Esaslar), İstanbul 2011, s. 370 N. 20-21; *Poroy / Tekinap*: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, İstanbul 2013, s. 5. Hatta Alman Hukukunda, limited ortaklıkta, neredeyse hiç uygulanmasa bile, sermaye payının hisse senedine bağlanması da yasal olarak mümkündür. *Müller*, J. K.: A Guide to the German Limited Liability Company, München 2009, s. 115

<sup>15</sup> *Demirkapı*, s. 42 ve 43.

<sup>16</sup> *Demirkapı*, s. 42 ve 43.

<sup>17</sup> Payın serbestçe devredilebileceği kuralını bertaraf eden bir düzenlemenin olmaması durumunda, ne şirketin ne de ortakların onayına ihtiyaç vardır. *Müller*, s. 115.

<sup>18</sup> Bu husus TTK m. 593/1'de limited şirkette esas sermaye payının sadece 2. fıkrada belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde serbestçe devredilebileceği ve mirasa konu olabileceği şeklinde düzenlenmektedir. Oysa sermaye payının serbestçe devredilebileceği ve mirasa konu olabileceği GmbHG Art. 15 Abs. 1'de ve OR Art. 789 Abs. 2'de. "Die Geschäftsanteile sind veräußerlich und vererblich" olarak hiçbir şarta bağlanmaksızın açıkça ifade edilmektedir. Ayrıca bkz. *Baumbach / Hueck*: GmbHG, 20. Auflage,, 2013, Art. 15 Rn. 2.

<sup>19</sup> "Limited şirket ortaklarını koruma" gayesi de hükmün gerekçesi olarak düşünülebilir. Şirket ortaklarını koruma amacıyla şirket sermaye payının devrinin yasaklanması ancak limited şirket yapısının

payının devri ve intikali zorlaştırılarak, sermaye payının ticaret konusu olmasının önlenmesi amaçlanmaktadır.

Devir yasağına veya devrin yasada öngörülenden daha da ağırlaştırılmasına ilişkin düzenlemeler, genellikle kuruluşta kuruluş ana sözleşmesinde yer alır<sup>20</sup>.

Daha sonra payın devrinin yasaklanması önemli karar niteliğindedir. Bu durumda, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bulunması gerekir (TTK m. 621/1c) . Esas sözleşmede yer alan devir yasağına veya devrin yasada öngörülenden daha da ağırlaştırılmasına ilişkin düzenlemeler<sup>21</sup>, ortaklar yararına sözleşmesel müktesep hak oluşturur<sup>22</sup>. Dolayısıyla nama yazılı senede bağlı esas sermaye payının devri bakımından da, bu yönde devir yasağının bulunmaması şarttır.

Devir yasağına ilişkin, eski düzenlemede ortağın koymayı taahhüt ettiği sermayenin ayın olması halinde, ortaklık payını şirketin kurulmasından itibaren üç yıl geçmedikçe devredemeyeceği öngörülmekte idi. (eTK m. 520/3). Söz konusu düzenleme 6102 sayılı TTK'nda yer almamaktadır. Dolayısıyla ayın karşılığı çıkarılan sermaye payının devri, şirket sözleşmesinde aksine bir düzenlemenin yer almasıyla, serbestçe devredilebilir.

## 2) Yazılı Devir Sözleşmesi ve İmzaların Noter Tarafından Onaylanması

### A) Yazılı Devir Sözleşmesi

Nama yazılı kıymetli evrakın devri yazılı devir beyanına (alacağın temlikine) bağlıdır. Bu temlik beyanı senet üzerine yazılabileceği gibi ayrı bir kâğıda da yazılabilir (TTK m. 647/2). Limited şirkette ise, nama yazılı senede bağlanmış esas sermaye payının devrini veya devir borcunu doğuran işlemlerin, yazılı olması ve tarafların imzalarının noter tarafından onanması şarttır (TTK m. 595/1)<sup>23</sup>.

“haklı sebeple çıkma hakkı” sağladığı halde uygun bulunabilir. İstisnai durumlarda, limited şirketin ihtiyaçları ortaklar arasındaki yakınlığı sağlayabilir. *Gnos / Vischer / Caleff: Swiss Law on Limited Liability Companies, Schulthess 2010, s. 28.*

<sup>20</sup> *Pulaşlı, (Şerh), s. 2033; Pulaşlı., H. : Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Genel Esaslar), Ankara 2013, s. 723.*

<sup>21</sup> Şirket ana sözleşmesi ile farklı şekillerde devir ağırlaştırılabilir. Şirket ana sözleşmesiyle sermaye payının ancak belli niteliklere sahip kişilere (örn. bir aileye mensup kişilere, belli mesleki niteliklere sahip kişilere) intikalini öngörebilir. Bunun gibi devrin rüçhan hakkına sahip ortaklara devredilmesi halinde geçerli olabileceği düzenlenebilir. *Meister / Heidenhain / Rosengarten: The German Limited Liability Company, München 2010, s. 33 Rn.. 13; Müller, s. 115.*

<sup>22</sup> *Pulaşlı, (Şerh), s. 2033. Pulaşlı., (Genel Esaslar), s. 723.*

<sup>23</sup> Daha önceki düzenlemede, payın devri veya devir vaadi hakkındaki sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmadıkça ve imzaların noterce tasdik edilmiş olmadıkça, taraflar arasında dahi hüküm ifade etmeyeceğini öngörmekteydi (eTK m. 620 / 5). İsvBK'da esas sermaye payının devrine ilişkin sözleşmenin yazılı

Sermaye payının devri kural olarak bir borçlandırıcı işlem veya borçlandırıcı işlemin yapılmasını amaçlayan “ön sözleşme veya sözleşme yapma vaadine” dayanır<sup>24</sup>. Payın devri bu borçlandırıcı işlemin ifası niteliğindeki, tasarruf işlemidir. Kural olarak her iki işlem birlikte yapılır. Ancak borçlandırıcı işlemin ifasının bir başka tarihe ertelendiği gibi durumlarda, her iki işlem ayrı ayrı yapılmak istenebilir<sup>25</sup>. Payın devrine ilişkin tasarruf işleminin yazılı şekilde yapılması zorunludur, bu işlemin kurucu unsurdur<sup>26</sup>. Borçlandırıcı işlem ise yazılı ve imzaların noterce onaylandığı, esas sermaye payının devrine ilişkin sözleşmedir<sup>27</sup>.

Devir sözleşmesinde devre konu payın tam olarak belirlenmiş olması ve devir iradesinin bulunması şarttır<sup>28</sup>. Devir iradesi açık ve kesin olmalıdır. Ayrıca devralanın kimliği ve alacağı temlikinin konusu yeterli derecede belirli olmalıdır<sup>29</sup>. Bu unsurlar devir sözleşmesinin esaslı unsurlarıdır ve bulunmaması işlemin oluşmaması sonucunu doğurur<sup>30</sup>.

Bu iki unsur dışında devir sözleşmesi ek ödeme ve yan ödeme yükümlülüklerini, rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak şekilde genişletilmiş ise bu hususu, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım, hakları ve cezai şartta ait koşulları içermelidir<sup>31</sup> (TTK m. 595/1; OR Art. 785 / 2). Ancak bu hükme aykırılık, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır<sup>32</sup>. Doktrinde gerekçe yer alan

---

olması ve ticaret siciline tescil edilmesini yeterli saymakta, imzaların noter tarafından tasdik edilme şartını aramamaktadır (OR Art. 785 Abs. 1). Diğer taraftan Alman Hukukunda, Türk Hukukunda olduğu gibi sözleşmenin noter tarafından düzenlenmesi şartı aranmaktadır (GmbHG Art. 15 Abs. 3). Alman Hukukunda bu belgenin sadece HGB Art. 398 anlamında alacağı temlik eden bir belge olmasının yeterli olmadığı, noter tarafından re'sen düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır. bkz. *Baumbach / Hueck*, Art. 15 Rn. 22.

<sup>24</sup> *Pulaşlı*, (Şerh), s. 2034.

<sup>25</sup> *Çağa*, B: Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri, BATİDER, Haziran 1974, S. 3, C. VII, s. 594.

<sup>26</sup> *Pulaşlı*, (Şerh), s. 2034.

<sup>27</sup> *Pulaşlı*, (Şerh), s. 2034.

<sup>28</sup> *Demirkapı*, s. 216. İsviçre Hukukunda devir sözleşmesinde ayrıca sermaye payına ilişkin senedin niteliklerin, şirket adının, şirket ortaklarının adlarının, gerekli olduğu takdirde kimlik tespitine ilişkin bilgilerin, şirket esas sermayesine ilişkin bilgilerin, sermaye payının itibari değerini, tarihin, en azından şirketi tek imza ile temsil yetkili şirket ortaklarından birinin imzasının veya çifte imza ile temsil yetkisi söz konusu ise, yetkili iki şirket ortağının imzalarının bulunması gerektiği ifade edilmektedir. bkz. *Siffert / Pascal Fischer / Petrin*, Art. 784 Rn. 5.

<sup>29</sup> *Baumbach / Hueck*, Art. 15 Rn. 22.

<sup>30</sup> *Demirkapı*, s. 216.

<sup>31</sup> İsviçre Hukukunda devir sözleşmesinin ana sözleşmede yer alan hak ve borçları içermesi gerektiği ifade edilmektedir. bkz. *Siffert / Pascal Fischer / Petrin*, Art. 784 Rn. 7.

<sup>32</sup> Gerekçe, m. 595, s. 219. OR Art. 785 Abs. 2'deki düzenleme “In den Abtretungsvertrag müssen dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten aufgenommen werden wie in die Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile.” olarak yer almaktadır. Hüküm Türkçeye : “Devir sözleşmesi,



“korunmak istenen menfaat” ve İsvBK’deki hükmün emredici olduğu nazara alındığında, bu sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı savunulmaktadır<sup>33</sup>. Kanaatimizce, hükmün lafzından ve gerekçedeki açıklamalardan hükmün emredici olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla devir sözleşmesi, TTK m. 595/1’de yer alan bilgileri içermese dahi geçerli olacak; ancak devredenin devralanı esas sözleşmede yer alan yükümlülükler hakkında hiç, gereği gibi veya yanlış bilgilendirdiği durumlarda, devralanın zarara uğraması halinde devredenin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Hükmün gerekçesinde “devir veya devir borcunu doğuran işlem” terimlerinin kullanılarak, “devir vaadi<sup>34</sup>”, “ön sözleşme”, “borçlanma işlemi” gibi terimlerin yaratıldığı tartışma ortamına son verilmek istendiği belirtilmektedir<sup>35</sup>. Hatta devir borcunu doğuran işlemin bir sözleşme veya taahhütname gibi tek taraflı bir işlem olabileceği, bu işlemin de aynı şekilde tabi olacağı, bu nedenle geniş kapsamlı “işlem” ifadesinin tercih edildiği ancak devrin her zaman bir sözleşme şeklinde yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>36</sup>.

## B) İmzaların Noter Tarafından Onaylanması

### a) İmzaların Noter Tarafından Onaylanmasının Geçerlilik Şartı Olduğu Görüşü

Devir sözleşmesi için öngörülen yazılı şekil ve imzaların noterce tasdik edilmesine ilişkin şartların, geçerlilik şartı olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Tartışmasız olarak kabul edilen husus, yazılı devir sözleşmesinin geçerlilik şartı olduğudur<sup>37</sup>. Tartışmalı olan husus ise, noter tarafından imzaların onanmasının bir geçerlilik şartı olup olmadığına yöneliktir<sup>38</sup>.

---

sermaye pay taahhüdüne ilişkin senette olduğu gibi, esas sözleşmede yer alan haklar ve borçlarla ilgili bilgileri içermelidir.” olarak çevrilebilir.

<sup>33</sup> bkz. *Demirkapı*, s. 218; maddede yer alan unsurların sözleşmede bulunmaması halinde sözleşmenin geçersiz olacağı yönünde bkz. *Yıldız*, s. 161.

<sup>34</sup> Devir vaadi sözleşmesinin, devir sözleşmesi gibi yazılı şekle tabi olduğu yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 30.06.2014, E. 2014/3828, K. 2014/12475 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr. Erişim Tarihi: 18.02.2016).

<sup>35</sup> Gerekçe, m. 595, s. 219.

<sup>36</sup> Gerekçe, m. 595, s. 219.

<sup>37</sup> *Pulaşlı*, (Şerh), s. 2037; *Durgut*, s. 131. Limited şirkette ortaklık payının devrini konu alan tüm anlaşmalar yazılı şekilde yapılmalıdır. Bu bağlamda, üçüncü şahıs lehine yapılan bir sözleşme ile ortaklık payı devrediliyorsa, bu sözleşmede yazılı şekilde yapılmalıdır. bkz. *Doğanay*, s. 90.

<sup>38</sup> Alman Hukukunda, pay devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, devir alan ve devredenin katılacağı devir sözleşmesi yanında, devir sözleşmesinin noter tarafından kayda alınması şarttır. 2008 yılında GmbHG gerçekleştirilen revizyon çalışmalarında (MoMIG), noter tarafından düzenlenen devir bel-

Ağırlıklı olan görüş hem yazılı şekil şartının hem de imzaların noter tarafından onayının geçerlilik şartı olduğu yönündedir<sup>39</sup>.

### b) İmzaların Noter Tarafından Onaylanmasının İspat Şartı Olduğu Görüşü

Diğer taraftan imzaların noter tarafından onaylanması şartının ispat şartı olduğu da ileri sürülmektedir<sup>40</sup>. Bu fıkri savunanlar gerekçede yazılı şekil ve noter tarafından imzaların onanmasının “ispat” ve “hukuk güvenliğinin sağlanması” bakımından gerekli olduğu ifade edildiğini; eTK m. 520 /5’de yer alan “payın devri ve devir vaadi hakkındaki mukavele yazılı şekilde olmadıkça ilgililer arasında dahi, hüküm ifade etmez” hükmüne, TTK’da yer verilmemiş olması karşısında noter onayının bir geçerlilik şartı olmadığı sonucuna varmanın mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>41</sup>.

Dolayısıyla imzaların noter tarafından onaylanmamış olmasına karşın, yazılı devir sözleşmesinin itiraz edilmeksizin genel kurul tarafından onaylanması halinde, pay devrinin geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>42</sup>.

### c) Kanaatimiz

Yukarıda verilen örnekten yola çıkarak, esas sözleşme ile genel kurul onayının kaldırıldığını, noter tarafından imzaların onaylanmadığını ve nama yazılı pay senedinin sadece yazılı devir sözleşmesi ile devredildiğini farz edelim. Bu durumda, nama yazılı pay senedi ve buna bağlı haklar devralana intikal etmiş midir?

Noter onayının geçerlilik şartı olarak kabul edildiğinde dahi, kural olarak, kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz (BK m. 12/2). Ancak kanun tarafından öngörülen şekle uyulmadan akdedilen sözleşmeden doğan borçlar ifa edildikten sonra, geçersizlik iddiasında bulunulması veya devreden tarafın şekle uyulmamasını sağladıktan sonra geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurur<sup>43</sup>.

---

gesinin gerekliliği tartışılarak, buna yönelik düzenlemenin kaldırılmasına karar verilmiş ancak devrin noter tarafından kayda alınması sistemi korunmuştur. Müller, s. 116 ve 117.

<sup>39</sup> Tekinalp, Ü.: (Yeni Hukuk), s. 483; Tekinalp, (Esaslar) s. 372, N. 21-17.

<sup>40</sup> Gerekçe, m. 595, s. 219.

<sup>41</sup> Pulaşlı, (Şerh), s. 2037.

<sup>42</sup> Pulaşlı, (Şerh), s. 2037.

<sup>43</sup> Oğuzman / Barlas; Medeni Hukuk, İstanbul 2003, s. 172 ve 173.

Diğer taraftan gerekçede noter tarafından imzaların onanmasının “ispat” ve “hukuk güvenliğinin sağlanması” bakımından gerekli olduğu ifade edilmektedir. Nitekim İsvBK’da 2001 yılında gerçekleştirilen revizyonla<sup>44</sup> aynı gerekçelerle noter onayı kaldırılmıştır.

Bu ihtimalde kanaatimizce nama yazılı senede bağlı sermaye payı, nama yazılı kıymetli evrakın devir usulüne uygun olarak sadece yazılı devir beyanı ve teslimle tedavül etmiştir<sup>45</sup>. Noter onayı olmaksızın sadece yazılı devir sözleşmesi ile devri gerçekleştiren devreden ortağın, daha sonra şekle aykırılığı ileri sürmesi, noter onayının geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi halinde dahi MK 2’ye aykırılık oluşturacaktır. Bu durumda ortak sıfatı, nama yazılı senetlere mahsus çift taraflı ibraz kaydı<sup>46</sup> nedeniyle ancak senedin ibrazıyla gerçekleşecektir<sup>47</sup>. Şirket de ortak sıfatının tespiti bakımından senedin ibrazını talep etmek zorundadır<sup>48</sup>. Nama yazılı senede bağlı payın devri alacağın temlikî hükümlerine tabi olduğundan, temel ilişkiden soyutluğu da söz konusu olmayacaktır<sup>49</sup>.

### 3) Şirket Sözleşmesi ile Genel Kurul Onayının Kaldırılmaması Halinde Devrin Şirkete Bildirimi

TTK’da pay devrinin, şirkete “*bildirilmesinin*” zorunlu olup olmadığına ilişkin bir açık bir düzenleme yer almamaktadır<sup>50</sup>. Kural olarak şirket sözleşmesinde aksine bir düzenleme bulunmamakta ise, pay devrinin gerçekleşebilmesi için şirket genel

<sup>44</sup> Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien Genossenschafts – Handelsregister – und Firmenrecht), vom 19 Dezember 2001, s. 3184, 3185.

<sup>45</sup> İsviçre Hukukunda, limited şirketin sadece ispat edici belge değil, nama yazılı pay senedi de çıkarılabileceği, ancak bu durumda bu senedin ek olarak nama yazılı senede uygun kıymetli evrak kaydını taşıması gerektiği, bu kıymetli evrak kaydının doğal sonucu olarak kıymetli evrakın sadece alacağın temlikî ve fizikî olarak senedin teslimi ile devredeceği ifade edilmektedir. *Siffert / Pascal Fischer / Petrin*, Art. 784 Rn. 6.

<sup>46</sup> *Poroy / Tekinalp*: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2010, s. 64 ve 65.

<sup>47</sup> *Demirkapı*, s. 42.

<sup>48</sup> *Demirkapı*, s. 43.

<sup>49</sup> Aynı görüş için bkz. *von Steiger, W.*: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd., V: Obligationenrecht, Teil 6, Zürich 1965, s. 281 Rn. 10. eTK uygulamasında pay devir sözleşmesinin temel ilişkiden soyut olduğu, bu nedenle devir sözleşmesinin şekline ilişkin defiler dışında, taraflar arasındaki ilişkideki bir eksikliklerin ileri sürülemeyeceği ifade edilmekteydi. Bu konuda bkz. *Poroy / Tekinalp / Çamoğlu*: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009, s. 919 N. 1664d; *Yanlı, V.*: Limited Şirketlerde Payın Şirket Tarafından Edinilmesinde Şekil, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 678.

<sup>50</sup> eTK m. 620 /1’de açıkça “bir payın devri, şirket hakkında ancak şirkete *bildirilmek* ve pay defterine kaydedilmek şartıyla hüküm ifade eder.” düzenlemesi yer almaktaydı.

kurulunun devre onay vermesi gerekmektedir. Bu onaya kadar devri işlemi askıda kalacaktır<sup>51</sup>.

Şirkete yapılacak “başvurudan” itibaren üç ay içinde genel kurul devri reddetmezse, şirketin devri zimnen kabul ettiği sonucuna varılmaktadır (TTK m. 595 / 7). Söz konusu bentte bildirim yerine başvuru terimi kullanılmakla birlikte, amacın payın devrine ilişkin şirketi bilgilendirmenin olduğu açıktır.

Diğer taraftan ortaklar genel kurulunun toplanabilmesi için de, pay devrinin şirkete bildirilmiş olması şarttır. Genel kurulun devre onay vermesi halinde, devir işlemi geçerli hale gelecek; vermemesi halinde ise devreden ortağın diğer koşullarla birlikte değerlendirildiğinde şirketten çıkma hakkı doğacaktır (TTK m. 595 / 5).

Dolayısıyla, ana sözleşme ile genel kurul onayının kaldırılmadığı durumda, devrin şirkete bildirimini zorunlu olduğu sonucuna varmak gerekir.

Dolayısıyla devrin bildirilmesinde devralan ortağın ortaklıktan doğan haklarını kullanabilmesi için gerekli olan genel kurul onayına muhtaç olması sebebiyle devralanın; şirketten çıkma hakkının doğabilmesi için devreden menfaati bulunmaktadır<sup>52</sup>.

Bildirim kim tarafından yapılması gerektiğine yönelik bir düzenleme hükmünde bulunmamaktadır<sup>53</sup>. Yukarıda ifade edildiği gibi, şirkete payın devrinin bildirilmesinde hem devreden hem de devralanın menfaati bulunmaktadır. Bu nedenle bildirim devreden veya devralan ayrı ayrı yapabileceği gibi, birlikte yapılması da mümkündür. Ancak üçüncü kişinin devri şirket bildirmesi veya herhangi bir şekilde şirketin devri öğrenmiş olması yeterli görülmemektedir<sup>54</sup>.

İsviçre ve Türk hukuku bakımından bildirim, irade beyanı niteliğindedir. Bu nedenle sakatlıklar ileri sürülebilir<sup>55</sup>. Ancak bildirim kurucu nitelikte değildir. Bu nedenle bildirimle, pay devrinin gerçekleştiği ileri sürülemez.

<sup>51</sup> Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, s. 916 N. 1663.

<sup>52</sup> Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, s. 916 N. 1662.

<sup>53</sup> eTK’nda da, bildirim kim tarafından yapılması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu nedenle doktrinde tartışma söz konusuydu. Bir kısım yazar bildirim devreden veya devralanın ayrı ayrı ya da birlikte yapabileceklerini belirtmektedir. bkz. Arslanlı / Domaniç, s. 239; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, s. 916, N. 1662; Çağa, s. 596; Doğanay, s. 91. Doktrinde ÖZ tarafından savunulan görüşe göre ise, bildirim ortada alacaklının katılmasına gerek olmadan ifa edilebilen bir borç söz konusu olduğu için devreden ortak tarafından yapılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, T. : Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri, İÜHF, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan, C. 52, S. 1-4, 1986 – 1987, s. 371 vd.

<sup>54</sup> Çağa, s. 597.

<sup>55</sup> von Steiger, Art. 791, Rn. 14. Çağa, s. 597.

Bildirimın şekline yönelik bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Bildirim yazılı veya sözlü olabileceği gibi, devir sözleşmesinin şirkete ibrazı şeklinde de olabilir<sup>56</sup>.

Devir bildirimini limited şirket tüzel kişiliğine yöneltilmelidir<sup>57</sup>. Bildirimini şirket yöneticilerinden birine yapılması yeterlidir. Yönetici, genel kurul toplantısında ortakların onayının alınmasına dayanak sağlamak amacıyla bildirimini yazılı yapılmasını, devrin ispatı bakımından devir sözleşmesinin ibrazını talep etme hakkı vardır<sup>58</sup>.

Devralan ortağın, yazılı devir sözleşmesini şirketin ticaret sicilinde yer alan adresine posta ile iletmesi durumunda bildirim gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılabilir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, bildirim şekline veya kim tarafından yapılması gerektiğine yönelik düzenleme kanunda yer almamaktadır. Bu bağlamda devralanın, yazılı devir sözleşmesini posta ile şirkete iletmesi ve şirket tüzel kişiliğinin bildirim bu şekilde öğrenmesi durumunda, bildirim gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak şirketin ticaret sicilinde yer alan adrese posta ile gönderilen devir sözleşmesinin, şirket tüzel kişiliğine intikal etmemesi durumunda, bir başka deyişle bila tebliğ durumunda, tüzel kişiliğe yöneltilmiş bir irade beyanının mevcut olmaması sebebiyle, hukuken geçerli bir bildirim gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir.

Kanaatimizce şirket sözleşmesinde, sermaye payının devrinde genel kurul onayının aranmayacağına ilişkin açık bir hükmün bulunması halinde, nama yazılı senede bağlı sermaye payının devri yazılı devir sözleşmesi ve imzaların noter tarafından onaylanması ile gerçekleşeceğinden, devrin şirkete ayrıca bildirilmesi de zorunlu değildir. Ancak bu durumda, şirket pay sahipliğinin ispatı bakımında senedin ibrazını talep etmek zorundadır.

#### 4) Şirket Sözleşmesinde Aksi Öngörülmemişse Genel Kurul Onayı

Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemiş ise, nama yazılı senede bağlanmış esas sermaye payının devri için, genel kurulun onayı şarttır (TTK m. 595 / 2; OR Art. 786 / 1)<sup>59</sup>. Bu durumda nama yazılı senede bağlanmış sermaye payının devri bakımından yazılı devir sözleşmesi ve imzaların noter tarafından onaylanması yeterli değildir. Şir-

<sup>56</sup> Çağa, s. 596; Yıldız, s. 163. Bildirimini yazılı olmasının veya sözlü olarak yapılan beyanın şirket yöneticileri tarafından zapta geçirilmesinin yerinde ve tedbirli bir hareket olacağı yönünde bkz Doğanay, s. 91.

<sup>57</sup> Çağa, s. 596.

<sup>58</sup> Çağa, s. 597.

<sup>59</sup> Hüküm emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla şirket sözleşmesinde devrin genel kurul onayına tabi olmayacağına ilişkin bir hükmü yer verilmemiş ise, genel kurulun onayı şarttır. Böylelikle “kanuni bağlam” öngörülmüş olmaktadır. *Pulaşlı*, (Şerh), s. 2037; *Yıldız*, s. 164.

ket genel kurulunun devre onay vermesi de gerekmektedir. Bu bölümde, genel kurul toplantısı için gerekli nisap, genel kurulun devre onay vermesi, devri reddetmesi veya devri zimni olarak kabul etmesi halleri incelenecektir.

### A) Karar Nisabı

Pay devrinin onaylanması için gerekli toplantı ve karar nisabına yönelik açık bir düzenleme TTK'da yer almamaktadır<sup>60</sup>. Esas sermaye payının devri, “önemli kararlar” arasında yer almamaktadır (TTK m. 621)<sup>61</sup>.

Bu durumda, devrin onaylanması için gerekli olan nisap olağan karar nisabıdır (TTK m. 620)<sup>62</sup>. Dolayısıyla toplantı nisabı aranmaksızın, toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğunun olumlu oyu ile devir onaylanabilir. Böylelikle devrin onaylanması kolaylaştırılmış, çok küçük bir çoğunluğun mevcudiyeti ile karar alınabilmesi sağlanmıştır<sup>63</sup>. Kaynak İsvBK'nda ise, payın devrine ilişkin kararlar, temsil edilen oyların üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin salt çoğunluğu ile alınmaktadır (İsvBK m. 808/1 b.4). Dolayısıyla ağırlaştırılmış bir nisap öngörülmektedir<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> eTK m. 520 / 2'de “devir hususunun pay defterine kaydedilmesi için ortaklardan en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayenin en az dörtte üçüne sahip olması şarttır.” denilerek onay için gerekli karar nisabı açıkça düzenlenmişti.

<sup>61</sup> TTK m. 621 “Önemli Kararlar” : (1) Aşağıdaki genel kurul kararları, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilir:

- a) Şirket işletme konusunun değiştirilmesi.
- b) Oyda imtiyazlı esas sermaye paylarının öngörülmesi.
- c) Esas sermaye paylarının devrinin sınırlandırılması, yasaklanması ya da kolaylaştırılması.
- d) Esas sermayenin artırılması.
- e) Rüşhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması.
- f) Şirket merkezinin değiştirilmesi.
- g) Müdürlerin ve ortakların, bağlılık yükümüne veya rekabet yasağına aykırı faaliyette bulunmalarına genel kurul tarafından onay verilmesi.
- h) Bir ortağın haklı sebepler dolayısıyla şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması ve bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen sebepten dolayı şirketten çıkarılması.
- ı) Şirketin feshi.

(2) Kanunda belli kararların alınabilmesi için ağırlaştırılmış nisap aranıyorsa, bu nisabı daha da ağırlaştıracak şirket sözleşmesi hükümleri, ancak şirket sözleşmesinde öngörülebilecek çoğunlukla kabul edilebilir.

<sup>62</sup> Yıldız, s. 165.

<sup>63</sup> Demirkapı, s. 325.

<sup>64</sup> Hem kaynak İsvBK'ndaki düzenleme hem de ortaklık kişi çevresinin değişimine yol açan payın devrinin önemi dolayısıyla Türk Hukukunda kabul edilen olağan karar nisabının benimsenmiş olması eleştirilmektedir. bkz. Demirkapı, s. 326 vd.

Diğer taraftan limited şirketin iki ortağının bulunması halinde onama kararının oybirliği ile alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>65</sup>. İki ortaklı ve esas sermayenin yarı yarıya paylaşıldığı bir limited şirkette, ortaklardan birinin sermayesinin tamamını devretmek istemesi halinde, devreden kural olarak devrin onaylandığı genel kurul toplantısına kadar ortak sıfatını koruyacağından, devreden ortağın da genel kurul toplantısına katılması mümkündür<sup>66</sup>. Ancak sermayenin yarısını temsil eden devreden ortağın genel kurul toplantısına katılamaması halinde, sermayenin diğer yarısını temsil eden ortağın bulunduğu genel kurul toplantısında devre onay vermesi halinde kanaatimizce devrin gerçekleştiğini kabul etmek gerekmektedir. Devralan ortağın da, ortak olması halinde, genel kurul toplantısına devralan ortak da katılabilir<sup>67</sup>. Ancak ortaklığın kendi payını devralması halinde, devreden ortak oy kullanamayacaktır (TTK m. 619)<sup>68</sup>.

Genel kurulun devre onay vermesi, ortaklık payının devri bakımından yeterlidir. Bunun dışında devrin, pay defterine kaydedilmesi gerekli değildir<sup>69</sup>.

### B) Genel Kurulun Red veya Onay Kararı

Genel kurul nama yazılı senede bağlanmış sermaye payının devrine onay verileceği gibi ret de edebilir. Şirket sözleşmesinde başka türlü düzenlenmemişse, genel kurul herhangi bir sebep göstermeksizin onayı reddedebilir (TTK m. 595 / 3; OR Art. 786/1). Toplantıda çekimser oy verenlerin, red oyu verdikleri kabul edilmelidir<sup>70</sup>.

Ret kararı, bir ortaklar kurulu kararı olduğundan, kararın iptali talep edilebilir. Ancak, şirket sözleşmesinde başka türlü bir düzenleme olmadığı durumlarda, genel kurulun hiçbir sebep göstermeksizin devri reddedebileceği düzenlendiğinden, bu halde açılacak iptal davasında ret kararının iptali sebepleri kısıtlı olacaktır.

<sup>65</sup> Yıldız, s. 165.

<sup>66</sup> Pulaşlı, (Şerh), s. 2039; Doğanay, s. 92.

<sup>67</sup> Pulaşlı, (Şerh), s. 2039.

<sup>68</sup> Demirkapı, s. 325.

<sup>69</sup> Tekinalp, (Yeni Hukuk) s. 485; Tekinalp, (Esaslar) s. 370, N. 21-12. Yargıtay kararlarına bakıldığında, eTK m. 520 / 1'de yer alan, pay devrinin ortaklığa kaşı "ancak pay defterine kayıtlı hüküm ifade edeceği" ifadesinden yola çıkarak, pay defterine kaydın kurucu etkiye sahip olduğu sonucuna varılmaktadır. Pay defterine kaydın gerçekleşip gerçekleşmediğinin özellikle incelenmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 12.06.2015, E. 2014/19205, K. 2014/8209; genel kurul kararı ve pay defterine kayıt şartlarının özellikle aranması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 24.11.2014, E. 2014/11658, K. 2014/18164; pay defterine kaydın yeterli olduğu, defter tasdikinin şart olmadığı yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 21.06.2011, E. 2009/8549, K. 2011/7510 sayılı kararları (www.kazancı.com.tr. Erişim Tarihi: 18.02.2016). Ancak eTK uygulamasında dahi pay defterine kaydın açıklayıcı nitelikte olduğu savunulmaktaydı. bkz. Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, s. 916 N. 1663a; s. 917 N. 1664a.

<sup>70</sup> Demirkapı, s. 337.

İptal davasında mahkemenin iptal kararı vermesi halinde, genel kurul kararı tüm sonuçları ile ortadan kalkmış olacağından, genel kurulun iptal tarihinden itibaren üç ay içinde tekrar toplanması gerekecektir. Mahkemenin vermiş olduğu iptal kararı, sadece genel kurul kararını ortadan kaldıracığından, şirketin devre onay vermiş olduğu kabul edilmemelidir<sup>71</sup>.

Genel kurul onay vermeyi reddetmişse, devreden ortağın şirketten haklı sebeple çıkma hakkı saklı tutulmaktadır<sup>72</sup>. Yine bunun gibi şirket sözleşmesinde devrin yasaklandığı hallerde de, devreden ortağın şirketten haklı sebeple çıkma hakkı bulunmaktadır (TTK m. 595 / 5; OR Art. 786/3).

Yine bunun gibi, şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülükleri öngörüldüğü takdirde<sup>73</sup>, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat verilmemişse, genel kurul şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile, onayı reddedebilir (TTK m. 595 / 6; OR Art. 786 / 2-5)<sup>74</sup>.

### C) Zimnı Kabul Karinesi

Türk Ticaret Kanunumuzun getirdiği önemli yeniliklerden olan, zimnı kabul karinesine göre, şirketin devrin bildirilmesinden itibaren üç ay içinde ret kararı vermediği sürece, devri onaylanmış sayılacağı kabul edilmektedir (TTK m. 595 / 7; OR Art 787/2).

Dolayısıyla şirket genel kurulunun üç ay içinde toplanıp, payın devrine ilişkin açık bir kabul veya ret kararı vermesi gerekir. Toplantının üç ay içinde yapılamaması halinde, şirketin devre zimnen onay verdiği kabul edilmelidir.

<sup>71</sup> Aynı yönde *Demirkapı*, s. 337.

<sup>72</sup> Ancak genel kurulun devre onay vermemesi, tek başına ortağın şirketten çıkması için "haklı sebep" oluşturamaz. Red kararı başka sebeplerle birlikte (örneğin red kararının keyfi kullanılması, uzun süredir varolan ve ortaklar arasındaki güven ilişkisini zedeleyen olaylar gibi ) değerlendirildiğinde, "haklı sebep" oluşturuyorsa, ortağa çıkma hakkı tanınmalıdır. *Tekinalp*, (Yeni Hukuk) s. 482; *Tekinalp*, (Esaslar) s. 372 N. 21-13.

<sup>73</sup> Bu kural şirket ana sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülüğünün öngörüldüğü hallerde geçerlidir. Payın devrine yönelik zorunlu olmayan yasal sınırlamalar kapsam dışındadır. *Gnos / Vischer / Caleff*, s. 29.

<sup>74</sup> Hükmün dayanağını esasen OR Art. 786/2 oluşturmaktadır. Bu paragrafta, ilk paragrafta yer alan "devir sözleşmesinin genel kurul onayına tabi olması kuralından" hangi hallerde sapılabileceğini düzenlemektedir. Buna göre, 1.) şirket ana sözleşmesinde, şirketin devir onayından feragat ettiğine; 2.) Devir onayına reddin hukuki gerekçelerine; 3.) Şirketin satıcının sermaye payını gerçek değeri üzerinden almayı teklif etmesi halinde, onay vermektan kaçınılabileceğine; 4.) Tüm devirlerin yasaklanabileceğine; 5.) Şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülükleri öngörüldüğü takdirde, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat verilmemişse, onayı reddedebileceğine yer verilebilir. Görüldüğü üzere, mehzada ana sözleşmede yer alabilecek değişik alternatiflere yer verilmektedir. Kanun koyucu bu alternatiflerden sadece birine TTK m. 595/6'da yer vermektedir. Yine OR Art 786/2-5'de "şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile" ibaresi yer almamaktadır.



Üç aylık süre, devrin şirkete “*bildirilmesinden*” itibaren başlayacaktır. Payın miras, eşler arasındaki mal rejimi ve icra yoluyla geçişi hallerinde, şirketin iktisabı “*öğrendiği*” tarihten itibaren üç ay içinde esas sermaye payının geçtiği kişiyi onaylamayı reddedebileceği öngörülmektedir (TTK m. 596 / 2). Bu bakımdan her iki hükmün uyumlu hale getirilmesi gerektiği önerilmektedir<sup>75</sup>. Kanaatimizce, her iki hüküm korumak istenen amaç bakımından farklıdır. Payın iradi devrinde, her ne kadar kanun maddesinde açıkça ifade edilmese bile, payın devrinin şirkete bildirilmesi zorunlu kabul edilmelidir. Şirket kural olarak bu bildirim ile devre vakıf olacaktır. Bunda hem devralanın hem de devreden menfaati bulunmaktadır. Diğer taraftan özellikle miras gibi iradi devir dışındaki hallerde, miras bırakan (devreden) hayatta olmadığı gibi, miras payını iktisap edenin de mirastan haberdar olmayabilir. Bu gibi hallerde bildirim yapılmasının son derece güç olması nedeniyle, sürenin başlangıcı bakımından şirketin durumu herhangi bir şekilde öğrenmiş olması dikkate alınmaktadır. Kaynak İsvBK'daki düzenlemede bildirim esas almaktadır<sup>76</sup>. Bu bağlamda kanaatimizce her iki hükmün birbiri ile uyumlu hale getirilmesi aranmamalıdır.

Diğer taraftan kaynak İsvBK'da devir işlemini onaylamak için gerekli araştırmalar sebebiyle, süre altı ay olarak belirlenmiştir (İsvBK m. 787/2). Bizim de katıldığımız görüşe göre, genel kurulun kararına dayanak oluşturacak araştırmanın sağlıklı olması bakımından üç aylık süre yetersizdir<sup>77</sup>.

### 5) Ticaret Siciline Tescil

Esas sermaye paylarının geçişlerinin tescil edilmesi için, şirket müdürleri<sup>78</sup> tarafından ticaret siciline başvurulur (TTK m. 598 /1; OR Art. 791<sup>79</sup>). Esas sermaye paylarının geçişinden kast edilen, iradi devir (TTK m. 595) ve diğer intikal (TTK m.

<sup>75</sup> Demirkapı, s. 338.

<sup>76</sup> Gnos / Vischer / Caleff , s. 29.

<sup>77</sup> Demirkapı, s. 338.

<sup>78</sup> Alman Hukukunda şirket müdürlerinin, ticaret siciline tescil için bildirim yapmakla borçlu oldukları vurgulanmaktadır. *Meister / Heidenhain / Rosengarten*, s. 33 Rn. 14.

<sup>79</sup> Mehz Art. 791/1'de ortakların adlarının, ikametgâhlarının, vatanı olduğu memleketlerin, sermaye payının sayısı ve itibari değerinin ticaret siciline tescil edilmesinin mecburi olduğu düzenlenmektedir. Art. 791/2'ye göre şirket tescilin yapılması için ihtar gönderebilir. Hükmün eski halinde, şirketin her sene ortakların listesini ve özellikle tüm devirleri ticaret siciline bildirme zorunluluğu getirmektedir. Yeni düzenlemede bu tür bir liste verilme zorunluluğu kaldırılmıştır. Ancak ortak değişikliğini tescil zorunluluğu devam etmektedir. Bu düzenleme üçüncü kişiler hem de ortaklık bakımından fayda sağlamaktadır. Ortakların üçüncü kişiler nezdinde sadakat borcunu, rekabet etme yasağını, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini içeren borçları bulunmaktadır. Diğer taraftan, bu borçların süjesi olan ortağın saptanmasında ortaklığın kendisinin de menfaati bulunmaktadır. Ortaklıkla sözleşme yapmak isteyen şahıslar veya kredi verenlerde ticaret sicilinde yer alan bilgilerden faydalanabilir. bkz. *Gnos / Vischer / Caleff*, s. 34 ve 35.

596) halleridir. Şirket müdürleri dışında, şirketin yetkilendiği bir kişinin de bu görevi yerine getirmesi mümkündür<sup>80</sup>. Dolayısıyla kanun devrin ticaret siciline tescilini, devreden ve üçüncü kişinin korunması yönünden gerekli görmüştür<sup>81</sup>. Ticaret sicil müdürü, devir şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen araştırmalıdır<sup>82</sup>.

Şirket müdürlerinin otuz gün içinde<sup>83</sup> bu görev yerine getirmemeleri halinde, sermaye payını devreden ortak bu paylarla ilgili adının silinmesi için ticaret siciline başvurabilir. Ancak bu halde, devreden ortağın bildirimini yeterli görmemektedir. Madde düzenlemesine göre, sicil müdürü sermaye payını devralan ortağın adının bildirilmesi için şirkete uygun bir süre verir (TTK m. 598 / 2). Bu süre içinde, şirketin devralan ortağın adını bildirmemesi halinde, sicil müdürünün nasıl davranması gerektiğine yönelik bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Diğer taraftan, başvuru hakkı sadece devredene ait olup, devralana bu konuda talepte bulunma hakkı tanınmamaktadır<sup>84</sup>. Devralanın da, sicildeki kaydın adına tekrar düzenlenmesinde en az devreden ortak kadar menfaatinin bulunduğu düşünüldüğünde, devralan ortağa başvuru hakkı tanınmamasının önemli bir eksiklik olduğu görüşünderiz<sup>85</sup>. Kanaatimizce bu bağlamda, sermaye payını devralan kişi, sermaye payını devraldığının tespitini ve ortaklığının pay defterine hükmen kaydına karar verilmesini mahkemeden talep edebilmelidir<sup>86</sup>.

Diğer taraftan otuz günlük süre içinde müdürlerin başvuru yapmaması ve bu sürenin sonunda da, devreden ortağın adının sicilden silinmesi için başvuru yapmaması halinde, sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği tartışılabilir.

Bu konuda sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin, iyiniyeti korunmaktadır (TTK 598 / 3). Dolayısıyla bu durumda sicildeki kayda güvenerek sermaye payı iktisap eden iyiniyetli kişinin, kazanımının korunacağı öngörülmektedir. Gerekçede hükmün terkin ve tescil yapılınca kadar, sicil kaydına güvenen üçüncü kişiyi ko-

<sup>80</sup> Limited şirket müdürlerinin devredilemez yetkileri arasında, payın devri veya intikali halinde ticaret siciline başvuru yapma yetkisi devredilemez bir yetki olarak sayılmamaktadır. Bu nedenle şirketin müdürler dışında bir başka kişiyi yetkilendirmesi mümkündür. bkz. *Demirkapı*, s. 404.

<sup>81</sup> bkz. Gerekçe, m. 598, s.221.

<sup>82</sup> *Tekinalp*, (Yeni Hukuk) s. 483.

<sup>83</sup> Alman Hukukunda, şirket müdürleri devralan veya devreden tarafından bildirim yapılmasından itibaren hiçbir gecikme olmaksızın tescil için başvuruda bulunmalıdır. *Meister / Heidenhain / Rosengarten*, s. 33 Rn. 14.

<sup>84</sup> İsvBK'da ise yeni pay sahibinin adını, adresini, hangi memleketin vatandaşı olduğunu, pay defterinde yer alan pay sayısını ve payların itibari değerini ticaret siciline tescil ettirmek zorundadır (OR Art. 790). *Siffert / Pascal Fischer / Petrin*, Art. 785 Rn. 8.

<sup>85</sup> Aynı görüş için bkz. *Demirkapı*, s. 405.

<sup>86</sup> Limited şirkette pay devrine ilişkin şartların oluşup oluşmadığına yönelik uyuşmazlıklarda ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yönünde bkz. YargıHGK, 15.05.2015, E. 2014/11-1491, K. 2015/13-53 (www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 18.02.2016).

rumak amacıyla düzenlendiği ifade edilmektedir<sup>87</sup>. Ancak sermaye payının devri, yukarıda da izah edildiği üzere kural olarak şirket genel kurul kararının onay vermesi ile gerçekleşmektedir. Türk hukukunda ticaret siciline tescil, kural olarak açıklayıcı niteliktedir<sup>88</sup>. Nitekim, hükümde tescilin kurucu olduğu yönünde bir ifade yer almamaktadır<sup>89</sup>. Dolayısıyla hükümde kurucu nitelikte olmayan tescile, iyiniyetin korunması bakımından bir fonksiyon yüklenmektedir. Bu ise, doktrinde de çoğunluğun kanaatine göre mümkün değildir<sup>90</sup>.

#### IV) SONUÇ

Limited şirketlerin, anonim şirketlere göre daha az sermaye ile ve prosedür olarak daha kolay kurulabilmeleri ticari hayatta en sık rastlanılan şirket türü olmaları sonucunu doğurmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak uygulamada sermaye payının devri ve devrin yol açtığı hukuki sorunlara sıklıkla rastlanmaktadır.

6102 sayılı TTK şahıs özelliklerinin daha ağır bastığı bu şirket türünün, sermaye şirketi niteliğini güçlendirmektedir. Bu husus özellikle, nama yazılı pay senedine yönelik düzenlemelerde kendini göstermektedir.

Nama yazılı senede bağlanmış esas sermaye payının devri, şirket ana sözleşmesi ile genel kurul onayının kaldırıldığı durumda kolaylaşmaktadır. Yazılı devir sözleşmesi ve imzaların noter tarafından tasdiki ile devir gerçekleşmektedir. İmzaların noter tarafından tasdikinin geçerlilik şartı olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır. Gerekçede belirtildiği üzere, noter onayının sadece ispat kolaylığı sağlamak bakımından getirildiği ve İsvBK'da 2001 yılında gerçekleştirilen revizyonla noter onayının kaldırılmasından yola çıkarak, noter onayına yönelik şartın ispat şartı olduğu savunulabilir.

Nitekim noter onayının geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi halinde dahi, kanun tarafından öngörülen şekle uyulmadan akdedilen sözleşmeden doğan borçlar ifa edildikten sonra, geçersizlik iddiasında bulunulması veya devreden tarafın şekle uyulmamasını sağladıktan sonra geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla kanaatimizce, ana sözleşme ile genel kurul onayının kaldırıldığı ihtimalde, sadece yazılı devir sözleşmesi ile nama yazılı sermaye payını

<sup>87</sup> bkz Gerekçe, m. 598, s.221.

<sup>88</sup> Alman Hukukunda ticaret siciline tescil kurucu etkiye sahiptir (GmbHG Art. 16 Abs. 1). Dolayısıyla yeni pay sahibi haklarını ancak ortaklar listesinin ticaret siciline tescil edilmesi halinde kullanabilir. bkz. *Meister / Heidenhain / Rosengarten*, s. 33 Rn. 14; Devir sözleşmesini onaylayan noter, revize edilmiş pay sahipleri listesinin sunulması yoluyla, pay devrini, gecikmeksizin ticaret siciline tescil ettirmekle yükümlüdür. Devir, tescilden sonra hukuken hüküm doğuracaktır. *Müller*, s. 116 ve 117.

<sup>89</sup> eTK uygulamasında dahi ticaret siciline tescilin kurucu etkiye sahip olmadığı yönünde bkz. Yarg. HGK, 30.01.2013, E. 2012/21-734, K. 2013/152 (www.kazancı.com.tr. Erişim Tarihi: 18.02.2016).

<sup>90</sup> bkz. *Demirkapı*, s. 408; *Yıldız*, s. 463; *Tekinalp*, s. 484.

devreden ortak, sonradan şikle aykırılık sebebiyle devir sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürememelidir.

Bu ihtimalde nama yazılı senede bağlanmış sermaye payı, nama yazılı kıymetli evrakın devir usulüne uygun olarak sadece yazılı devir beyanı ve teslimle tedavül etmektedir. Bu durumda ortak sıfatı, nama yazılı senetlere mahsus çift taraflı ibraz kaydı nedeniyle ancak senedin ibrazıyla gerçekleşecektir. Yine bunun gibi, şirkette ortak sıfatının tespiti bakımından senedin ibrazını talep etmek zorundadır. Nama yazılı senede bağlanmış esas sermaye payının devri alacağın temlik hükümlerine tabi olduğundan, temel ilişkiden soyutluğu da söz konusu olmayacaktır.

Ana sözleşme ile genel kurul onayının kaldırılmadığı durumda ise, nama yazılı senede bağlanmış esas sermaye payının devri için yazılı devir sözleşmesi ve imzaların noter tarafından onayı yeterli değildir. Genel kurulun da devre onay vermesi gerekir.

Yine 6102 sayılı TTK'nun getirdiği önemli yeniliklerden olan, aksi ispatlanamayan zimni kabul karinesine göre, devrin şirkete bildirilmesinden itibaren üç ay içinde ret kararı vermediği sürece, şirketin devri onaylanmış sayılacağı kabul edilmektedir.

Üç aylık süre, devrin şirkete “*bildirilmesinden*” itibaren başlayacaktır. Nitekim mehz İsvBK'daki düzenlemede de bildirim esas almaktadır. Diğer taraftan kaynak İsvBK'da devir işlemini onaylamak için gerekli araştırmalar sebebiyle, süre altı ay olarak belirlenmiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, genel kurulun kararına dayanak oluşturacak araştırmanın sağlıklı olması bakımından üç aylık süre yetersizdir.

Payın devri bakımından ticaret siciline tescil kurucu nitelikte değildir. Böyle olmakla birlikte kanun tescile, iyiniyetin korunması bakımından önemli bir rol yüklemektedir. Esas sermaye paylarının geçişlerinin tescil edilmesi için, şirket müdürleri tarafından ticaret siciline başvurulacaktır. Şirket müdürlerinin otuz gün içinde bu görev yerine getirmemeleri halinde, sermaye payını devreden ortak bu paylarla ilgili adının silinmesi için ticaret siciline başvurabilir. Ancak bu halde, devreden ortağın bildirimini yeterli görmemektedir. Madde düzenlemesine göre, sicil müdürü sermaye payını devralan ortağın adının bildirilmesi için şirkete uygun bir süre verir. Bu süre içinde, şirketin devralan ortağın adını bildirmemesi halinde, sicil müdürünün nasıl davranması gerektiğine yönelik bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Diğer taraftan, başvuru hakkı sadece devredene ait olup, devralana bu konuda talepte bulunma hakkı tanınmamaktadır. Devralanın da, sicildeki kaydın adına tekrar düzenlenmesinde en az devreden ortak kadar menfaatinin bulunduğu düşünüldüğünde, devralan ortağa başvuru hakkı tanınmamasının önemli bir eksiklik olduğu görüşündeyiz. Kanaatimizce bu durumda, sermaye payını devralan kişi, sermaye payını devraldığının tespitini

ve ortaklığının pay defterine hükmen kaydına karar verilmesini mahkemeden talep edebilmelidir.

Diğer taraftan otuz günlük süre içinde müdürlerin başvuru yapmaması ve bu sürenin sonunda da, devreden ortağın adının sicilden silinmesi için başvuru yapmaması halinde, sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği tartışılabilir.

Bu konuda sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin, iyiniyeti korunmaktadır. Dolayısıyla bu durumda sicildeki kayda güvenerek sermaye payı iktisap eden iyiniyetli kişinin, kazanımının korunacağı öngörülmektedir. Gerekçede hükmün terkin ve tescil yapıncaya kadar, sicil kaydına güvenen üçüncü kişiyi korumak amacıyla düzenlendiği ifade edilmektedir. Ancak sermaye payının devri, yukarıda da izah edildiği üzere kural olarak şirket genel kurul kararının onay vermesi ile gerçekleşmektedir. Türk hukukunda ticaret siciline tescil, kural olarak açıklayıcı niteliktedir. Nitekim, hükümde tescilin kurucu olduğu yönünde bir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla hükümde kurucu nitelikte olmayan tescile, iyiniyetin korunması bakımından bir fonksiyon yüklenmektedir. Bu ise, doktrinde de çoğunluğun kanaatine göre mümkün değildir.

**KISALTMALAR**

Abs.	: Absatz
Art.	: Artikel
bkz.	: bakınız
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
eTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
E.	: Esas
GmbHG	: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGB	: Handelsgesetzbuch
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İsvBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: karşılaştırınız
Ltd.	: Limited
m.	: madde
MoMİG	: Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
N.	: Numara
OR	: Obligationenrecht
Örn.	: Örneğin
Rn.	: Randnummer
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Yarg.	: Yargıtay
YargHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

## KAYNAKÇA

- Arslanlı Halil**, Limited Şirketler Hukukuna Genel Bakış, Batider, Haziran 1962, C. I, s. 433 - 464.
- Baumbach Adolf / Hueck Alfred**, GmbHG, 20. Auflage, 2013.
- Bilgili Fatih / Demirkapı Ertan**, Şirketler Hukuku, Bursa 2013.
- Demirkapı Ertan**, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008.
- Doğanay İsmail** Limited Şirkette Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesinin Koşulları Nedir?, Batider, Aralık 1975, C. VIII, S. 2, s.83 – 94.
- Durgut Ramazan**, Limited Şirkette Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması, TBB Dergisi 2013 (108).
- Gnos Urs / Vischer Markus / Caleff Daniela**, Swiss Law on Limited Liability Companies, Schulthess 2010.
- Kendigelen Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.
- Meister Burkhardt / Heidenhain Martin / Rosengarten Joachim**, The German Limited Liability Company, München 2010.
- Müller J. Klaus**, A Guide to the German Limited Liability Company, München 2009.
- Oğuzman Kemal / Barlas Nami**, Medeni Hukuk, İstanbul 2003.
- Poroy Reha / Tekinalp Ünal**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2010.
- Poroy Reha / Tekinalp Ünal**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2013.
- Poroy Reha / Tekinalp Ünal / Çamoğlu Ersin**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009.
- Pulaşlı Hasan**, 6102 Sayılı Türk ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi (Şerh), Ankara 2011, C.II.
- Pulaşlı Hasan**, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (Kıymetli Evrak), Ankara 2012.
- Pulaşlı Hasan**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Genel Esaslar), Ankara 2013.
- von Steiger Werner**, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd., V: Obligationenrecht, Teil 6, Zürich 1965.
- Öz Turgut**, Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri, İÜHFİM, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan, C. 52, S. 1-4, 1986 – 1987, s. 345 – 386.
- Öztañ Fırat**, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2013.
- Siffert Rino / Pascal Fischer Marc / Petrin Martin**, GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), Verlag, Bern 2008.
- Tekinalp Ünal**, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları (Esaslar), İstanbul 2011.
- Tekinap Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Yeni Hukuk), İstanbul 2013.
- Tekinalp Ünal / Çamoğlu Ersin**, Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2011.
- Ülgen Hüseyin / Helvacı Mehmet / Kendigelen Abuzer / Kaya Arslan**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015.
- Yanlı Veliye**, Limited Şirketlerde Payın Şirket Tarafından Edinilmesinde Şekil, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 673-693.
- Yıldız Şükrü**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007.





# Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilmesi ve İnternet Bankacılığında Kullanılması Sonucu Malvarlığı Zarara Uğratılan Bankaya Karşı Mevduat Sahibinin Hukuki Sorumluluğu

(Legal Liability Of Account Holder Against The Bank Whose Assets Have Been Damaged Owing To Illegal Acquisition And Use Of Personal Data Internet Banking)



Dr. Osman AÇIKGÖZ\*

## ÖZET

Çağımızda, internetin öncülük ettiği bilgi ve iletişim teknolojilerinde meydana gelen baş döndürücü gelişmeler siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel alanda bir çok değişikliğe neden olmaktadır. Günümüz dünyasını pek çok yönüyle etkileyen bu olgu, “küreselleşme” kavramıyla ifade edilmektedir. Küreselleşmeyle farklı kazanımlar elde edildiği gibi çok sayıda hukuki sorunla da karşılaşmaktadır. Bunların başında ise internet aracılığıyla gerçekleştirilen haksız çıkar (menfaat) fiileri ve hukuka aykırı şekilde kişisel verilere erişim ya da müdahale gelmektedir. Kişisel veriler hukuka aykırı çeşitli yöntemlerle elde edilerek internet bankacılığında kullanılıp bankaya karşı haksız bir fiil işlenmektedir. Böylece bankanın malvarlığı ilk etapta zarara uğratılmaktadır. Ancak banka daha sonra haksız çıkar elde eden üçüncü kişilere karşı haksız fiil temeline dayanan tazminat talebinde bulunabileceği gibi kişisel verileri gereği gibi muhafaza etmeyerek aralarındaki sözleşmeyi ihlal eden mevduat sahibine karşı da tazminat talebinde bulunabilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** *Kişisel veri ve Kimlik Hırsızlığı, Kişisel verilerin elde edilme yöntemleri, İnternet bankacılığı, mevduat, mevduat sahibinin özen ve koruma sorumluluğu.*

## ABSTRACT

In our age, gigantic developments in information and communication technologies driven by internet lead to many changes in political, social, economic and cultural areas. This phenomenon affecting our world in many ways is called as “globalization”. Globalization enables not only significant gains but

\* Avukat, İstanbul Barosu

also causes numerous legal issues. Actions aiming to have unjust gains and illegal access to/interception of personal data through internet are outstanding among them. Personal data is reached in various illegal methods and used for internet banking, thus causing torts against banks. Therefore, banks' property is damaged in the first place. Yet, banks later could file actions for damages against third parties having got unjust gains and against account holders who have breached the contract by not protecting well their personal data.

**Keywords:** *Personal Data and Identity Theft, Methods for Gaining Personal Data, Internet Banking, Savings, Account Holder's Duty of Care and Protection.*

## GİRİŞ

Çağımızda, internetin öncülük ettiği bilgi ve iletişim teknolojilerinde meydana gelen baş döndürücü gelişmeler siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel alanda bir çok değişikliğe neden olmaktadır. Günümüz dünyasını pek çok yönüyle etkileyen bu olgu, “küreselleşme” kavramıyla ifade edilmektedir. Küreselleşmeyle farklı kazanımlar elde edildiği gibi çok sayıda hukuki sorunla da karşılaşmaktadır. Bunların başında ise internet aracılığıyla gerçekleştirilen haksız çıkar fiileri<sup>1</sup> ile hukuka aykırı şekilde kişisel verilere erişim ya da müdahale gelmektedir<sup>2</sup>. Bu nedenle kişisel veriler, elektronik ortamda suç işlemenin önemli araçlarından biri konumuna gelmiştir<sup>3</sup>.

Kişisel verilerin, hukuka aykırı çeşitli yöntemlerle elde edilerek internet bankacılığında kullanılması sonucu gerçekleştirilen dolandırıcılık fiillerinin tümünde bankaya karşı haksız bir fiil işlenmekte ve bankanın malvarlığı ilk etapta zarara uğratılmaktadır. Ancak bu durum, bankanın farklı kişilere karşı daha sonra tazminat talebi ileri sürmesine engel değildir. Banka, haksız çıkar elde eden üçüncü kişilere karşı haksız fiil temeline dayanan tazminat talebinde bulunabileceği gibi kişisel verileri gereği gibi muhafaza etmeyerek aralarındaki sözleşmeyi ihlal eden mevduat sahibine karşı da tazminat talebinde bulunabilecektir<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Öğretilerde genellikle “dolandırıcılık” kavramı kullanılmaktadır. Ancak dolandırıcılık kavramı Ceza Hukuku ağırlıklı bir kavram olduğu için bunun yerine çalışmamızda “haksız çıkar (menfaat)” kavramı kullanılacaktır. Metin içerisinde zaman zaman kullanılan dolandırıcılık kavramı da bu şekilde anlaşılmalıdır.

<sup>2</sup> KILINÇ, Doğan, “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, AÜHF, 61 (3) 2012, s. 1090-1091.

<sup>3</sup> CİVELEK, Dilek Yüksel, Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Örneği, Başkanlık Uzmanlık Tezi, Ankara 2011, s. 35.

<sup>4</sup> ATAMER, Yeşim M., “İnternet Bankacılığının Üçüncü Kişiler Tarafından Hukuka Aykırı Kullanımı Nedeniyle Doğan Zararı Kim Taşır?”, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiri-

Bu durum dikkate alınarak, kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde internet bankacılığında kullanılarak, gerçekleştirilen haksız çıkar (menfaat) fiilleri sonucunda meydana gelen zarar nedeniyle mevduat sahibinin bankaya karşı hukuki sorumluluğunun belirlenmesi önem taşımaktadır.

## I. KİŞİSEL VERİLERİN HUKUKA AYKIRI ŞEKİLDE ELDE EDİLMESİ ve İNTERNET BANKACILIĞINDA KULLANILMASI

### A. Kişisel Veri ve Kimlik Hırsızlığı Kavramları

#### 1. Kişisel Veri

Bilgi ve iletişim teknolojileri alanında son yıllarda kaydedilen hızlı gelişmeler, adeta dijital bir devrimin yaşanmasına neden olmaktadır. Bu gelişmeler karşısında mevcut hukuki ve teknik önlemlerin yetersizliği nedeniyle özellikle kişisel verilerin<sup>5</sup> kapsamlı bir şekilde işlenmesine karşı kişilerin güvenliğinin sağlanması ihtiyacı doğmuştur<sup>6</sup>. Kişilerin konu edildiği bilgiler, “*isme bağlı veriler*” veya “*bireysel veriler*” kavramıyla ifade edilmektedir. Bu veriler, gerçek ya da tüzel kişiler tarafından depo edildikten sonra işlenerek veri haline getirilmektedir. Söz konusu veriler, talep edildiği zaman sınır ötesi de dahil olmak üzere üçüncü kişilere verilebilmektedir<sup>7</sup>.

Kişisel verilerin işlenmesi; elde edilmelerinden başlayarak kullanılması, kaydedilmesi, düzenlenmesi, değiştirilmesi, uyarlanması, düzeltilmesi, incelenmesi, açıklanması, sıralanması, birleştirilmesi ve silinmesi ile devam eden bir süreçtir<sup>8</sup>. Temel bir hak niteliğindeki söz konusu veriler üzerinde kişi haklarıyla ilgili mevzuatımızda uzun yıllar bir düzenleme yapılmamıştı<sup>9</sup>. Ancak 2010 yılında yapılan Anayasa’daki değişikliklerle kişisel verilerin korunması anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. Ko-

ler- Tartışmalar (8 Haziran 2007), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), s. 20.

<sup>5</sup> Türk Dil Kurumu’na göre “*kişisel*” kavramı, “*kişiyle ilgili, kişiye ilişkin, kişinin kendi malı olan, şahsi, zati*” şeklinde tanımlanmaktadır. “*Veri*” kavramı ise “*bilgi, data*” olarak tanımlanmaktadır. Veri, çeşitli durumların gözlemlerin veya oluşumların her türlü gösterimi olarak tarif edilmektedir. Bilgi teknolojilerinde ise veri, “*Bir durum hakkında, birbiriyle bağlantısı kurulmamış bilinenle veya kısaca sayısal ortamda bulunan veya taşınan sinyaller ve/veya bit dizeleri*” olarak tanımlanmaktadır, KILINÇ, s. 1093.

<sup>6</sup> ATAĞ, Songül, “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, TBB Dergisi, S. 87, Y. 2010, s. 91.

<sup>7</sup> KILINÇ, s. 1093.

<sup>8</sup> KAYA, Cemil, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, İÜHF C. LXIX, S. 1-2, Y. 2011, s. 317; CİVELEK, s. 75.

<sup>9</sup> ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009, s. 124; Aynı doğrultuda bkz. BAŞALP, Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, s. 99.

nyula ilgili kanun tasarısı ise mecliste görüşüldükten sonra yasalasmak üzere kabul edilmiştir<sup>10</sup>.

Temel hak ve özgürlüklerden özellikle özel yaşam hakkının dokunulmazlığını güvence altına almak için kişisel veriler ve bunların işlenmesiyle ilgili kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuş, bu amaçla çeşitli ülkeler veri koruma kanunlarını kabul etmiştir<sup>11</sup>.

Kişisel verilerin uluslararası alanda korunması ise 1960'lı yılların sonunda Avrupa Konseyi'nin gündemine girmiş ve uzun çalışmalar sonucunda, "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 Sayılı Sözleşme"<sup>12</sup> 1981 yılında kabul edilmiş,<sup>13</sup> 1985 yılında ise yürürlüğe girmiştir<sup>14</sup>. Söz konusu sözleşme, kişisel verilerle ilgili güçlü bir koruma mekanizması içermemekle birlikte, kişisel verilerin korunması konusunda kabul edilmiş ilk bağlayıcı belge olması bakımından önemlidir<sup>15</sup>. Sözleşmenin 2. maddesinde kişisel veri kavramı, "Kimliği be-

<sup>10</sup> KILINÇ, s. 1092; Bu çalışmanın kaleme alındığında söz konusu tasarı meclis alt komisyonunda yasalasmak üzere kabul edilmiştir.

<sup>11</sup> KAYA, s. 317; Kişisel verilerin farklı ülkelerin kanunlarındaki düzenleme biçimi hakkında detaylı bilgiler için bkz. KAYA, s. 321 vd.

<sup>12</sup> 108 sayılı sözleşme hakkında detaylı bilgiler için bkz. CİVELEK, s. 64; Veri korumayla ilgili ilk uluslararası adımlar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. BAŞALP, s. 24 vd.

<sup>13</sup> BAŞALP, s. 24; CİVELEK, s. 63-64; Avrupa Konseyi, kişisel verilerle ilgili korumayı sadece 108 sayılı sözleşme ile sınırlandırmamıştır. Bunun yanında özellikle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin yayınladığı çok sayıda karar da kişisel verilerin korunmasında etkili bir mekanizmanın oluşmasını sağlamıştır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kişisel verilerin korunması ile ilgili doğrudan bir düzenleme olmamakla birlikte özel yaşam hakkının korunmasını sağlayan m. 8, bu kapsamda bir koruma sağlamaktadır. Nitekim bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına da yansımış, m. 8'deki korumanın kişisel verileri de kapsadığı ifade edilmiştir, ATAK, s. 91; Söz konusu düzenleme (m. 8) hakkında detaylı açıklamalar için bkz. KILINÇ, s. 1095 vd.

<sup>14</sup> Türkiye, sözleşmeyi 1981 yılında imzalamış ancak sözleşmede yer alan m. 4'teki düzenleme nedeniyle sözleşmeyi henüz onaylamamıştır. İlgili maddede, taraf devletlerin sözleşmede düzenlenen ilkeleri uygulayabilmeleri için iç hukuklarında gerekli önlemleri almaları gerektiği düzenlenmiştir. Bu önlemlerin en geç sözleşmenin taraf devletleri bakımından yürürlüğe girdiği tarihte alınması gerektiği ifade edilmiştir. Ülkemizde, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun henüz yürürlüğe girmediği için sözleşmenin onaylanması gerçekleştirilmemektedir, ATAK, s. 94; CİVELEK, s. 64.

<sup>15</sup> OĞUZ, Habip, "Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum", <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000145743>, (Erişim Tarihi, 23.02.2016), s. 8; ATAK, s. 92; KILINÇ, s. 1096; Sözleşmenin uygulama alanı m. 3'te düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmenin, kamusal ve özel sektörde kişisel verilerin otomatik yollarla işlenmesine uygulanacağı belirtilerek, uygulama alanı dar tutulmuştur. Çünkü sadece gerçek kişilere ait kişisel verilerin korunacağına dair düzenleme getirmektedir. Ayrıca, verilerin otomatik olmayan yollarla işlenmesine yönelik bir koruma da içermemektedir. Bu durum, sözleşme bakımından bir eksiklik olmakla birlikte m. 11 uyarınca sözleşmeye taraf devletlerin, sözleşmedeki güvencelerden daha geniş koruma mekanizmalarını kendi iç hukuklarında düzenlemeleri önünde bir engel bulunmamaktadır, ATAK, s. 95.

lirlenmiş ya da belirlenebilir bir gerçek kişiyle (veri sahibi) ilgili tüm bilgileri kapsamaktadır.” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>16</sup>.

Avrupa Birliğine üye ülkeler, Avrupa Konseyi'nin de üyesi olarak 108 sayılı sözleşmeyi onayladıkları için konuyla ilgili Avrupa Birliği bünyesinde ayrı bir belgenin hazırlanması ihtiyacını uzun süre duymamışlardır<sup>17</sup>. Ancak birlik üyesi ülkeler, 108 sayılı sözleşmeyi imzalamalarına rağmen bu konuda bir koruma sağlayamamış, iç hukuklarında da farklı düzenlemelere yer vermişlerdir. Bu durum nedeniyle Avrupa Birliği bünyesinde etkili bir koruma sağlamak amacıyla Avrupa Parlamentosunun da çabalarıyla 1995 yılında “*Kişisel Verilerin İşlenmesi Sürecinde Kişilerin Korunması ve Bu verilerin Özgür Dolaşımına İlişkin Yönerge*”<sup>18</sup> kabul edilmiştir<sup>19</sup>. Yönerge, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde veri korumayla ilgili ilk kuralların uyumunu sağlamak amacıyla kabul edilmiştir<sup>20</sup>. İki 2002 yılında sonraki ise 2006 yılında olmak üzere iki defa revize edilmiştir<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> KILINÇ, s. 1093; ATAK, s. 95.

<sup>17</sup> Kişisel verilerin korunmasıyla ilgili uluslararası alanda yürütülen çalışmalar hakkında detaylı bilgiler için bkz. CİVELEK, s. 60 vd.

<sup>18</sup> *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*; Direktifin amacı m. 1'de düzenlenmiştir. Buna göre üye devletler, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini özellikle kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili olarak özel hayatın gizliliğine saygı duyulması hakkının korunması ve kendi aralarında verilerin hiçbir engel ve yasağa maruz kalmadan serbest akışının güvence altına alınmasını sağlayacaklardır. Direktif ile oluşturulmak istenen, kişisel verilerin işlenmesinin koşullarını düzenleyerek önleyici bir koruma sağlamaktır. Yani, bir saldırı ortaya çıkmadan önce olası saldırıya karşı önleyici bir yapı oluşturmaktadır, OĞUŞGİL, Vahap Atilla, “AB'ye Üye Devletlerde Veri Koruma ve Denetleme Kurumlarının Bağımsızlığı ve Olası Türkiye Örneği”, AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2014, C. 14, Y. 14, S. 2, s. 205; Söz konusu Direktif hakkında detaylı açıklamalar için bkz. [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf), (Erişim Tarihi, 01.03.2016).

<sup>19</sup> BAŞALP, s. 24; OĞUZ, s. 11; ATAK, s. 93; KILINÇ, s. 1097; Söz konusu Yönergeyi esas alan 2000 tarihli AB Temel Şartı'nda kişisel veri hakkı, “*özel hayatın gizliliği*” haricinde özel bir hak olarak düzenlenmiştir. Buna göre, herkes kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir. Söz konusu veriler adil bir şekilde, belirli amaçlar için ilgili kişinin rızasına ya da yasa ile öngörülmüş diğer meşru bir temele dayanılarak tutulacaktır. Herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilere ulaşma ve bunları düzeltirme hakkı olduğu güvencesi düzenlenmiştir. Söz konusu kurallara uyulup uyulmadığı, veri denetleme ve koruma kurumu gibi bağımsız bir otorite tarafından denetleneceği de düzenlenmiştir. 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Anlaşması, kişisel verilerin korunması bağlamında çok önemli bir adımdır. Nitekim bu sözleşme ile 2000 tarihli AB Temel Şartı nihayet bağlayıcılık kazanmıştır, OĞUŞGİL, s. 204.

<sup>20</sup> OĞUŞGİL, s. 205; Yönerge'nin tamamlayıcısı niteliğinde başka yönergeler de daha sonra Avrupa Birliği tarafından yayımlanmıştır. Bunlar; 15. 12. 1997 tarihinde 97/66/EC, “*Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Mahremiyetin Korunması Yönergesi*” ile 31. 07. 2002 tarihinde yürürlüğe giren 2002/58/EC “*Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Yönergesi*”dir. Yönergeden farklı olarak bu Yönerge'de tüzel kişilere ait kişisel verilerin de koruma altına alınması düzenlenmiştir, OĞUZ, s. 9-10.

<sup>21</sup> KILINÇ, s. 1097; Kişisel verilerin korunması ile ilgili diğer uluslararası belgeler ise Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından 1981 yılında “*Mahremiyetin Korunması ve Kişisel Verilerin*

Yönerge'nin 2. maddesinde kişisel veri kavramı, “Bir gerçek kişinin belirli veya belirlenebilir olması, şifre numarasına göre ya da psikik, psikolojik, fiziksel, ekonomik, kültürel veya sosyal benliği ifade eden bir veya birden fazla unsura aidiyeti aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak teşhis edilmesi anlamına gelmektedir.”<sup>22</sup> şeklinde düzenlenmiştir. Yani, “belirli veya belirlenebilir gerçek kişilere ait bütün bilgiler”, kişisel veri olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, önemsiz ve yayımlanmamış veriler de dahil olmak üzere belirli bir kişi hakkındaki tüm bilgiler “kişisel veri” olarak nitelendirilmiş, kişiyi belirleyen veya belirlenebilir kılan tüm bilgiler bu kapsamda değerlendirilmiştir. Kişi ise gerçek ya da tüzel kişi olabilecektir<sup>23</sup>.

Ülkemizde, konuyla ilgili yasalama sürecinde olan tasarıda<sup>24</sup> ise kişisel veri kavramı, AB Yönergesi ile uyumlu olarak, “kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ait her türlü bilgiyi ifade eder.” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>25</sup>. Bu tanım esas alındığında, kişi hakkında toplanan her türlü bilgi doğrudan ya da dolaylı olarak belirli bir kişiyi işaret ediyorsa, kişisel veri olarak kabul edilecektir<sup>26</sup>. Dolayısıyla kişisel veri, kişinin sadece özel yaşamı hakkındaki bilgilerden oluşmamaktadır. Aynı zamanda kişiyle ilgili mesleki, ekonomik her türlü bilgiyi içermektedir. Kişinin kimliğini ortaya çıkaran, kişiyi belirli kılan, karakterize eden her türlü bilgi kişisel veri olarak kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

---

*Sınır Ötesi Akışma İlişkin Rehber İlkeler*” ve Birleşmiş Milletler Genel Asambleesi tarafından 1990 yılında kabul edilen “Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyaları Hakkında Yönlendirici İlkeler” dir, **KILINÇ**, s. 1097.

- <sup>22</sup> “Personal data” shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person (‘Data Subject’); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity. Bkz. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, Adopted 20<sup>th</sup> June, [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf), s. 4; (Erişim Tarihi: 01.03.2016).
- <sup>23</sup> **AÇIKGÖZ, Osman**, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013, s. 367 dn. 1400; **BAŞALP**, s. 33; **ÖZDEMİR**, s. 124; **KILINÇ**, s. 1094.
- <sup>24</sup> Kişisel Verilerin Korunması Tasarısı hakkında detaylı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **OĞUZ**, s.17 vd.
- <sup>25</sup> **AKGÜL, Aydın**, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanı'nın “Google Kararı”, TBB Dergisi 2016 (6), s. 12; **KILINÇ**, s. 1095.
- <sup>26</sup> **OĞUZ**, s. 4; **KILINÇ**, s. 1094.
- <sup>27</sup> **AKGÜL**, s. 13; **CİVELEK**, s. 15-16; Kişiyi ait kimlik, adres, kredi kartı, telefon, elektronik posta, kamu kurumlarındaki bilgiler ise kişisel verilerin önemli bir kısmını oluşturmaktadır, **CİVELEK**, s. 20-21.

## 2. Kimlik Hırsızlığı

Kimlik hırsızlığı; gerçek ya da tüzel kişilere ait kişisel bilgilerin yetkisiz kişilerce dolandırıcılık ve diğer suçlarda kullanılmak üzere ele geçirilmesi<sup>28</sup>, iletilmesi (transferi), muhafazası ya da kullanılmasıdır<sup>29</sup>. Kimlik hırsızlığı yoluyla kişilerin parola, kullanıcı adı, banka ve kredi kartı gibi kişisel bilgilerini ele geçiren üçüncü kişiler<sup>30</sup>, bunları dolandırıcılık faaliyeti içinde kullanarak kişilerin büyük zararlara uğramasına neden olmaktadır<sup>31</sup>.

Kimlik hırsızlığı, çevirimdışı (off-line)<sup>32</sup> ve çevrimiçi (on-line) olmak üzere ikiye farklı ortamda gerçekleşebilmektedir<sup>33</sup>. İnternetbankacılığı yoluyla gerçekleştirilen haksız çıkarımları, her iki yoldan elde edilen verilerle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle kişisel verilerin en yaygın ele geçirilme yöntemleri çalışmamızda bir bütün olarak inceleme konusu yapılacaktır<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> Kişisel verilerin ele geçirilmesi amacıyla kimlik hırsızlarının kullandıkları başlıca yöntemler şunlardır: 1) Kimlik, kredi ya da banka kartı çalmak, 2) Posta ya da çöp kutusundan belge çalmak, 3) Cep telefonu ya da bilgisayardan bilgi kopyalamak, 4) Acil bir telefon gibi kişileri arayarak -“anniniz kaza geçirdi”, “arabanız çalındı” ya da “polis sizi arıyor” gibi- gerçekte yanıltıcı bilgilerle karşı tarafın paniğe kapılmasını sağlayıp aranan kişinin kişisel bilgilerinin elde edilmesi, 5) Tam temizlenmemiş eski bilgisayar, disk ya da taşınabilir bellek (USB) ele geçirilmesi, 6) Güvenilir bir web sayfasının (örneğin, çalışılan bankanın) benzerinin kişiye gönderilerek, kişisel bilgilerinin bu şekilde temin edilmesi, 7) Bilgi işlemleri sisteminde korsanlık (hacker) yapılarak kişisel bilgilerin ele geçirilmesi, 8) Kimlik hırsızlığı amacıyla virüs bulaştırılması, 9) İnternette kişisel bilgilerin aranması ve toplanması, 10) Kimlik bilgi ya da belgelerinin başkasına çaldırılması, 11) Kişiyi ait şifre ya da parolaların gizlice takip edilmesi, 12) Yüz yüze ya da telefonla kişinin kandırılarak bilgilerinin alınması, 12) Kişinin bilinen bilgilerinden bilinmeyenlerin tahmin edilmesi, 13) Gasp ya da zor kullanılarak kişiye ait bilgilerin ele geçirilmesi, **AVŞAR/ÖNGÖREN**, s. 54-55.

<sup>29</sup> **CİVELEK**, s. 36.

<sup>30</sup> **CİVELEK**, s. 19.

<sup>31</sup> İNAL, Emrehan, “İnternet Dolandırıcılığı Eylemlerine Karşı Bankanın Yükümlülükleri ve Sorumluluğu”, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 366-367; **YAŞAR, Hakan/ÇAKIR, Hüseyin**, “Kurumsal Siber Güvenliğe Yönelik Tehditler ve Önlemler,” Düzce Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Dergisi, 3 (2015), s. 494.

<sup>32</sup> Klasik kimlik hırsızlığı (çevirim-dışı) metodları hakkında geniş açıklama için bkz. **CİVELEK**, s. 36 vd.

<sup>33</sup> **CİVELEK**, s. 36.

<sup>34</sup> Çevirimdışı (off-line) ve çevrimiçi (on-line) kimlik hırsızlığı yöntemlerinin iki ayrı başlık altında incelenmesiyle ilgili bkz. **CİVELEK**, s. 36 vd.

## B. Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Şekilde En Yaygın Ele Geçirilme Yöntemleri (Kimlik Hırsızlığı Metodları)

### 1. SIM Kart Yenileme ve Operatör Değişikliği

Mevduat sahibi adına sahte bir kimlik düzenledikten sonra GSM şirketinin bayisine giden kötü niyetli üçüncü kişilerin, telefonlarının çalındığı ya da kaybolduğu bahanesiyle yeni bir sim kart çıkartıp, SMS yoluyla mevduat sahibine ait internet şifresini ele geçirme yöntemidir<sup>35</sup>.

### 2. Olta (Phishing) Yöntemi

İngilizcede balık tutma anlamında kullanılan “*fishing*” sözcüğündeki “*f*” harfi yerine “*ph*” konularak türetilen bir kavramdır. Olta atıldığında en azından bir balık yakalanır düşüncesinden esinlenerek türetilmiş bir çevrimiçi kişisel veri elde etme metodudur<sup>36</sup>. Yemleme (oltalama) olarak da Türkçe’ye çevrilen bir saldırı türüdür. Bu yöntemde müşteri, bir banka ya da resmi bir kurum tarafından gönderilmiş gibi hazırlanan e-posta yardımıyla sahte sitelere yönlendirilmektedir. Böylece kişilere ait şifre ya da kredi kartı ayrıntıları öğrenilmektedir<sup>37</sup>. Bu nedenle oltalama yöntemi, e-posta ile dolandırıcılık yöntemi olarak da adlandırılmaktadır<sup>38</sup>. Yani, “*online dolandırıcılığı*” (şifre avcılığı) anlamında kullanılmaktadır. Bilgisayar kullanıcılarına, banka tarafından gönderilmiş izlenimi verilen cazip teklifler niteliğinde e-postalar gönderilmekte, kullanıcının elektronik posta bilgilerini güncellemesi ya da gönderilen bir takım soruları cevaplandırması istenmektedir. Bu amaçla, kullanıcının karşısına posta içinde hazırlanmış kutucuklar veya tıklama sonucunda açılan gerçek görünümlü sahte siteler ya da doğru banka adresini yazdığı halde kullanıcı sahte bir sayfaya yönlendirilen hesap sahibinin kullanıcı adı ve şifresinin elde edilmesi sağlanmaktadır<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Bkz. Türkiye Bankalar Birliği, Dolandırıcılık eylemleri ve Korunma, Aralık 2015, s. 24.

<sup>36</sup> CİVELEK, s. 39.

<sup>37</sup> Bkz. <https://www.bilgiguvenligi.gov.tr/son-kullanici-kategorisi/phishing-saldirilari-ve-sahte-sistemler.html>, (Erişim Tarihi: 04. 12. 2015).

<sup>38</sup> Bkz. <http://www.dergice.com/bilim-teknik/olta-ayni-olta-da-yemi-farkli.html> (Erişim Tarihi: 04. 12. 2015).

<sup>39</sup> **BİLGEN, Mahmut**, “İnternet Bankacılığında Kaynaklanan Zararlarda Bankaların Sorumlulukları”, Bankacılar Dergisi 2009, S. 71, s. 78-79; Ayrıca bkz. **BİLGEN, Mahmut**, Banka Hukukunda Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar ve Hukuki Sorumluluk, Ankara 2011. s. 753; **ATAMER**, s. 23; **İNAL**, s. 367; Kişisel verilerin ele geçirildiği bir diğer yöntem ise MSN Messenger yoluyla, kullanıcıya arkadaşından gönderilmiş izlenimi verilen elektronik posta gönderimidir. Bu mail yoluyla kullanıcının önceden kurgulanmış başka bir siteye girmesi istenmektedir. Kullanıcı siteye giriş yaptığı zaman kendisinden kullanıcı adı (nick name) ve şifre gibi bilgiler istenmektedir. Bu bilgileri ele geçiren bilgisayar korsanları, kişinin e-mailini ve MSN hesabını el geçirmektedir. Aynı yöntemi kullanıcının arkadaşlarına da uygulayarak onların da kişisel bilgilerini elde edebilmektedirler, **BİLGEN**, İnternet Bankacılığı, s. 79; **BİLGEN**, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 753.



Mevduat sahibi, kendi bankasının web adresini yazmasına rağmen e-postada yer alan hyperlink aracılığıyla kendi bankasının bir taklidinin yer aldığı sayfaya yönlendirilmektedir. Farkında olmadan dolandırıcının adresine yönlendirilmektedir. Kişisel verilerini sisteme girdiği zaman kötü niyetli kişilerce bunların öğrenilmesine zemin hazırlamaktadır<sup>40</sup>.

Ortalama saldırıları içerisinde en popüler olanı<sup>41</sup>, bir kurumdan geliyormuş süsü verilerek virüslü bir ek içeren ya da gönderilen bir dosyayı indirmeyi sağlayan, linki olan ve bir kurumdan geliyormuş süsü verilen e-postalardır. Böylece az riskle çok kolay bir şekilde en hızlı sonuca ulaşılmaktadır<sup>42</sup>. Saldırganlar<sup>43</sup>, olta saldırılarıyla kişilerin bankacılıkta kullanılan şifrelerini, e-posta kullanıcı adı ve şifrelerini, sosyal ortamda kullanılan kullanıcı hesaplarını, kişinin TC kimlik numarası ile diğer kimlik bilgilerini ve parasını ele geçirmeyi hedeflemektedir<sup>44</sup>.

### 3. Klavye Hareketleri (Key Logger) Yöntemi (Tuş Vuruşu Kaydetme)

Bir bilgisayarda yapılan her tuş vuruşunu izleme eylemidir. Kötü amaçlı casus bir yazılım olup, bununla parola veya mali bilgiler gibi hassas veriler elde edilmekte, üçüncü kişilerin bunlardan suç amaçlı yararlanması sağlanmaktadır<sup>45</sup>. Bu yöntemde, kısmen “*pishing yöntemi*” ile müşterinin bilgisayarına “*truva atı (trojan horse)*”<sup>46</sup> yerleş-

<sup>40</sup> YASAMAN, Hamdi, Banka Hukuku ile ilgili Makaleler Mütalâalar Birliği Raporları, C. II, İstanbul 2013, s. 143; ATAMER, s. 23; CİVELEK, s. 39.

<sup>41</sup> Olta saldırılarında kullanılan yöntemlerden en yaygın olanları hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZMEN, Şule, Ağ Ekonomisinde Yeni Ticaret Yolu, e-Ticaret, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 2012, s. 501 vd.

<sup>42</sup> <http://www.dergice.com/bilim-teknik/olta-ayni-olta-da-yemi-farkli.html>

<sup>43</sup> Saldırgan çeşitleri hakkında detaylı bilgiler için bkz. ÖZMEN, s. 506-508.

<sup>44</sup> ÖZMEN, s. 502; Daha fazla bilgi için ayrıca bkz. Türkiye Bankalar Birliği, Dolandırıcılık eylemleri ve Korunma, s. 15 vd.; Olta saldırılarından korunmanın yolları hakkındaki detaylı açıklamalar için bkz. ÖZMEN, s. 504 vd.

<sup>45</sup> YASAMAN, s. 144; Bkz. <http://wiki-tech.com/wt/tus-vurusu-kaydedici-keylogger/>, (Erişim Tarihi: 04. 12. 2015).

<sup>46</sup> Bilgisayarlara e-posta ya da internet aracılığıyla sızarak, internete bağlı olduğu sırada kullanıcı farkına varmadan dışarıya veri gönderen programlara “*truva atı*” denilmektedir, AVŞAR/ÖNGÖREN, s. 49; BİLGEN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 752 dn. 329; Dolayısıyla trojan, kötücül bir bilgisayar yazılımıdır. Kullanıcıların isteği olmadan bilgisayarlarına bulaşır. Trojan bulaşan bir bilgisayar “*zombie bilgisayar*” diye tabir edilir. Böyle bir bilgisayara her an uzaktan erişilebilir. Trojanlar, “*truva atı*” olarak da bilinmektedir. Bunlar çok çeşitli şekillerde bilgisayarlara bulaşabilirler. Resim gibi materyallerle birleştirilip kullanıcıya normalde bir resim dosyası gibi gözükür ama aslında bir trojan yazılımı olan resimleri göndererek de kullanıcıları yanıltabilmektedirler. Bu yanılgıya kapılmamak için tanımayan üçüncü kişilerden alınan dosyalar açılmadan önce uzantıları kontrol edilmelidir. Trojanlar şu amaçlarla kullanılabilir: 1) Trojanlar, bilgisayarları zombie bilgisayara çevirmek için kullanılırlar. Zombie bilgisayarlar sayesinde “*ddos saldırıları*” yapılabilir, 2) Banka bilgilerini çalmak için kul-

tirilmektedir. Yerleştirilen truva atı, kullanıcının klavye hareketlerini kaydedip karşı tarafa göndermektedir. Böylece, kullanıcının şifre gibi gizli bilgileri elde edilebilmektedir<sup>47</sup>.

#### 4. Ekran Kayıtları (Screen Logger) Yöntemi (Ekran Kaydediciler)

Bu yöntemin işleyişi, klavye hareketleri (*key logger*) yöntemiyle örtüşmektedir. Ancak kullanıcı bilgilerinin elde edilmesi klavye hareketleri ile sınırlı değildir. Bu yöntemde sistem, bilgisayar faresiyle ekrandaki bir yerin tıklanmasıyla devreye girmektedir. Bu şekilde ekranının tamamının ya da bir kısmının resmi çekilerek karşı tarafa gönderilmektedir. Bu yöntem sayesinde sanal klavye ile girilen bilgilerin ele geçirilmesi mümkün hale gelmektedir<sup>48</sup>.

#### 5. İstenmeyen Elektronik Posta (Spam)

Alıcıya, iradesi dışında gönderilen genellikle zararlı, istenmeyen e-postalardır. Özellikle kötü niyetli yazılım ya da programlar vasıtasıyla (*malware*) bilgi hırsızlığı ve ortalama faaliyetlerinde sıkça kullanılan bir yöntemdir<sup>49</sup>.

#### 6. “Man in the Middle” Yöntemi (Aradaki Adam Saldırısı)

Bu tür saldırılar yukarıda ifade edilenlerden farklılık göstermektedir. Çünkü banka ile müşteri iletişim halindeyken kötü niyetli kişi araya girerek müşteriye ait kişisel verileri elde etmektedir. Bu tür saldırılar genellikle SSL protokolü (*Secure Sockets Layer*) şifrelemesi yapılmayan durumlarda gerçekleşmektedir. Bu yöntem ile elde edilen müşteri verileri ya daha sonra kullanılmaktadır ya da müşterinin verdiği

---

lanılabilirler, 3) Önemli dosya ve bilgilerin çalınması için kullanılabilirler, 4) Önemli kişilerle yapılan görüşmelerin izlenebilmesi ve kayıt altına alınması için kullanılabilirler, 5) Bilgisayarın ekran görüntülerinin kayıt edilmesi amacıyla kullanılabilirler. Trojan şu yollarla bilgisayara bulaşabilir: 1) E-posta yoluyla, 2) İnternet siteleri aracılığıyla, 3) İlegal yazılımlar aracılığıyla, 4) İlegal oyunlar aracılığıyla, 5) Crack vb. illegal yazılım kırma araçlarıyla. Trojanın bilgisayara bulaşmasını engelleyebilmek için; 1) Öncelikle antivirüs programı legal yollardan edinilmeli ve antivirüs devamlı güncel tutmalıdır, 2) Bilgisayara illegal yazılımlar yüklenmemelidir, 3) Crack vb. yazılım etkinleştirici uygulamalardan uzak durulmalıdır, 4) E-posta ile gelen her link tıklanmamalıdır, 5) Deep freeze benzeri yazılımlar kullanılarak da tam koruma sağlanması mümkündür, 6) İmzasız sürücüler yüklenmemelidir, 7) Başkalarından alınan resim vb. gibi dosyalar çalıştırılmadan önce dosyanın uzantıları kontrol edilmelidir, 8) Bilgisayardaki cookie'ler, geçmiş klasörler devamlı temizlenmelidir, 9) Firewall kullanılmalıdır. Daha fazla bilgi için bkz. <http://trojan.nedir.com/#ixzz3qtol8I00>, (Erişim Tarihi: 07. 11. 2015); Ayrıca bkz. Türkiye Bankalar Birliği, Dolandırıcılık eylemleri ve Korunma, s. 14.

<sup>47</sup> YASAMAN, s. 144; ATAMER, s. 23; BİLGEN, İnternet Bankacılığı, s. 79; BİLGEN, Banka Hukukunda Uyuşmazlıklar, s. 753-754; İNAL, s. 367.

<sup>48</sup> BİLGEN, İnternet Bankacılığı, s. 79; Bkz. [http://www.turkcebilgi.org/teknoloji/guvenlik/kisisel-bilgilerin-ele-gecirilme-yontemleri-254549\\_3.html](http://www.turkcebilgi.org/teknoloji/guvenlik/kisisel-bilgilerin-ele-gecirilme-yontemleri-254549_3.html), (Erişim Tarihi: 04. 12. 2015); Daha fazla bilgi için ayrıca bkz. Türkiye Bankalar Birliği, Dolandırıcılık eylemleri ve Korunma, s. 14.

<sup>49</sup> YASAMAN, s. 143; CİVELEK, s. 40.

bilgilere anında müdahale edilerek bunların manipüle edilmiş bir şekilde diğer tarafa iletilmesi sağlanmaktadır<sup>50</sup>.

## 7. Sosyal Mühendislik (Social Engeneering)

Sosyal mühendislik, çeşitli ikna ve kandırma yöntemleriyle kişilerin internetteki zaafiyetlerinden faydalanılarak istenilen bilgilerin elde edilmeye çalışılmasıdır. Bunun için insanların karar verme süreçlerini değiştirmeye yönelik teknikler kullanılmaktadır<sup>51</sup>. Sosyal mühendisler, sosyal ilişkiler kurarak sistemin açıklarının zayıf yönünü keşfetmek amacıyla bilgi toplarlar. Söz konusu açıklar, yazılım ve sistemlerdeki açıklardan ziyade ilgili kişilerin açıklarını bulup sistem hakkında bilgi alma ve sistemin zayıf noktalarını anlamaya çalışma üzerine yoğunlaşmaktadır. Böylece kişilere sezdirilmeden şifre ve güvenlik tedbirleriyle ilgili bilgi almaya çalışılmaktadır. Bunun en tipik örneği ise bilgi edinecekleri kişiye şirketin personeliymiş gibi kendilerini tanıtarak, bazı acil bilgilere ihtiyaç duyulduğunu ifade edip şifre gibi önemli bilgilerin sızdırılmasının sağlanmasıdır<sup>52</sup>.

## 8. Kötü Niyetli Yazılım veya Programlar (Malware)

Kötü niyetli yazılım veya programlar en yaygın şekilde virüs, bukalemun, çerezler ve truva atı şeklinde cep veya sabit telefona ya da bilgisayara yüklenmekte, bunlar aracılığıyla hukuka aykırı bir şekilde kişisel veriler elde edilmektedir. Virüsler, bilgisayarın belleğine yerleştirilen bir yazılım programı olup, çalıştırılabilen bir programa kendisini ekleyerek ya da bir kopyasını oluşturarak çoğalmaktadır. Bukalemun, kullanıcı adı ve şifrelerini taklit sayesinde çok kullanıcıli sistemlerde kendisini gizli bir dosyaya kaydedebilmekte ya da normal bir program gibi çalışabilmektedir. Sistem, bakım amacıyla kısa bir süre için kapatılacağına dair uyarı verdiği sırada bukalemun programını yöneten kişi kullanıcı adı ve şifrelerini elde etmek amacıyla gizli dosyaya bu sırada erişmektedir. Çerezler (*cookies*) ise internet kullanıcısının sabit diskinde bulunur ve

<sup>50</sup> ATAMER, s. 23; BİLGEN, Banka Hukukunda Uyuşmazlıklar, s. 753-754; “(Türkçe: Aradaki adam saldırısı veya Ortadaki adam saldırısı), bir network üzerinde kurban bilgisayar ile diğer ağ araçları (yönlendirici, switch, modem ya da server gibi) arasına girerek verileri yakalama ve şifrelenmemiş verileri görebilme ilkesine dayanan bir saldırı çeşididir. Ağ üzerinde veri paketleri serbestçe dolaşır. Özellikle broadcast olarak salınan paketler, aynı ağa bağlı tüm cihazlar tarafından görülebilir. İlkesel olarak hedefinde kendi IP’si olmayan bir paketi alan makineler, bu paketlerle ilgili herhangi bir işlem yapmamaları gerekir. Ancak istenirse bu paketlere müdahale edebilir ya da içeriğini öğrenebilirler. Aradaki adam saldırısı ağ üzerindeki paketleri yakalayarak manipüle etmek olarak özetlenebilir.” Bkz. [https://tr.wikipedia.org/wiki/Man-in-the-middle\\_attack](https://tr.wikipedia.org/wiki/Man-in-the-middle_attack), (Erişim Tarihi: 04. 12. 2015). Daha fazla bilgi için ayrıca bkz. Türkiye Bankalar Birliği, Dolandırıcılık eylemleri ve Korunma, s. 22 vd.

<sup>51</sup> Sosyal mühendislik dolandırıcılığı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Türkiye Bankalar Birliği, Dolandırıcılık eylemleri ve Korunma, s. 6 vd; Ayrıca bkz. [https://tr.wikipedia.org/wiki/Sosyal\\_m%C3%BChendislik](https://tr.wikipedia.org/wiki/Sosyal_m%C3%BChendislik), (Erişim Tarihi: 04. 12. 2015).

<sup>52</sup> ÖZMEN, s. 508. CİVELEK, s. 36-37.

kullanıcı her internete bağlandığında, dolaşılan siteleri kayıt altına alıp kullanıcının sabit diskine metin olarak yerleştirmektedir. Bu araç, iyi niyetle kullanılabilmesi gibi hukuka aykırı bir şekilde yayın yapan internet siteleri tarafından özellikle şantaj ve baskı aracı olarak da bireylere karşı kullanılabilir. Ancak çerezlerde tutulan bilgiler, çoğu zaman kişisel verilerin korunmasına zarar vermektedir. Truva atı ise yararlı ve yasal gibi görünmekle birlikte bilgisayarları uzaktan yönetmek amacıyla arka kapı açan programlardır. Bilgisayar korsanları bu programları kullanarak sistemin yapılmasını değiştirebilmekte, kullanıcının şifre gibi hassas verilerine de erişebilmektedir<sup>53</sup>.

### 9. Casus Yazılım (Spyware)

Spyware, kötücül bir yazılım türüdür. Kişinin bilgisi olmadan kendisi ya da bir kuruluş hakkında bilgi toplamaya yardımcı olur. Toplanan bilgileri üçüncü kişilere gönderebileceği gibi bu kişilere bilgisayar üzerinde yönetim hakkı da sağlayabilir. Söz konusu yazılım türü, her zaman izleme ve kullanıcı bilgilerini raporlama bileşenlerini içerir. Bilgisayarlara yeni bir yazılım programının yüklenmesi sonucu veya biri sürücü yükleme sonrası ya da aldatıcı pop-up penceresinin bazı seçeneklerinin tıklanmasıyla bulaşabilmektedir. Bu yazılımın amacı, bulaştığı sisteme gizlenmek suretiyle kullanıcı hakkında veriler toplayıp bunları yazılım sahibine iletme<sup>54</sup>.

### 10. Pharming/DNS-Spoofing

İnternet üzerinden iletişim kurabilmek için kişi ya da kurumların her birinin 0 ile 255 arasında dört haneli bir IP adresi (İnternet-Protokolü) alması gerekmektedir. Çünkü internet üzerinden iletişim, IP adresleri üzerinden gerçekleşmektedir<sup>55</sup>. IP adresini oluşturan numaraları akılda tutmak zor olduğu için internet üzerinden iletişime geçilecek bu numaralara bir isim (domain-name) verilmektedir<sup>56</sup>. Bu saldırı türünde kötü niyetli kişiler, alan adı sunucusundaki (DNS-Domain Name Service) dosyada ilgili ismin (domain-name) temsil ettiği numarayı değiştirmektedir. Müşteri, alan adını (domain-name) girdiği zaman başka bir numaraya bağlanmaktadır. Bu müdahale ise genellikle dolandırıcıların daha önce müşterinin bilgisayarına gönderdikleri bir e-postaya yerleştirdikleri virüs ya da truva atı (*trojan horse*) aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla müşterinin herhangi bir aktif davranışı söz konusu değildir. Müşteri, mevduatının bulunduğu bankanın web adresini doğru yazmasına rağmen

<sup>53</sup> CİVELEK, s. 38 vd.

<sup>54</sup> Bkz. <http://spyware.nedir.com/>, (Erişim Tarihi: 04. 12. 2015).

<sup>55</sup> Yargıtay, konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, “İşlemlerin yapıldığı tarih ve saatte hangi IP numaralı bilgisayardan işlem yapıldığı, bu bilgisayarın davacıya ait olup olmadığı, davacıya ait ise bu konuda davacı şirket yetkilisinin beyanının alınması, işlemlerin davacıya ait bilgisayardan yapılmaması halinde ise parola, kullanıcı kodu, şifre gibi kişisel bilgilerin üçüncü kişilerin eline geçmesinde davacının kusurunun bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 11. HD. T. 07. 04. 2009, E. 2008/233-2009/4242 K., Kararın tam metni için bkz. BİLGİN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 760-761.

<sup>56</sup> Konuyla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. BİLGİN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 758 dn. 343.

otomatik olarak sahte bir web sitesine yönlendirilmektedir. Müşteri yönlendirildiği bu sitede kişisel verilerini kullandığı zaman söz konusu veriler dolandırıcıların eline geçmektedir<sup>57</sup>.

### 11. Sistem veya Yazılım Açıklarından Faydalanma (Hacking ve Cracking)

Türkçeye, “*saldırı*” olarak çevrilebilecek hacking yöntemi, elektronik sistem ya da bilgisayar açıklarından yararlanmak için kullanılan en elverişli yöntemlerden birisidir. Bir diğer yöntem ise “*kırma*” anlamına gelen “*cracking*”dir. Her iki yöntemden yararlanılarak kişisel veriler çalınmaktadır. Bu yöntemler aracılığıyla kişisel veriler hukuka aykırı şekilde elde edilebilmektedir<sup>58</sup>.

## II. KİŞİSEL VERİLERİN İNTERNETBANKACILIĞINDA KULLANILARAK MEVDUATIN BAŞKA HESABA AKTARILMASI ve BANKANIN MALVARLIĞININ ZARARA UĞRATILMASI

### a. Mevduat Kavramı ve Mevduat Toplama Faaliyetinin Bankalara Münhasır Bir İşlem Olması

İnternet, herkese açık bir alan olduğu için yetkili olmayan kişilerce sisteme girildiği zaman bir takım hukuki sorunlarla karşılaşılabilir. Bunların başında ise bankanın sitemine girilerek mevduat sahibinin hesabındaki paranın hukuka aykırı şekilde başka kişilerin hesabına aktarılması işlemi gelmektedir. Bu gibi durumda zararın kimin malvarlığında doğduğu ve söz konusu zarara kimin katlanacağı sorunuyla karşılaşılmaktadır. Bu çerçevede, banka ile müşteri arasında yapılan mevduat sözleşmesi gereği bankaya yatırılan paranın mülkiyetinin kime ait olduğu hususunun öncelikle açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu nedenle mevduat kavramı ile mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde yarar vardır<sup>59</sup>.

Mevduat kelime anlamı olarak “*emanete bırakılmış, tevdi edilmiş şeyler*” anlamına gelmektedir<sup>60</sup>. Mevduatımızda mevduatın genel anlamda bir tanımı yapılmamıştır.

<sup>57</sup> YASAMAN, s. 144; ATAMER, s. 22-23.

<sup>58</sup> CİVELEK, s. 40.

<sup>59</sup> YILMAZ, Süleyman, Hukukî Açından İnternet Bankacılığı, Ankara 2010, s. 213.

<sup>60</sup> ÇEVİK, Kemal, Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, 2. Bası, Ankara 2009, s. 283; BATTAL, Ahmet, Bankacılık Kanunu Şerhi (5411 Sayılı Kanun ve Açıklaması), Ankara 2016, s.70-71; Mevduat kelimesi, eski Borçlar Kanunu m. 463’de (TBK m. 512) ifade edilen, “...müdi tarafından verilen şeyi kabul ve onu emin bir yerde hıfzette deruhte eder.” şeklinde tanımlanan “*vedia*” kelimesinden gelmekte ve vedia olarak verilmiş olan mevdu’nun çoğulunu ifade etmektedir, BİLGİN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 225.

mıştır<sup>61</sup>. Öğretide<sup>62</sup> yapılan tanıma göre, gerçek ya da tüzel kişilerin bankalarla yaptıkları sözleşme çerçevesinde istenildiğinde ya da belirlenen vade sonunda çekilmek üzere mevduatı kabul etmeye yetkili bankalara<sup>63</sup> yatırılan paraları ifade etmektedir<sup>64</sup>. Yatırılan paraların mevduat olarak kabul edilebilmesi için bunların mülkiyetinin de bankaya geçmesi gerekir. Aksi takdirde söz konusu paralar mevduat niteliği kazanamayacak, bankaya emaneten bırakılan ya da sadece zilyetliği bankaya geçmiş paralar olarak değerlendirilecektir<sup>65</sup>. Bankanın, yatırılan parayı misliyle iade etme yükümlülüğü altına girmesi mevduatın vazgeçilmez unsurunu oluşturmaktadır<sup>66</sup>. Bu çerçevede bankaya yatırılan paranın mevduat olarak kabul edilebilmesi için bankanın faiz verip vermemesi ya da söz konusu paranın belirli bir vade sonunda geri ödenmesi gibi hususlar önem taşımamaktadır<sup>67</sup>.

Mevduat toplama faaliyeti, sadece bankalara özgü kanunla tanınmış bir yetki olup banka işlemlerinin en önemlisi niteliğindedir<sup>68</sup>. Bankalar, müşteriler tarafından tasarruf mevduatı<sup>69</sup> olarak biriktirilen paraları toplayan ve bunları kredi ve ödünç olarak diğer müşterilerine veren Bankacılık Kanunu'na tabi ticari ve mali kuruluşlardır. Bankacılık faaliyetlerinin temelinde hukuki açıdan güvene dayalı ve inançlı

<sup>61</sup> VURAL, Güven, Türk Banka Hukuku, Ankara 1991, s. 64.

<sup>62</sup> Mevduatın çeşitli kurum ve kuruluşlarca yapılan tanımları için bkz. ÇEKER, Mustafa, Hukuki Yönelimle Banka Mevduatı, Adana 2004, s. 11.

<sup>63</sup> Kalkınma ve yatırım bankalarının genel esaslara göre kişi ya da kuruluşlardan (finans kaynaklarından) sağladıkları paralar, mevduat olarak nitelendirilemeyecektir, VURAL, s. 65.

<sup>64</sup> REİSOĞLU, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, Son Değişikliklerle Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Genel Bölüm ve Madde 1-64, C. 1, Ankara 2015, s. 264; ONUR, Vedat, Bankacılık Hukuku (Hukukî Binyeleri İtibariyle Banka Muameleleri), Ankara 1965, s. 3; KÜNEY, Hikmet, Banka Tekniği, 6. Baskı, Ankara 1989, s. 1; ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 5, 10, 12; ALTAŞ, Hüseyin, "Mevduat Hesabından Yetkisiz Para Çekilmesinde Bankanın Hukuki Sorumluluğu", Ankara Barosu Dergisi 2001, S. 3, s. 37; KARAMAN COŞKUN, Özlem, Bankaların, Telekomünikasyon Şirketlerinin ve Mevduat Sahiplerinin İnternet Bankacılığında Doğan Sorumlulukları, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, C. 2, 2012, s. 171-172; ÇEVİK, s. 284; Mevduatın türleri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 46 vd.; KÜNEY, s. 2 vd.

<sup>65</sup> ÖCAL, Tezer, Türk Banka Sistemi, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları: 59, Ankara 1973; s. 36; VURAL, s. 64-65; KARAMAN COŞKUN, s. 172.

<sup>66</sup> REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 264.

<sup>67</sup> ALTAŞ, s. 37.

<sup>68</sup> DOĞANAY, İsmail, "Bankalardaki Mevduat Hesabından Kısmen Para Çekilirken veya Hesap Kapatılırken Bankaların Göstermek Yükümlülüğünde Olduğu Özen Borcu", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 1994, C. XVII, S. 4, s. 28; ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 5, 10; BİLGİN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 225.

<sup>69</sup> Tasarruf mevduatı, bu ad altında gerçek kişiler tarafından açılan ve çek keşide edilmesi dışında ticari işlemlere konu olmayan mevduat şeklinde tanımlanmaktadır. Bankaya yatırılan bir paranın, tasarruf mevduatı niteliği taşıyabilmesi için; 1) Gerçek kişiler tarafından tasarruf hesabı açılmalıdır, 2) Hesabın, "tasarruf mevduatı" hesabı adı altında açılması gerekir, 3) Açılan hesap üzerine çek keşide edilme dışında herhangi bir ticari işleme konu olmaması gerekir, ALTAŞ, s. 38.

hukuki işlem olarak nitelendirilen “*inançlı vekalet*” ilişkisi bulunmaktadır<sup>70</sup>. Bu çerçevede bankalar, yapılarının bir gereği olarak başkalarının tevdi ettiği paraları kredi verme yoluyla işletirler. Bunun sonucunda elde ettikleri paraların bir kısmını tevdi edenlere faiz olarak dağıtırlar. Kalan kısmını ise kendileri için gelir olarak alıkoşarlar. Mevduat toplama, münhasıran bankalara tanınan bir işlemdir. Dolayısıyla bankacılık sektörü, mevduat toplama yönüyle tekel konumundadır<sup>71</sup>. Münhasıran bankalara özgü bir bankacılık faaliyeti olan mevduat<sup>72</sup>, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu<sup>73</sup> m. 3’de ise dolaylı olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, “*yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız ya da bir ivaz karşılığında istendiğinde ya da belli bir vadede ödenmek üzere para kabulü mevduat kabulü sayılır.*”<sup>74</sup>. Bu hükümde, mevduatın tanımından ziyade mevduat kabulü olarak nitelendirilen faaliyetler düzenlenmektedir<sup>75</sup>. Dolayısıyla mevduat kavramı ilk defa bir üst kavram olarak yeni kanunda tanımlanmaktadır<sup>76</sup>. Buna göre, mevduatın unsurlarını şu şekilde belirlemek mümkündür: 1) Mevduat işlemine konu edilen para, aynen (itibari değeriyle) iade edilmek şartıyla bankaya tevdi edilmelidir, 2) Mevduat ilişkisinde taraflar, paranın geri ödenmesini vadeye bağlayabilir ya da para her talep edildiğinde iade işleminin

<sup>70</sup> BİLGİN, İnternet Bankacılığı, s. 79.

<sup>71</sup> BATTAL, Ahmet, Güven Kurumu Niteliğindeki İşlemlerde Bankaların Hukukî Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 38.

<sup>72</sup> REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 292; BATTAL, Şerh, s. 56, 72; ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 73; Mevduat toplama ve bunu kredi olarak kullandırma işlemleri bankalara münhasır işlemler olduğu için banka niteliğinde olmayan kuruluşların kötü niyetle olmasa bile bu adı kullanıp bankalara ait bu münhasırlığı ihlal etmeleri durumunda, bankalara olan güveninin kötüye kullanılması sonucuyla karşılaşılması muhtemeldir. Bu nedenle, Bankalar Kanunu’na göre, bu kanun veya özel kanunlara göre yetkili olanlar dışında hiçbir gerçek ya da tüzel kişi aslen ya da fer’an meslek edinerek mevduat kabul edemeyecektir. Ayrıca, ticaret unvanları ve kamuya yapacakları açıklamalar ile ilan ve reklamlarında mevduatı kabul ettikleri izlenimini uyandıracak ifade ve deyimleri kullanamayacaklardır. Buna aykırı davranıldığı takdirde hapis ve ağır para cezası söz konusu olacaktır. Bu yaptırıma ek olarak söz konusu işyerleri kapatılabileceği gibi ilan ve reklamların durdurulması ya da toplatılmasına karar verilebilecektir. Yasal düzenlemelerle halkın bankalara karşı olan iyi niyet ve güveninin korunmasının sağlanarak, banka sayılmayan gerçek ya da tüzel kişilerin iyi niyetli olsalar bile banka adını kullanıp halkın bankalara olan güveninin kötüye kullanılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Dolayısıyla mevduat kabul etme yetkisine sahip kurumlar, bankalar ile özel kanunlarına göre yetki verilen diğer kuruluşlardır. Mevduatı kabul yetkisinin bankalara münhasır bir işlem olarak düzenlenmesinin nedeni, bunların devletin denetimi altında bulunan güvenilir kurumlar olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 71 ve dn. 2 ile 5; BATTAL, Güven Kurumu, s. 37, 49.

<sup>73</sup> RG. T. 01. 11. 2005, S. 25983, C. 45.

<sup>74</sup> BİLGİN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 225.

<sup>75</sup> ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 10.

<sup>76</sup> BATTAL, Şerh, s.71.

yapılacağını kararlaştırabilirler, 3) Tevdi edilen paranın, halka duyuru yapılmak suretiyle toplanması şart değildir<sup>77</sup>.

### b. Mevduat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Bir sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından önemlidir. Bu bağlamda müşterinin internette işlem yapabilmesi için bankayla arasında bir mevduat sözleşmesinin öncelikle yapılmış olması gerekir<sup>78</sup>. Diğer bir ifadeyle mevduat ilişkisi<sup>79</sup>, banka ile müşteri arasındaki mevduat sözleşmesiyle kurulmaktadır<sup>80</sup>. Para, banka tarafından kabul edildiğinde mevduat sahibi adına hesap açılmasıyla sözleşme kurulmaktadır. Sözleşmeyle banka, kendisine tevdi edilen paraları güvenli bir şekilde saklama ve istendiğinde iade etmeyi taahhüt etmektedir<sup>81</sup>. Müşteri ise miktarını belirlediği paranın kullanımını bankaya bırakmaktadır<sup>82</sup>.

Mevduat sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı değildir. Banka ile müşterinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile sözleşmenin zorunlu unsurları üzerinde sözlü ya da yazılı şekilde anlaşılması gerçekleşmektedir. Sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarının banka şubesinde yüz yüze gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi elektronik ortamda da gerçekleşmesi mümkündür. Mevduat sözleşmesinin hangi unsurları taşıması gerektiği konusunda kanunda bir düzenleme bulunmadığı için mevduat ilişkisinin özelliklerine bakılarak bunların tespit edilmesi mümkündür. Buna göre, a) Mevduat konusunu oluşturan bir para bulunmalıdır, b) Söz konusu paranın bankanın mülkiyetine geçeceği kabul edilmelidir, c) Tevdi edilen paranın banka tarafından geri ödeneceği taahhüt edilmelidir<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> BATTAL, Güven Kurumu, s. 33-34; BATTAL, Şerh, s.71; ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 6 vd.; Mevduatın bu unsuru ile ilgili olarak öğretilerde farklı görüş ileri sürülmüştür. ÇEKER'e göre, duyuru mevduatın değil, mevduatın kabulünün bir unsurudur. Buna karşılık BATTAL, böyle bir ayırımı gitmeden bankaya tevdi edilen paranın halka duyuru yapmak şartıyla toplanması gerektiği görüşündedir. Bkz. ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 9; BATTAL, Güven Kurumu, s. 34.

<sup>78</sup> YILMAZ, s. 213.

<sup>79</sup> Mevduat ilişkisinin kurulmasıyla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 73 vd.

<sup>80</sup> KÜNEY, s. 2; ALTAŞ, s. 38.

<sup>81</sup> KARAMAN COŞKUN, s. 172.

<sup>82</sup> YILMAZ, s. 212.

<sup>83</sup> ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 20-24; YILMAZ, s. 214.



Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak kanunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir<sup>84</sup>. Konu, öğretilerde tartışmalı olmakla beraber<sup>85</sup> Yargıtay'ın da konuyla ilgili farklı değerlendirmeleri mevcuttur<sup>86</sup>. Öğreti ve Yargıtay uygulaması dikkate alındığında konuyla ilgili başlıca dört görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir<sup>87</sup>.

Bu görüşlerden ilki, mevduatın “tüketim ödünçü (*karz*) sözleşmesi”<sup>88</sup> olduğu yönündedir<sup>89</sup>. Buna göre, bankaların topladıkları paraları işleterek karşılığında müşteriye faiz vermesi ve sözleşmeyle bankaya takas yetkisinin verilmesi, mevduatın bir ödünç sözleşmesi olduğunu göstermektedir. Zira ödünç sözleşmesinde, ödünç veren kimse belli miktar para ya da misli eşyanın mülkiyetini diğer tarafın mülkiyetine geçirmekte, ödünç veren de devraldığı şeyi miktar, nitelik ve değer olarak benzerini geri vermeyi borçlanmaktadır<sup>90</sup>.

<sup>84</sup> YILMAZ, s. 215; Mevduatın hukuki niteliğine göre varılacak sonuçlar farklı olacaktır. Zira mevduat, “tevdi” olarak kabul edildiğinde, mevduat sahibi istediği zaman mevduatı bankadan çekebilecektir. Bu durumda bankanın kendi alacağı ile bankanın borcunu yani mevduatı takas etme imkanı ortadan kalkacaktır. Ancak “ödünç sözleşmesi” olarak nitelendirildiğinde takas imkanı söz konusu olabilecektir. Çünkü böyle bir durumda, istenildiği zaman değil aksine taraflarca belirlenmiş bir vade ya da ihbar süresi öngörülmemiş ise ilk talep tarihinden itibaren altı haftalık bir zaman dilimi içerisinde (TBK m. 392) geri ödenmesi mümkün olabilecektir, VURAL, s. 65 dn. 8 (b)

<sup>85</sup> REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 267; ALTAŞ, s. 38.

<sup>86</sup> YILMAZ, s. 215; Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararında mevduatı, “*karz sözleşmesi*” olarak nitelendirirken, diğer bir kararında ise “*vedia sözleşmesi*” olarak nitelendirmiştir. Ancak son kararlarında her iki sözleşmenin niteliklerini taşıyan “*kendine özgü bir sözleşme*” olarak nitelendirmiştir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. BİLGİN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 226 ve dn. 158-159.

<sup>87</sup> ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 25.

<sup>88</sup> Tüketim ödünçü sözleşmesi BK m. 306 vd. maddelerinde “*karz akdi*” olarak düzenlenmişti. TBK'da ise söz konusu kavram sadeleştirilerek “*Tüketim Ödünçü Sözleşmesi*” kavramıyla ifade edilmektedir, KURT, Ekrem, Tüketim Ödünçü Sözleşmesi (Karz Akdi), Ankara 2014, s. 14; Yargıtay, konuyla ilgili verdiği bir kararda, “*Tarafların, yekdiğerine yüklediği vعاibe nazaran banka ile tevdiat sahibi arasında teessüs eden münasebet, ticari karz münasebetidir.*” şeklinde hüküm tesis etmiştir, YTD. 17. 5. 1955, 1812/3707. Bkz. BİLGİN, Banka hukukunda sözleşmeler, s. 230.

<sup>89</sup> REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 268; VURAL, s. 65; ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 26; ALTAŞ, s. 38; YILMAZ, s. 216.

<sup>90</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Baruk, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014, s. 733; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 498; ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013, s. 377; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Harzılanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012, s. 298; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 439-440; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 711; KURT, s. 15.

İkinci görüşe göre, mevduatın hukuki niteliği tüketim ödünçü değil, “*usulsüz tevdi sözleşmesi*” dir<sup>91</sup>. Çünkü bankalara para yatıran kişilerin amacı, paranın işletilerek faiz geliri elde edilmesinden ziyade güvenli bir şekilde saklanmasını sağlamaktır<sup>92</sup>. Usulsüz tevdi paranın aynen değil mislen iadesi söz konusudur<sup>93</sup>. Bu durumda mevduata vedia hükümleri uygulanacak, TBK m. 570’de düzenlenen usulsüz tevdi-misli eşyaların saklanması- hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>94</sup>.

Üçüncü görüşe göre mevduat sözleşmesi “*karma bir sözleşme*” dir. Karma sözleşme (karışık muhtevali akit), kanunun çeşitli sözleşme tipleri için öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmesinden meydana gelmektedir<sup>95</sup>. Buna göre mevduat sözleşmesi de ödünç (karz), usulsüz tevdi ve vekâlet sözleşmelerinin özelliklerini taşımaktadır. Zira ödünç sözleşmesinde, bankaya yatırılan paranın misli ile iade edilmesi karşılığında, bankanın bu paradan yararlanması söz konusu olmaktadır. Oysa usulsüz tevdi amaç, paranın saklanmasıdır. Dolayısıyla verilen bu hizmet karşılığında para alınmakta ancak faiz verilmemektedir. Bu durum, mevduatı usulsüz tevdi sözleşmesinden uzaklaştırarak ödünç sözleşmesine yaklaştırmaktadır. Zira uygulamada bankalar, vadesiz hesaba bile faiz vermektedir. Bankanın mevduat işlemlerini takip ederek hesaba faiz tahakkuk ettirmesi, müşterinin talebi olmadığı halde mevduatı yenilemesi, vergileri mahsup etmesi gibi hususlar ise mevduat sözleşmesini vekâlet sözleşmesine yaklaştırmaktadır<sup>96</sup>.

Bizim de katıldığımız dördüncü ve son görüşe göre ise mevduat sözleşmesi, kanunda öngörülen sözleşme tiplerinden herhangi birisine uygun düşmediği için “*kendine özgü (sui generis) bir sözleşme*” dir<sup>97</sup>. Yani, tipik sözleşmelerden hiç birine ait olmayan unsurlardan meydana gelir ve niteliği bakımından tam anlamıyla bağımsız

<sup>91</sup> Usulsüz tevdi sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 472’de; “*Usulsüz tevdi, mudi tarafından verilen bir miktar para, misli eşya veya kıymetli evrakın emin bir yerde saklanması ve belli bir süre sonra ya da istendiğinde mislen geri verilmesini doğuran bir sözleşmedir.*” şeklinde düzenlenmiştir, BİLGEN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 226 dn. 160; Aynı hükmün karşılığı 6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 570’de, “*Misli Şeylerin Saklanması*” olarak düzenlenmiştir.

<sup>92</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 645-646.

<sup>93</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1385-1386; EREN, Özel Hükümler, s. 755; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 646; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 711; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, C. 2, İstanbul 2012, s. 286.

<sup>94</sup> REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 267; YILMAZ, s. 216-217.

<sup>95</sup> KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevali Akit, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara 2013, s. 15-16, 157; EREN, Özel Hükümler, s. 871; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 25; ARAL/AYRANCI, s. 53; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 16; GÜMÜŞ, C. 1, s. 8.

<sup>96</sup> ATAMER, s. 16; ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 28-29; VURAL, s. 65; ONUR, s. 22-23; KÜNEY, s. 2; ÇEVİK, s. 286; YILMAZ, s. 217-218.

<sup>97</sup> DOĞANAY, s. 27-28; REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 268; ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 2; VURAL, s. 65; YILMAZ, s. 218-219; KARAMAN COŞKUN, s. 173-174.

bir sözleşmedir<sup>98</sup>. Diğer bir ifadeyle, kendisine özgü yapısı olan sözleşmeleri oluşturan unsurlar, kısmen ya da tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinde yer almaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu çerçevede bu tür sözleşmelere uygulanacak hükümler şu şekilde belirlenecektir. Söz konusu sözleşme; dürüstlük, iyiniyet kurallarına ve işlerde yaygın teâmüllere göre yorumlanır ve tamamlanır. Nitelikleri elverdiği ölçüde benzedikleri sözleşme tipleriyle ilgili kanun hükümleri uygulanır. Sözleşmeyle ilgili sorunlara ihtiyaç duyulduğu takdirde, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden de yararlanılır. Özellikle mahkeme içtihatları ile ilgili tespit edilmiş âdet hukukunda, karşılaşılan sorunların çözüm yolları bulunur. Bazı durumlarda ise hâkim, MK m. 1'in verdiği yetkiye dayanarak, hukuk kuralı koymak suretiyle karşılaştığı sorunu çözecektir<sup>99</sup>.

Mevduat sözleşmesi de Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden hiç birisinin özellikleri bulunmamaktadır. Mevduat işlemi mevduat sahibi parasını işleterek gelir elde etmeyi hedeflediği için sözleşme bu yönüyle ödünç (karz) sözleşmesine yaklaşmaktadır. Ancak, mevduatın güvenilir bir kurumda saklanma amacı güdülmesi ise sözleşmeyi vedia sözleşmesine yaklaştırmaktadır. Ayrıca, müşterinin hesabına yönelik çeşitli hizmetlerin banka tarafından sunulduğu da göz önünde bulundurulduğunda, vekâlet sözleşmesinin unsurları da söz konusudur. Dolayısıyla niteliğine uyduğu ölçüde mevduat sözleşmesine; ödünç, vekâlet ve vedia sözleşmelerinden kıyas yoluyla yararlanılmalıdır<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> KUNTALP, s. 14-15; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 29; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 24; GÜMÜŞ, C. 1, s. 10; Karşıt görüş için bkz. ÇEVİK, s. 286.

<sup>99</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 29; Sui generis-kendine özgü sözleşmede boşluk doldurma hakkında detaylı açıklamalar için bkz. KUNTALP, s. 294-295.

<sup>100</sup> REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 268; ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 2; VURAL, s. 65.

Yargıtay, son zamanlarda verdiği kararlarda<sup>101</sup> mevduatı, ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliğini taşıyan “*sui generis -kendine özgü bir sözleşme-*”<sup>102</sup> olarak nitelendirmiştir<sup>103</sup>.

### c. Sözleşme Süresince Mevduatın Riski Bankada olduğu için Gerçekleştirilen Eylemin Bankaya Karşı Haksız Fiil Oluşturması ve Zararın Bankanın Malvarlığında Ortaya Çıkması

Mevduatın hukuki niteliği göz önünde bulundurulduğunda, müşteriye ait kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde çeşitli yöntemlerle ele geçirilmesinden sonra internet bankacılığı yoluyla bankadaki mevduatının üçüncü kişilerin hesabına aktarılması, bankanın malvarlığına karşı bir haksız fiil oluşturmakta ve bundan nedenle meydana gelen zarar bankanın malvarlığında gerçekleşmektedir<sup>104</sup>. Zira parasını gü-

<sup>101</sup> Yargıtay’ın mevduatı ilk kararlarında “usulsüz tevdi” ve buna “karz akdi” hükümlerinin uygulanacağı konusundaki yaklaşımı ve bunun eleştirisi için bkz. REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 268.

<sup>102</sup> Aynı görüşte bkz. ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 31; YILMAZ, s. 219; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu konuyla ilgili bir kararında, “...Bankalar, yazılı ve sözlü duyurularla halktan faiz veya iwaz karşılığında topladıkları paraları, Türk ekonomisinin güçlenmesi doğrultusunda değerlendiren ve aynı zamanda bu mevduatlardan para kazanan kuruluşlardır. Bankalar kendilerine yatırılan paraları mudilere istendiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdürler. Bu tanımlamaya göre mevduat, ödünç (karz) ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. Bunun sonucu olarak mevduatın niteliğine uygun düştüğü ölçüde karz(ödünç) ve usulsüz tevdi sözleşmesi hükümlerinin kayasen uygulanması gerekir. Borçlar Kanunu’nun 306 ve 307. maddeleri uyarınca ödünç alan, akdin sonunda ödünç verilen parayı iade ve eğer kararlaştırılmışsa faizi ile iade etmeye mecburdur. Aynı Yasanın 472/1 maddesi uyarınca usulsüz tevdi paranın nefi ve hasarı mutlak şekilde müsteveada (saklayan)’a geçtiği için ayrıca açıklamaya gerek kalmadan saklayan bu parayı kendi yararına kullanabilir. Ancak mudi’nin istediği zamanda iade ile yükümlüdür. Bankalar, türlü bahanelerle yararlandıkları bu parayı iadeden kaçınmazlar...”, YHGK, T. 15. 06. 1994, 1994/11-178,398; Aynı doğrultuda kararlar için bkz. Yarg. 11. HD, T. 24.02.2009, E. 2007/7339-K.2009/2075; Yarg. 11. HD, T. 05.10.2009, E. 2008/5603-2009/1001 K., Bkz. BİLGİN, İnternet Bankacılığı, s. 91-92; BİLGİN, Banka Hukukunda Uyuşmazlıklar, s. 227 vd.

<sup>103</sup> REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 269; BİLGİN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 226; YILMAZ, s. 218-219; Yargıtay’ın konuya yaklaşımı ve bu doğrultudaki kararları için bkz. ATAMER, s. 16 dn. 3; ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 29-30.

<sup>104</sup> ATAMER, s. 19-20; BİLGİN, İnternet Bankacılığı, s. 82; YILMAZ, s. 219; Öğretide İNAL, kişisel verilerin mevduat sahibinin kusuru ile üçüncü kişilerin eline geçip geçmediği konusunda bir ayırım yapılarak bu konuda bir sonuca varılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, kişisel verilerin üçüncü kişilerin eline geçmesinde mevduat sahibinin kusurunun olmaması halinde bu görüş doğru olarak kabul edilebilecektir. Buna karşılık kişisel verilerin üçüncü kişilerin eline geçmesinde mevduat sahibinin kusurunda bahsediliyorsa, bu görüşe katılmanın mümkün olmadığını ifade etmektedir. Zira böyle bir ihtimalde dolandırıcıların kimlik bilgilerini mevduat sahibinden ele geçirdiğini dolayısıyla doğru ve gerçek bilgileri sistemde kullandıklarını, bu bilgilerden dolayı banka sisteminin kullanıcıyı mevduat sahibi olarak algıladığını dolayısıyla doğru kullanıcı adı ve şifre kullanılması nedeniyle üzerine düşen sorumluluğu yerine getirdiğini ifade etmektedir. Söz konusu duruma mevduat sahibi kusuruyla neden olduğu için rizikonun buna rağmen bankada olduğu ve zararın bankanın malvarlığında gerçekleştiğinin ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir. Konuyla ilgili detaylı açıklamalar için Bkz. İNAL, s. 368; Biz mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğini göz önünde bulundurarak öğretideki çoğunluk görüşe katılıyoruz. Kanaatimizce, bankaya paranın yatırılmasıyla birlikte mevduatın özelliği gereği mülkiyeti bankaya geçmektedir. Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği göz önünde bulun-

venli bir yerde saklama ve istediği zamanda çekebilme imkânına sahip olmak için müşterinin bankada vadesiz hesap açması halinde, TBK m. 570'de düzenlenen saklama sözleşmesi (vedia) türlerinden usulsüz tevdi sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. Müşterinin parasını vadeli bir mevduata yatırarak bundan faiz elde etmesi durumunda ise BK m. 386'da düzenlenen tüketim ödücü (ödücü) sözleşmesinin nitelikleri ağırlık kazanacağı için bu sözleşmenin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla hem tüketim ödücü (karz) hem de usulsüz tevdi sözleşmesinde belirleyici unsur, her iki sözleşmenin konusunun aynen iade değil de mislen iade borcu doğuran para, misli eşya ya da kıymetli evrak olmasıdır<sup>105</sup>. Her iki sözleşmede de para ya da şeyin mülkiyeti ödünç alan ve tevdi edilene (müstevdi) geçtiği için sözleşme süresince ortaya çıkacak riskler de ödünç alan ya da müstevdi konumundaki bankaya geçecektir<sup>106</sup>. Bununla birlikte bankanın müşteriye sunduğu çeşitli hizmetler göz önünde bulundurulduğunda, mevduatta vekâlet sözleşmesi hükümlerinin daha ağırlık kazandığı kabul edilse bile sonuç değişmeyecektir. Zira TBK m. 510'a göre vekil, vekâletin icrası nedeniyle yaptığı masraf ve uğradığı zararın tazminini istemeye yetkilidir<sup>107</sup>. Oysa internet üzerinden gerçekleşen sahte talimatlar, mevduat sahibinin iradesi niteliğinde kabul edilemeyeceği için TBK m. 510/f. 2 anlamında vekâletin yerine getirilmesi nedeniyle uğranılan bir zararın varlığı da ileri sürülemez. Mevduat sahibinin geçerli bir talimatı olmamasına rağmen banka ödemedi bulunuyorsa, bankanın kendi malvarlığından ödeme yaptığı kabul edilecek ve bunun sonuçlarına da banka katlanacaktır. Banka, müşterisine karşı ödediği miktarı borçlu olmaya devam edecek, müşterinin buna yönelik bankaya karşı ileri süreceği talebi ise bir tazminat davası değil çeşit borcuna yönelik bir ifa davası olacaktır. Bu noktada borçlu bankanın kusurlu olup olmadığı önemli değildir<sup>108</sup>. Dolayısıyla banka, müşterisinin mevduatının hukuka aykırı bir şekilde üçüncü kişilerin hesabına aktarılmasından doğan zararlardan sorumludur. Çünkü mevduat bankaya yatırıldığında mülkiyeti

---

durulduğunda, paranın yatırılmasıyla birlikte yarar ve hasardan banka sorumludur. Ancak internet bankacılığı yoluyla kişisel verilerin kötüye kullanılması sonucunda eğer bir zarar doğmuşsa, bankanın söz konusu zararın doğmasına neden olan kişilere karşı tazminat talep etmesine engel yoktur.

<sup>105</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 735-737, 1385; EREN, Özel Hükümler, s. 501, 755; GÜMÜŞ, C. 1, s. 440; GÜMÜŞ, C. 2, s. 286-287; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 377-378; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 712.

<sup>106</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 756; GÜMÜŞ, C. 2, s. 286-287; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 796; YILMAZ, s. 219.

<sup>107</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1215-1216; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 622; ARAL/AYRANCI, s. 410-411; GÜMÜŞ, C. 2, s. 182-183; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 787.

<sup>108</sup> ATAMER, s. 16-19; Bankanın kusuru, zarar veren kişi tarafından ödenecek tazminatın belirlenmesi bakımından dikkate alınacaktır, YILMAZ, s. 221.

kendisine geçmekte, buna yönelik bir haksız fiil işlendiğinde meydana gelen zarar da bankanın malvarlığında gerçekleşmektedir<sup>109</sup>.

### III. KİŞİSEL VERİLERİN İNTERNET BANKACILIĞINDA KULLANILMASI SONUCU MEYDANA GELEN ZARAR NEDENİYLE MEVDUAT SAHİBİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

#### A. Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlülükler Nedeniyle Mevduat Sahibinin Bankaya Karşı Sorumlu Olması

##### 1. Mevduat Sahibi ile Banka Arasında Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkisinin Bulunması

Borç ilişkisi kavramı, Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Öğretide ise dar ve geniş anlamda olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda borç ilişkisi, iki veya daha fazla kişi arasındaki bir hukuki ilişkidir. Bu ilişki gereği borçlu taraf, alacaklı tarafa bir edimi yerine getirmekle sorumludur. Yani, alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda olduğu bir tek edimi içeren hukuki ilişkidir. Söz konusu hukuki ilişki, bir tek alacak veya borcu içermektedir<sup>110</sup>.

Geniş anlamda borç ilişkisi ise alacaklı ile borçlu arasında çok sayıda hak ve borcun doğumunun temelini oluşturan hukuki bağıdır. Bu bağ gereği taraflardan birisi

<sup>109</sup> BİLGİN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 763; YILMAZ, s. 219-220; Yargıtay, konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, "...Dava, banka nezdinde açılmış olan hesapta bulunan paranın davacının bilgisi ve izni dışında internet yoluyla yapılan işlemler sonucu çekilmesi suretiyle uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Bankalar kendilerine yatırılan paraları mudilerine istendiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdür (4491 sayılı Yasa ile değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu 10/4 ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 61. maddesi). Bu tanımlamaya göre mevduat ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. BK'nun 306 (TBK m. 386) ve 307(TBK m. 387). maddeler uyarınca ödünç alan, akdın sonunda ödünç verilen parayı eğer kararlaştırılmışsa faizi ile iadeye mecburdur. Aynı Yasa'nın 472/1. maddesi uyarınca usulsüz tevdi paranın nefi ve hasarı mutlak şekilde saklayana geçtiği için ayrıca açıklamaya gerek kalmadan saklayan bu parayı kendi yararına kullanabilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, usulsüz işlem ile çekilen paralar aslında doğrudan doğruya bankanın zararı niteliğinde olup, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağı aynen devam etmektedir. Usulsüz işlemlerin gerçekleşmesinde ispatlandığı takdirde mevduat sahibinin müterafik kusurundan söz edilir ve banka bu kusur oranı üzerinden hesap sahibinin alacağından mahsup talebinde bulunabilir. Somut olayda mahkemece, GSM şirketinin abone merkezinden sim kartın kaybedildiğinden bahisle sahte kimlikle yeniden çıkartıldığı, şirketin kimlik kontrolü yapmadığı, sim kartın yetkisiz kişilerin eline geçmesini engellemek için gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle, kusurlu kabul edilmiştir. Oysa, dava konusu olayda davacının banka hesabında bulunan para 3. kişiler tarafından rızası hilafına alınmış olup, dolandırıcılık eylemi bankaya karşı işlenmiştir. Banka müşterisi olan davacının açmış olduğu böyle bir davada GSM şirketi aleyhine hüküm kurulması doğru değildir..." şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yarg. 11. HD. T. 10.10.2011, E. 2010/2208-2011/12509K. (Yayımlanmamıştır).

<sup>110</sup> EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 21-22; ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 29.

diğer taraf lehine belirli bir davranışta bulunmakla yükümlüdür. Diğer tarafa ise söz konusu davranışı yerine getirme yetkisi verir. Ancak borç ilişkisinden sadece edim yükümlülükleri doğmamaktadır. Aslî nitelik taşıyan edim yükümlülükleri yanında ikincil (tâli) ve yan nitelik taşıyan edim yükümlülükleri ile def'i ve fesih hakları da doğmaktadır<sup>111</sup>. Dolayısıyla geniş anlamda borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkinin tümünü ifade eder. Bu ilişkiden; yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleriyle, inşâ haklar ve hukuki durumların doğması<sup>112</sup> gibi çok sayıda edim yükümlülükleri doğar. Bu çerçevede, alacaklı ile borçlu arasında bir ya da daha fazla alacak hakkı ile bazı ikincil (tâli) haklar ve borçları içermektedir<sup>113</sup>. Dolayısıyla geniş anlamda borç ilişkisi, çeşitli borçların kaynağını teşkil etmektedir<sup>114</sup>.

Taraflar arasında özel bir hukuki ilişki ya da hukukî bağı ifade eden borç ilişkisi, belirli bir amacın gerçekleştirilmesi için kurulmaktadır. Söz konusu amaç, tarafların belirli bir davranışta bulunmasıyla ancak gerçekleşebilmektedir. Dolayısıyla borç ilişkisinden, söz konusu davranışlarla ilgili yerine getirilmesi zorunlu bir takım yükümlülükler doğmaktadır. Bu yükümlülüklerin en önemlisi ise borç ilişkisinin temelini teşkil eden edim yükümlülükleridir<sup>115</sup>. Edim yükümü, borç ilişkisinin nitelik ve muhtevasını belirlediği gibi ona bir takım ayırıcı özellikler de kazandırmaktadır.

<sup>111</sup> AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2015, s. 21.

<sup>112</sup> Örneğin, feshi ihbar ya da seçimlik hakların kullanılmasına muhatap olma gibi, ARAL, s. 30.

<sup>113</sup> OĞUZMAN/M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2015, s. 3-4; EREN, Genel Hükümler, s. 22.

<sup>114</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 4.

<sup>115</sup> Bir borç ilişkisinden, aslî ve yan edim yükümlülükleri doğar. Aslî edim yükümü, borç ilişkisiyle birlikte doğan, borç ilişkisinin tipini belirleyen ve borç ilişkisine hukuki özelliğini veren yükümlülüklerdir. Aslî edim yükümünün konusu, taraflar arasındaki borç ilişkisinin esaslı noktalarını oluşturur. Kural olarak bu esaslı noktalar üzerinde taraflar arasında bir anlaşma olmadıkça, geçerli bir borç ilişkisinden bahsedilemeyecektir. Yan edim yükümlülükleri ise tıpkı aslî edimlerde olduğu gibi borç ilişkisiyle doğmakta ve bağımsız olarak dava edilebilmektedir. Bu yükümlülüklerin amacı, aslî edim yükümlülüğünün yerine getirilmesine yönelik alacaklının menfaatinin en geniş bir şekilde ve tam olarak gerçekleşmesini sağlamaktır. Dolayısıyla aslî edim yükümlülüğüne fonksiyon itibarıyla bağlı olup, aslî edim yükümlülüğünün görevini tamamlayıcı bir nitelik taşırlar. Söz konusu fonksiyonel bağlılık nedeniyle her iki edim türü birbirinden ayrılır. Yan edim yükümlülükleri, bizzat kanun tarafından öngörülebileceği gibi taraflarca sözleşmeyle kararlaştırılması da mümkündür. Yan edim yükümlülüklerinin bir diğer kaynağı ise TMK m. 2/f. 1' de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Dolayısıyla borçlu, borç ilişkisinden doğan aslî edimini yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdür. Borçlunun söz konusu yükümlülüğünün kapsamı, taraflar arasındaki sözleşmenin ya da kanun hükümlerinin dürüstlük kuralı çerçevesinde yorum ve tamamlanması suretiyle belirlenecektir, KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 19. Bası, Ankara 2015, s. 28; ARAL, s. 36-37; Edim Yükümlülüklerinin (aslî yükümlülükler) kendi içerisinde, "Aslî edim yükümlülükleri" ve "Yan edim yükümlülükleri" şeklinde ikiye ayrıldığı ve bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 31 vd.



Borçlunun, alacaklıya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin ifasıyla borç ilişkisi amacına ulaşmaktadır<sup>116</sup>.

İnternet aracılığıyla işlem yapabilmek için mevduat sahibi ile banka arasında internet aracılığıyla bankacılık işlemlerinin yapılabilmesi konusunda bir sözleşme yapılması ve bu sözleşme kapsamında mevduat sahibinin internet ortamında hesabına erişim imkanının sağlanması gerekir<sup>117</sup>. Bu sözleşme gereği, mevduat sahibinin kişisel verileri banka tarafından oluşturulan interaktif bankacılık alanına yüklenecektir. Mevduat sahibi tarafından alana her girildiğinde, söz konusu bilgiler değişken şekilde sorularak şifre görevi görecektir. Ayrıca sözleşme gereği mevduat sahibine kişiye özel bir müşteri numarası ve şifre verilmektedir. Bunlar, bankanın kişiyi teşhis etmesine yardımcı olmakta, kişisel bilgilerle birlikte kullanılması sonucunda ise interaktif bankacılık için tahsis edilen alana erişim sağlanmaktadır<sup>118</sup>. Uygulamada müşteriler, internet bankacılığı ve diğer alternatif dağıtım kanallarının<sup>119</sup> sunduğu hizmetlerden<sup>120</sup> yararlanmak amacıyla bankalarla önce “mevduat sözleşmesi”, sonra da “Bankacılık Hizmet ve Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi” imzalamaktadır<sup>121</sup>. Bu sözleşme, mevduat hesabının açılması sırasında ya da hesap açıldıktan sonra taraflar arasında taraflar arasında kurulmaktadır. Sözleşme olmadan mevduat sahibi internet bankacılığı hizmetlerinden yararlanamamaktadır<sup>122</sup>. Söz konusu sözleşmelerle mevduat sahibi ile banka arasındaki borç ilişkisinden tarafların çeşitli hak ve yükümlülükleri doğmaktadır.

<sup>116</sup> ARAL, s. 33-34.

<sup>117</sup> KÜNEY, s. 2; ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 106; ÇEKER, Mustafa, “İnternet Ortamında Yapılan Usulsüzlüklerden Bankaların Hukuki Sorumluluğu (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Münasebetiyle), Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.253.

<sup>118</sup> ÇEKER, Armağan, s.253.

<sup>119</sup> Diğer alternatif dağıtım kanalları; mobil bankacılık, tv bankacılığı, postaneler, telefon bankacılığı ve çağrı merkezleri olarak ifade edilmektedir, EROĞLU, Nadir/YÜCEL, İzzet Sencer, “Türkiye’deki Kurumsal Banka Müşterilerinin İnternet Bankacılığı Kullanım Eğilimlerini Belirleyen Başlıca Faktörler Üzerine Ampirik Bir Çalışma”, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü E-Dergisi (<http://e-dergi.marmara.edu.tr/index.php/bsed>), Y. 2, S. 2 (Ocak-2012), s. 4.

<sup>120</sup> Bireysel internet bankacılığı kapsamında sunulan hizmetler: a) Hesap açılışları, b) Para transferleri (Hesaplar arası isme havale, Hesaba havale, EFT), c) Ödemeler (Senet ödeme, SSK ödeme, Vergi ödeme, Fatura Ödeme), d) Kredi Kartı İşlemleri (ekstre bilgileri, kredi kartı borç ödeme), e) Döviz alıp satma ve kurları görüntüleme, f) Yatırım Yapabilme (repo, otomatik repo, fon, bono alım-satımı), g) Hisse Senedi İşlemleri (alım-satım, fiyat görüntüleme), h) Düzenli otomatik ödeme emri (otomatik ödeme, fatura talimatı), ı) Genel Bilgi/Hesap Makinesi (repo faiz hesaplama, vadeli mevduat faiz hesaplama, döviz alım-satımı hesaplama, hisse senedi alım-satımı hesaplama), i) Sık Yapılan Transfer Bilgileri (isme havale hesabı ekleme, EFT hesabı ekleme), DENİZ, Recep Baki, “Türkiye’de Özel Sermayeli Ticaret Bankalarında Bireysel İnternet Bankacılığı ve Diğer Alternatif Dağıtım Kanalları”, Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F Dergisi 2003, C. XVII, S. 1, s. 108; EROĞLU/YÜCEL, s. 4; ÇEKER, Banka Mevduatı, s. 107.

<sup>121</sup> BİLGİN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 743.

<sup>122</sup> KARAMAN COŞKUN, s. 174.



## 2. Mevduat Sahibinin Bankaya Karşı Sözleşmeden Doğan Yan Yükümlülüklerinin Olması

Borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında kurulan bir hukuki ilişkidir. Bu ilişki gereği borçluyu alacaklıya bağlayan ve borçlunun yerine getirmesi gereken yükümlülükler; aslî yükümlülükler (edim yükümlülükleri) ve yan yükümlülükler<sup>123</sup> şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Borçlunun, alacaklıya karşı aslî yükümlülüğü (edim yükümlülüğü), borç ilişkisinin asıl konusunu oluşturur. Buna göre, borçlunun alacaklı yararına borçlandığı ve gerçekleştirmek zorunda olduğu bir menfaat ya da davranış aslî yükümlülüktür. Ancak borç ilişkisinin içeriği sadece aslî yükümlülük (edim yükümlülüğü)'ten ibaret değildir. Bunun yanında borç ilişkisi diğer bazı yan yükümlülükler de içermektedir<sup>124</sup>. Edim yükümlülüğü dışında kalan yan yükümlülükler, iki amaca hizmet ederler. Bunlar ya aslî edimin tam ve doğru ifasına yardım ederler ya da alacaklının edim menfaati dışındaki diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin muhtemel bir zarardan korunmasını sağlarlar. Dolayısıyla sözleşmeden doğan borç ilişkileri, alacaklının hem edim menfaatini hem de korunma menfaatini kapsamaktadır. Bu nedenle yan yükümlülükler, hizmet ettikleri amaca göre “*ifaya yardımcı yan yükümlülükler*” ve “*koruyucu yan yükümlülükler*” şeklinde ikiye ayrılmaktadır<sup>125</sup>.

Ifaya yardımcı yan yükümlülükler; sözleşmeye tipini veren, aslî edimin sözleşmenin amacına uygun olarak tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet eden yükümlülüklerdir. Dolayısıyla alacaklının ifa menfaatinin aktif bir şekilde korunması ve gerçekleşmesini sağlarlar<sup>126</sup>. Bu çerçevede, ifa hazırlıkları ve ifa anında ortaya çıkan yükümlülükleri ifade etmektedir<sup>127</sup>. Koruyucu yan yükümlülükler ise ifa ile dolaylı ilgilidir. Asıl işlevleri, ifa fiili nedeniyle ya da ifa dolayısıyla alacaklının mal ve şahıs değerlerini muhtemel zararlardan korumaktır. Dolayısıyla alacaklının edim menfaat-

<sup>123</sup> Yan yükümlülükler, “*bağımlı yan yükümlülükler*”, “*diğer davranış yükümlülükleri*” kavramlarıyla ile ifade edilmektedir. Bu tür yükümlülüklerle öğretilde, “*özen gösterme yükümlülükleri*” de denilmektedir. Kaynağı TMK m. 2’de ifade edilen doğruluk ve güven (dürüstlük) kurallarıdır, EREN, Genel Hükümler, s. 37; KILIÇOĞLU, s. 30.

<sup>124</sup> ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2015, s. 9-10, 13; Öğretilde, borç ilişkisinden doğan edim yükümlerinin sınıflandırılması ve konuyla ilgili kullanılan terimlerde bir birlik bulunmamaktadır. İsviçre-Türk Hukukunda borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin tasnifinde hâkim görüş, borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin aslî ve yan yükümlülükler şeklinde ayırma tabi tutulmasıdır. Koruma yükümlülükleri ile yan edim yükümlülükleri, yan yükümlülükler kapsamında kabul edilmektedir. Bu nedenle ifası bağımsız olarak dava edilebilen ve edilemeyen yan yükümlülükler ayırımı yapılmaktadır. Bu noktada düşünce farklılıklarının ortaya çıkması, borç ilişkisinin kapsamına dahil edim yükümlülüğü dışındaki yükümlülüklerin sınıflandırılmasındaki zorluktan kaynaklanmaktadır, ARAL, s. 31, 41.

<sup>125</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 29-30, 37; KILIÇOĞLU, s. 30; ANTALYA, C. 1, s. 15; Yan yükümlülüklerin çeşitleri hakkında detaylı bilgi için bkz. ARAL, s. 42.

<sup>126</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 38.

<sup>127</sup> KILIÇOĞLU, s. 30

leri dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasını sağlarlar. Bu nedenle, “koruma yükümlülükleri” kavramıyla da ifade edilmektedir<sup>128</sup>.

Yan yükümlülüklerin kaynağı TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Dolayısıyla yan yükümlülükler, genel olarak dürüstlük kuralından dolayısıyla güven ilişkisinden doğarlar. Söz konusu düzenlemede geçen, “herkes borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdür.” ifadesindeki “borç=yükümlülük” kavramı, sadece edim yükümlülüklerini değil yan yükümlülükler de dahil olmak üzere borç ilişkisinden doğan her türlü yükümlülüğü kapsamaktadır<sup>129</sup>.

Yan yükümlülüklerinin ortak özelliği, aslı edimin ifasına ve borç ilişkisinin amacına ulaşmasına yardımcı olmalarıdır<sup>130</sup>. Yani borçlu, söz konusu yükümlülükler gereği borçlanılan edimi tam bir şekilde yerine getirmek için gerekli her şeyi yapmakla yükümlüdür. Bu çerçevede edimin amacını tehlikeye düşürecek ya da sonuçsuz bırakacak her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüklerin başlıca kaynağı, yukarıda ifade edildiği üzere MK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Buna göre taraflar, borcun konusunu oluşturan edimin borç ilişkisinin amacına uygun bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak için dürüstlük kuralının gerektirdiği her türlü davranışı yerine getirmekle yükümlüdür<sup>131</sup>.

## B. Sözleşmeden Doğan Yan Yükümlülüklerin Gereği Gibi İfası Amacıyla Dürüstlük Kuralının Gerektirdiği Davranışların Mevduat Sahibi Tarafından Yerine Getirilmesi

### 1. Mevduat Sahibinin Kullandığı Bilgisayarda Güvenlik Önlemleri Alması

Bütün elektronik sistemlerde güvenlik açığının bulunması mümkündür. Bankalarda müşterinin kişisel bilgilerinin depolandığı ana bilgisayarlar, hukuka aykırı saldırılara açık en önemli alanlardan birisidir. Ancak bankalar bu tehlikeleri göz önünde bulundurarak söz konusu sistemleri oldukça sıkı bir şekilde korumaktadır. Dolayısıyla günümüzde gerçekleşen haksız çıkar fiillerinin çoğu genellikle müşterilerin bilgisayarlarına yapılan saldırılarla gerçekleşmektedir<sup>132</sup>. Bu nedenle mevduat sahibi, internet bankacılığının kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla hakkaniyet

<sup>128</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 38.

<sup>129</sup> KILIÇOĞLU, s. 30; EREN, Genel Hükümler, s. 39, ANTALYA, C.1, s. 15.

<sup>130</sup> ANTALYA, C.1, s. 15; ARAL, s.39-40.

<sup>131</sup> ARAL, s. 39-40.

<sup>132</sup> YASAMAN, s. 120, 145.

gereği gerçek ve sanal ortamla ilgili gerekli önlemleri almakla yükümlüdür<sup>133</sup>. Bu çerçevede, bankacılık işlemlerinde kullandığı kişisel bilgileri ile kendisine verilen şifreyi özenle saklamalı ve bunların üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesi için gerekli önlemleri almalıdır<sup>134</sup>. Aksi takdirde internet bankacılığı hizmeti sağlayan bankanın denetiminde olmayan, mevduat sahibinin denetimindeki bilgisayarın güvenliğinden kendisi sorumlu olacaktır<sup>135</sup>. Bu bağlamda kast ve her türlü ihmâl sonucu doğabilecek zararlı sonuçlara da kendisi katlanacaktır<sup>136</sup>.

Mevduat sahibi tarafından alınabilecek bu tür önlemler de kendisi açısından yüzde yüz bir koruma sağlayamayacaktır. Zira virüs programlarını her gün güncellemek mümkün olmadığı için yeni gelişen bir virüs ya da truva atı ile müşterinin sahip olduğu verilerin elde edilmesi mümkündür. Dolayısıyla mevduat sahibine ait kişisel verilerin, üçüncü kişilerin eline geçmesini önlemeye yönelik güvenlik önlemleri daha ziyade bankalarca alınmalıdır. Ancak bu tür olumsuz durumlar sonucunda ortaya çıkan zarar, uzun bir süre bankalarca müşteriye yüklemeye gayretine girildiği için konuyla ilgili gerekli önlemlerin alınmasında maalesef gecikilmiştir. Bilgisayar kullanıcılarının ortalama profili göz önüne alındığında, bunların bilgisayarın teknik detaylarına vakıf olmadıkları görülmektedir. Bu nedenle, bankaların yeni dolandırıcılık faaliyet-

<sup>133</sup> **SAVAŞ, Abdurrahman**, “İnternet Bankacılığı ve Tarafların Yükümlülükleri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, Y. 11, s. 162; **BİLGEN**, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 757-758; **KARAMAN COŞKUN**, s. 186; Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, “*Davacının kendisine ait bilgilere erişim yönünden gerekli önlemleri almadığı, işlemi yapan davacının şoförü hüseyin A... olduğu, bu tespite davacının itirazının bulunmadığı, davacının bir süreyle 70 adet nakit ve avans ödeme işlemine ekstrelerin bildirilmesine rağmen itiraz etmediği, davalı bankaya yüklenebilecek bir kusur bulunmadığından davanın reddi yerindedir.*” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 19 HD., T. 05. 05. 2008, E. 2007/10873-2008/4785, Bkz. **BİLGEN**, İnternet Bankacılığı, s. 83.

<sup>134</sup> **ÇEKER**, Armağan, s. 250; **KARAMAN COŞKUN**, s. 185.

<sup>135</sup> **YASAMAN**, s. 120, 147; Öğretide **İNAL**, kullanıcının normal bir insandan beklenen dikkat ve özen ölçüsü olarak bilgisayarında koruma programları bulundurmamak zorunda olup olmadığı hususunu; kullanıcının tüketicisi, esnaf ya da küçük bir işletme olup olmadığına göre değerlendirmek gerektiğini ifade etmektedir. Kullanıcının bunlardan biri olması durumunda koruma yükümlülüğü ile ilgili olarak banka tarafından bilgilendirilmiş ve uyarılmış olması gerektiğini, kullanıcının tacir olduğu durumda ise buna gerek olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. **İNAL**, s. 372; Kanaatimizce, böyle bir ayırımı gitmeye gerek yoktur. Zira mevduat sahibi ile banka arasındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisi nedeniyle, mevduat sahibinin bankaya karşı özen ve koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla mevduat sahibi bu yükümlülükleri nedeniyle bilgisayarında gerekli önlemleri almak zorundadır. Mevduat sahibinin tacir olması durumunda ise özen ve muhafaza yükümlülüğü ağırlaştırılmış şekilde söz konusu olacaktır.

<sup>136</sup> **SAVAŞ**, s. 162; İnternet bankacılığı yoluyla mevduat hesabından başka bir hesaba para aktarılırken ya da havale, bağış işlemleri yapılırken söz konusu işlemler elektronik ortamda şifre kullanılarak yapıldığından dolayı işlem sonunda bunların mevduat sahibi tarafından imzalanmış olduğu kabul edilmekte ve kendisi bakımından bağlayıcı hale gelmektedir. Dolayısıyla bu tür işlemlerin üçüncü kişiler tarafından mevduat sahibinin şifresi kullanılarak yapıldığının ispatlanmadığı hallerde, mevduat sahibinin sorumluluğu söz konusu olacaktır, **KARAMAN COŞKUN**, s. 185.

lerinden özellikle haberdar olduğu durumlarda bunları müşterileriyle paylaşmaları gerekir. Bankaların web sitesinde çeşitli uyarıların yer alması, müşterinin dikkatini yeterince çekmemektedir. Yeterli teknik bilgiye sahip olmayan müşteriler, bu tehlikelerin farkına varmadan internet bankacılığını kullanmaya devam etmektedir. Bu nedenle, yurt dışı banka uygulamalarında olduğu gibi müşterilerin internet kullanımına başlamadan önce karşılaşılabilecekleri muhtemel tehlikeler hakkında sözlü bir şekilde bankalarca uyarılarak teknik bilgiler verilmesi yerinde bir yaklaşım olacaktır<sup>137</sup>.

## 2. Dürüstlük Kuralının Gerektirdiği Diğer Önlemlerin Alınması

### aa. Kişisel Verileri Özenle Saklaması

Mevduat sahibi, internet bankacılığında kullandığı kişisel verilerini üçüncü kişilerle paylaşmamalıdır<sup>138</sup>. Zira kötü niyetli kişiler, elde ettikleri kişisel verilerle mevduat sahibine tanımlanan interaktif bankacılık alanına müdahale edebilme imkanına kavuşacaklardır<sup>139</sup>. Mevduat sahibi, kişisel verilerinin üçüncü kişilerin eline geçmemesi için gerekli bütün tedbirleri özenle almalı<sup>140</sup>, üçüncü kişilerin eline geçtiği durumlarda

<sup>137</sup> ATAMER, s. 21, 24-25; BİLGEN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 757-758; Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, “Mahkemece davalı tarafından müşterisi olan davacıya, alınacak ek güvenlik önlemleri konusunda bilgilendirme ve tavsiyelerde bulunulup bulunulmadığı, eğer bu yönde bir bilgilendirme varsa, davacının bu bağlamda tavsiyelere uyup uymadığı, parola ve sanal klavye kullanılıp kullanılmadığı, davacının sanal klavye kullanmaları halinde dahi şifrenin başka bir yolla öğrenilip hesaptan para çekilip çekilemeyeceği...araştırılmaldır.” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 11. HD. T. 28. 10. 2008, E. 2007/8795-K. 2008/11952. Kararın metni için bkz. BİLGEN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 804-805.

<sup>138</sup> YILMAZ, s. 162-163; Yargıtay, konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, “...Dava, banka nezdinde açılmış olan hesapta bulunan paranın davacının bilgisi ve izni dışında internet yolu ile yapılan işlemler sonucu çekilmesi suretiyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir...Somut olayda mahkemece, sim kartının yetkisiz kişilerin eline geçmesini engellemek için gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle davalı GSM şirketi kusurlu kabul edilmiştir. Oysa, dava konusu olayda davacının banka hesabında bulunan para 3. kişiler tarafından rızası hıfızına alınmış olup, dolandırıcılık işlemi bankaya karşı işlenmiştir. Banka müşterisi olan davacının açtığı böyle bir davada GSM şirketi aleyhine hüküm kurulması doğru değildir...” KARŞI OY YAZISI: “...Dairemizin davalı GSM şirketine yönelik bozma gerekçesine katılmaktayım. Ancak, davalı YKB vekilinin temiz itirazının reddine yönelik çoğunluk kararına iştirak edemiyorum. Şöyle ki, dosya kapsamı ve yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda, zarara yol açan eylemlerin bizzat davacının bilgisayarından elde olunan ve saklamakla yükümlü olduğu kişisel bilgileri kullanılmak suretiyle gerçekleştirildiği, davacının kişisel bilgilerinin banka sisteminden ele geçirilmiş olmadığı anlaşılmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmede davacının kişisel bilgilerini korumak, üçüncü kişilerin eline geçmesini engellemek konusunda taahhütte bulunduğu açıktır. Keza davacının opsiyonel olarak sunulmuş olan ek güvenlik önlemlerine itibar etmediği de sabittir. Bu durumda davacının kişisel bilgilerinin başkalarına öğrenilmesinde ve ortaya çıkan zararlı sonuçta kusurlu olduğunun kabulü gerekir...Bu nedenle dairemiz çoğunluğunun davalı bankaya yönelik kararın onanmasına ilişkin görüşüne katılmıyorum.”. Yarg.11. HD. T. 10. 10. 2012, E. 2012/1311-K. 2012/15690. (Yayımlanmamıştır).

<sup>139</sup> ÇEKER, Armağan, s. 254.

<sup>140</sup> Yargıtay, konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, “İnternet bankacılığı sözleşmesinde, sonradan bankaca eklenecek internet hizmetlerinden de davacının yararlanacağını öngörülmüştür. Banka tarafından verilen internet şifresinin özenle saklanma yükümlülüğü davacı banka müşterisine ait olduğundan, şifrenin başkası tarafından kullanılarak hesaptan para havale edilmesi sonucu ortaya çıkan zarardan banka sorumlu tutulamaz.” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 11. HD. T. 12.09.2003, E-2003/8280-

ise mevduatın bulunduğu bankayı durumdan derhal haberdar etmelidir<sup>141</sup>. Aksi takdirde hukuka aykırı şekilde verilerin kullanılması sonucu meydana gelen zarardan kendisi sorumlu olacaktır<sup>142</sup>. Bunun yanında, bankacılık işlemlerinde kullandığı şifresini düzenli aralıklarla değiştirmeli, şifreyi oluştururken<sup>143</sup> üçüncü kişilerce kolayca çözülebilecek ad, soyad, doğum tarihi, ardışık sayı dizisi ya da aynı rakam ve harf dizinlerinden oluşan şifreyi tercih etmemelidir<sup>144</sup>. Tanımadığı kişilerden gelen e-postaları açmamalı, güvenlik zaafı olabileceğini düşünerek bilmediği yerlerden ya da umumi olarak kullanılan internet kafe gibi yerlerden işlem yapmamalıdır. Başkalarının da bulunduğu bir ortamda hesabının bulunduğu bankanın web sayfasında bir işlem yaparken, hesap bilgilerinin bu kişilerce öğrenilmemesine özen göstermelidir. Bankanın web sayfasında bankacılık işlemlerini tamamladıktan sonra sayfayı kapatarak çıkış yapmalıdır. Buna karşılık, müşterinin belirli bir süre içerisinde işlem yapamaması durumunda banka da sistemi kapatmaya yönelik gerekli önlemleri almalıdır<sup>145</sup>.

#### bb. Düzenli Aralıklarla Güncellenen Anti-Virüs Programlarının Bilgisayarına Yüklemesi

Zararlı yazılımlardan (casus programlardan) korunmak amacıyla<sup>146</sup>, düzenli aralıklarla güncellenen anti-virüs ve anti-spyware gibi koruyucu programlar mevduat sahibi tarafından bilgisayarına yüklenmelidir<sup>147</sup>. Bunun yanında firewall (ateş duvarı-

2003/7705K., Bkz. **KARA, Şaban**, İnternet Yoluyla Havalede Bankanın Hukuki Sorumluluğu (Karar İncelemesi), <http://yurtman-kara.av.tr/?p=makaleler&id=42>, (Erişim tarihi: 07. 03. 2016).

<sup>141</sup> **ÇEKER**, Armağan, s. 256; **YILMAZ**, s. 164.

<sup>142</sup> **YILMAZ**, s. 164.

<sup>143</sup> Şifre oluştururken mevduat sahibinin dikkat edeceği hususlarla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. **SAVAŞ**, s. 158 vd.

<sup>144</sup> **SAVAŞ**, s. 159.

<sup>145</sup> **BİLGEN**, İnternet Bankacılığı, s. 86; **YILMAZ**, s. 163-164; **BARIŞIK, Salih/TEMEL, Halime**, "İnternet Bankacılığı Kullanımında Güvenlik Unsurlarının Bilinirliği (Anket Uygulamasına Dayalı SPSS Çözümlemesi)", Karamanoğlu Mehmet Bey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S. 2, ISSN: 2147-7833, s. 143-144; Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, "kullanıcının kendisine tanımlı bilgileri korumakta ihmal gösterdiği ve zararın ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği, bankanın ise 6 defa yapılan başarısız girişime rağmen sistemin kendisini kilitlemesi nedeniyle sorumlu olduğu tespiti yapılmış, böylelikle zararın doğumunda banka ile kullanıcının müterâfik kusuru bulunduğu, bu nedenle zarara ¾ oranında kullanıcı, ¼ oranında bankanın katlanması gerektiğini hükme bağlamıştır.", Yarg. 11. HD., E. 2004/14837-K. 2007/12705. Bkz. Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 8 Ocak- 11 Ocak 2008, Bilişim ve Hukuk, Ankara, C. 2, s. 75.

<sup>146</sup> Zararlı yazılımlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **SAVAŞ**, s. 155 vd.

<sup>147</sup> **YASAMAN**, s. 134; **SAVAŞ**, s. 157; **YILMAZ**, s. 164; Yargıtay, konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, "...davalı bankanın iki ayrı şubesinde hesabı bulunan davacının taraflar arasındaki bireysel internet şubesi sözleşmesi uyarınca davalının internet şubesi nezdinde yaptığı işlemlerde kullandığı kullanıcı adı ve şifresinin bilgisayarına (davacının bilgisayarına) yerleşmiş casus programlarla başkasınca elde edilerek davacı hesaplarından...TL'nin çok kısa bir süre içerisinde (16) ayrı işlemle internet yolu ile davacının haberi olmadan

desktop, kişisel güvenlik duvarı-windows güvenlik duvarı) gibi güvenlik programları yüklemelidir<sup>148</sup>. Bu programların firmaları tarafından kendisine gönderilen güncellemeleri ve yamaları da kullanılmalıdır. Çünkü firewall programları, başta e-posta olmak üzere diğer kanallardan gönderilen bilgi ve belgeleri kontrol etmede önemli rol üstlenmekte ve şüpheli bilgilerin erişimini engelleme görevi görmektedir. Mevduat sahibi, internetten ücretsiz program indirirken dikkatli olmalıdır. Zira bunlar casus programlar içerebilmektedir. Bu nedenle bu tür programlardan kaçınılmalı, indirildiği programları da virüs taramasına tabi tutulmalıdır. Tüm bu önlemlere rağmen mevduat sahibinin bilgisayarında yüzde yüz koruma sağlandığını ileri sürmek güçtür. Çünkü virüs programlarını her zaman güncelleme imkanı olmadığı için yeni gelişen virüs ve truva atı ile programa rağmen müşterinin bilgilerinin elde edilmesi mümkündür. Eğer müşterinin bilgisayarına yapılan saldırı “*man in the middle programı*” ile yapılmışsa ya da mevduat sahibinin bilgisayarını dışında bir DNS sunucusuna karşı yapılmışsa, mevduat sahibinin bilgisayarında her türlü güvenlik önlemi alınmış olsa bile söz konusu saldırının önüne geçilemeyecektir<sup>149</sup>.

### cc. İnternet Bankacılığı İşlemlerinde IP Kısıtlaması Getirmesi

Mevduat sahibi, internet bankacılığı yoluyla yapacağı işlemleri miktar ya da zaman bakımından kısıtlama imkanına sahiptir. Söz konusu işlemlerin, haftanın belirli gün veya saatlerinde belli bir miktarla sınırlı olmasını bankadan isteyebilir. Yapacağı işlemlere bilgi ve onay verilmesini, cep telefonu gibi araçlarla kendisinden istenmesini de bankadan talep edebilir. Ayrıca IP kısıtlaması yapmak suretiyle internet şubesine bağlanılan IP ya da IP aralıklarını tanımlayıp, tanımsız IP ya da IP aralıklarından internet şubesine girişini engelleme imkanına sahiptir<sup>150</sup>. Bir IP numarası, noktalarla ayrılan dört rakamdan oluşur. İnternete her girişte boştaki numaralardan bir IP numarası verilmektedir. Dolayısıyla IP adresleri banka tarafından genellikle dinamik olarak verilmektedir. Ancak statik yani sabit IP numarası veren ISS'ler de bulunmaktadır<sup>151</sup>. Yargıtay konuyla ilgili verdiği çeşitli kararlarda, IP numarasının

---

*davalı bankanın Konak şubesine aktarılmasında bu tür bilgisayar korsanlığı yöntemiyle işlemler yapılmasını önleme yolunda ek güvenlik tedbirleri almayan ve olaydan sonra bu yola tevessül eden davalının kusurlu ve sorumlu bulunduğu, davacının sanal klavye kullanması halinde dahi, bunun yapılan bilgisayar korsanlığını engellemeye teknik olarak yetmeyeceğinin anlaşılmasına, işlemi yapan kişi hakkındaki ceza soruşturması sonucunun hafif kusurundan dahi sorumlu olan davalı banka bakımında etkili görülmemesine göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddine ve kararın onanmasına...*” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 11. HD., E. 2005/4787-K. 2006/7341, Bkz. Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 8 Ocak- 11 Ocak 2008, Bilişim ve Hukuk, Ankara, C. 2, s. 75-76.

<sup>148</sup> ATAMER, s. 21, 24-25; BİLGEN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 757.

<sup>149</sup> BARIŞIK/TEMEL, s. 144; BİLGEN, İnternet Bankacılığı, s. 86.

<sup>150</sup> YASAMAN, s. 133-134.

<sup>151</sup> BİLGEN, İnternet Bankacılığı, s. 86.

araştırılması yönünde hüküm tesis etmiştir<sup>152</sup>. Zira IP loglama kayıtlarının tutulması, uyumsuzlukların çözümünde hem ispat aracı olarak kullanılmakta hem de hukuki ve cezai soruşturmalarda olayın aydınlatılması ve sorumluların yakalanması bakımından önem taşımaktadır<sup>153</sup>.

#### dd. İnternet Bankacılığı İşlemlerinde Sanal Klavye Kullanması

Mevduat sahibi, işlem güvenliğini sağlamak amacıyla sanal klavye kullanmalıdır<sup>154</sup>. Sanal klavyede, tuşlar kullanılmamaktadır. Ekrandaki mini klavye üzerinden fare kullanılmak suretiyle internet bankacılığına giriş yapılmaktadır. Ancak sanal klavyenin kullanılması, güvenli şifre kullanıldığı anlamına gelmemektedir. Çünkü “screen logger programları” aracılığıyla mouse (fare) tikleri kaydedilmekte ve böylece ekran görüntüleri, programı hazırlayan kişilere gönderilebilmektedir<sup>155</sup>.

#### ee. İnternet Bankacılığı İşlemlerinde Elektronik İmza Kullanması

Kimlik doğrulama, bütün hukuki işlemlerin oluşturulmasında neredeyse ilk adımı teşkil etmektedir. Dolayısıyla elektronik hizmet sunulurken, kimlik doğrulama araçları doğru tercih edilmelidir. Elektronik imza da bir kimlik doğrulama aracıdır<sup>156</sup>.

<sup>152</sup> “İnternet Bankacılığı işlemlerinde işlemin yapıldığı tarih ve saatte hangi internet servis sağlayıcısı üzerinden, hangi IP nolu bilgisayardan davacı hesabına erişim sağlandığı ve hangi işlemlerin ne şekilde yapıldığına dair internet bilgi işlem (IP Loglama) kayıtlarının, banka aracılığıyla araştırılması gerekir. İşlemlerin davacı tarafından kullanılan bilgisayardan yapılmaması halinde, davacı kullanımında olan bilgisayardan yapılan işlemlere karşı davacı beyanının alınması; işlemlerin davacıya ait bilgisayardan yapılmaması halinde ise davalı banka teknik elemanlarının davacının kullandığı bilgisayarın hard diskinin kopyası üzerinde yaptıkları söylenen incelemeyle ilgili tutanak varsa getirilmesi...”, Yarg. 11. HD. T. 01. 07. 2008, E.2007/1545-K. 2008/8825); Yargıtay bir başka kararında ise, “İşlemlerin yapıldığı saat ve tarih hangi IP numaralı bilgisayardan işlem yapıldığı, bu bilgisayarın davacıya ait olup olmadığı, davacıya ait ise bu konuda davacı şirket temsilcisinin beyanının alınması, işlemlerin davacıya ait bilgisayardan yapılmaması halinde ise parola, kullanıcı kodu ve şifre gibi bilgilerin 3. kişilerin eline geçmesinde davacının bir kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması...” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Yarg. 11. HD. T. 07. 04. 2009, E. 2008/233-K. 2009/4242). Bkz. **BİLGEN**, İnternet Bankacılığı, s. 87.

<sup>153</sup> **YASAMAN**, s. 140.

<sup>154</sup> Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, “Davacının internet bankacılığı kullanırken, sanal klavye kullandığı, ayrıca bilgisayarda anti virüs programının bulunduğu, bu durumda davacının sıradan bir bilgisayar kullanıcısının alabileceği tüm önlemleri alıp, banka güvenlik kurallarına da riayet ettiği; Davalı bankanın olayı engelleyecek tüm önlemleri almadığı, bazı güvenlik sistemlerinin davalı bankanın sisteminde bulunmadığı, olayda davacıya atfedilecek bir kusur olmadığı, davalının mevduat sahibi davacıya karşı sorumluluğunun devam ettiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi yerindedir.” şeklinde hüküm kurmuştur, Yarg. 19. HD. T. 29. 01. 2009, E. 2008/5878-K. 2009/505. Kararın metni için bkz. **BİLGEN**, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 779-780.

<sup>155</sup> Sanal Klavye kullanımı hakkında detaylı açıklamalar, kişisel verilerin korunması amacıyla bankalarca alınabilecek önlemler kısmında detaylı bir şekilde açıklanmaktadır.

<sup>156</sup> **CİVELEK**, s. 54.

Elektronik imza, bir veri mesajında yer alan veya söz konusu mesaja eklenen ya da mesajla mantıksal bir bağlantı kurabilen elektronik formatta bir imza olup, kişinin kimliğini tanıtmakta ve kişiye ait veri mesajının içeriğinin onaylandığını ifade etmektedir<sup>157</sup>. Diğer bir ifadeyle, bilginin orijinalliğini bozmadan tarafların kimliğini belirleyecek şekilde elektronik ortamda karşı tarafa ulaşmasını garantileyen bir teknolojidir<sup>158</sup>.

Elektronik imzanın hem teşviki hem de kullanılması amacıyla 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu<sup>159</sup> yürürlüğe girmiştir. Bu kanunda elektronik imzanın tanımı yapılmıştır. Buna göre elektronik imza, kimlik doğrulama amacıyla kullanılan başka bir elektronik veriye eklenen ya da elektronik veri ile mantıksal bağlantısı bulunan elektronik veridir<sup>160</sup>. Diğer bir ifadeyle elektronik imza, bir bilginin bütünlüğü bozulmadan üçüncü kişilerin erişimine kapalı bir ortamda tarafların kimliklerinin doğrulanarak iletildiğini garanti eden harf, karakter ya da sembollerden oluşmaktadır. Elektronik imzanın amacı, göndericinin kimliğini kesin olarak belirlemektir<sup>161</sup>. Dolayısıyla elektronik imza, dört işlevin yerine getirilmesini yardımcı olmaktadır. Bunlar; 1) Münhasıran imza sahibine bağlı olması, 2) Sadece imza sahibinin tasarrufunda ki güvenli elektronik imza aracı ile oluşturulması, 3) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespit edilmesini sağlaması, 4) İmzalanmış bir elektronik veride herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitine yaramasıdır<sup>162</sup>. Elektronik imza, elle atılan imzayla aynı hukuki sonucu doğurduğu gibi aynı ispat kuvvetine sahiptir<sup>163</sup>.

#### ff. Diğer Önlemler

Mevduat sahibi, banka ya da diğer ticari kuruluşlardan gelmiş gibi gösterilen ve e-postayla talep edilen şifre, kullanıcı adı, kredi kartı numarası, müşteri numarası, kimlik numarası gibi bilgileri göndermemelidir. Çünkü bankalar, müşterilerin kişisel bilgilerini ve şifreleme işlemlerini e-postayla isteme gibi bir yola başvurmamaktadır. Bu nedenle e-postalarda bulunan ya da yönlendirilen linklere mevduat sahibi tarafın-

<sup>157</sup> ÖZMEN, s. 515; UÇAR, s. 56; AVŞAR/ÖNGÖREN, s. 181; ÇEKER, s. 110.

<sup>158</sup> CİVELEK, s. 54.

<sup>159</sup> RG, K.T. 15. 01. 2004, Y. T. 32. 01. 2004, S. 25355.

<sup>160</sup> Bkz. m. 3/(b).

<sup>161</sup> BİLGEN, Banka Hukukunda Uyuşmazlıklar, s. 759; BARIŞIK/TEMEL, s. 140.

<sup>162</sup> ÇEKER, s. 110.

<sup>163</sup> REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 138; ÇEKER, Armağan, s.251-252; BİLGEN, İnternet Bankacılığı, s. 87; BİLGEN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 757-758; Elektronik imza hakkında detaylı açıklamalar, kişisel verilerin korunması amacıyla bankalarca alınabilecek önlemler kısmında detaylı bir şekilde açıklanmaktadır.



dan giriş yapılmamalıdır. Müşteri, kredi kartını kullandığı ya da kişisel bilgilerini yazdığı bilgisayarının güvenli olmasına dikkat etmelidir. Mevduat sahibinin kullandığı web sitesi <http://> yerine <https://> şeklinde olmalıdır. Mevduat sahibi, phishing<sup>164</sup> web sitesi sahteciliğine karşı uyarılmak amacıyla internetten bilgisayarına web tarayıcı yüklemelidir. Müşteri hesap numaralarını, kullanıcı bilgilerini, parola ve şifre bilgilerini yazılı olarak saklamamalıdır<sup>165</sup>. Ayrıca internet tarayıcısının güncel ve tüm güvenlik ayarlarının yüklendiğini kontrol etmelidir. Online işlem yaptığı sırada, işlem yaptığı sayfa önceki görünümünden farklıysa ya da buna yönelik bir ifade varsa hiçbir işlem yapmadan hesabının bulunduğu bankayla iletişime geçmelidir<sup>166</sup>.

### C. Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlülükler Aykırı Davranarak Sözleşmenin Gereği Gibi İfa Edilmemesi Nedeniyle Mevduat Sahibinin Bankaya Karşı Sorumlu Olması

#### 1. Borç Konusuna İlişkin Bankaya Karşı Özen ve Koruma Yükümlülüğünün Olması

Borcun konusuna ilişkin özen ve muhafaza yükümlülüğü (İfaya Yardımcı Yan Yükümlülük) borcu, borç ilişkisinden doğan bir yan yükümlülüktür<sup>167</sup>. Söz konusu borç, sözleşmenin kurulması ile ifası arasındaki süreçte edim konusunun bakım ve muhafazasıyla ilgilidir. Somut sözleşmenin özelliği ve dürüstlük kuralının gereklerine uygun bir şekilde, borç konusunun korunmasına ve muhafazasına ilişkin her türlü dik-

<sup>164</sup> Phishing ya da altalama yöntemi, e-posta ile dolandırıcılık yöntemi olarak da ifade edilmektedir. Ya da online dolandırıcılığı-şifre avcılığı anlamında kullanılmaktadır. Bilgisayar kullanıcılarına banka tarafından gönderilmiş izlenimi verilen cazip teklifler niteliğinde e-postalar gönderilerek, kullanıcının elektronik posta bilgilerini güncellemesi ya da gönderilen bir takım soruları cevaplandırması istenmektedir. Bu amaçla, kullanıcının karşısına posta içinde hazırlanmış kutucuklar veya tıklama sonucunda açılan gerçek görünümlü sahte siteler ya da doğru banka adresini yazdığı halde kullanıcı sahte bir sayfaya yönlendirilerek hesap sahibinin kullanıcı adı ve şifresinin elde edilmesi sağlanmaktadır, **BİLGEN**, İnternet Bankacılığı, s. 78-79; **BİLGEN**, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 753; **ATAMER**, s. 23; Phishing hakkında detaylı açıklamalar, kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde ele geçirilme yöntemleri bahsinde yapılmaktadır.

<sup>165</sup> Yargıtay, konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, “*Davacının şifresini kendi çalıştığı şirket elemanlarından C.D adlı bir şahsın çalışması defterinde bulunduğunu gözeterek zararını ortaya çıkarmasında davacının ¼, davalının ¼ oranında kusurlu bulunmuş ve açılan davayı kısmen kabul etmiş taraf vekillerinin temyizi üzerine temyiz itirazı reddedilerek verilen karar onanmıştır.*” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 11. HD. T. 22. 12. 2005, E. 2004/14837-K. 2005/12705. Bkz. **BİLGEN**, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 825.

<sup>166</sup> **YASAMAN**, s. 145; **BARIŞIK/TEMEL**, s. 143-144.

<sup>167</sup> Öğretide OĞUZMAN, geniş anlamda borç ilişkisinden doğan özen borcunun bir yan borç olup olmadığının tartışmalı olduğunu, klasik öğretilerde “özen borcu” olarak ifade edilen ve borçlunun ifa sırasında kendisinden beklenilebilecek özenle davranma yükümlülüğünün bir yan borç olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Alman Hukukçularının geliştirdiği yeni teoride ise bir borç ilişkisinden ve edim yükümlülüklerini ifade eden bir verme, yapma ya da yapmama şeklindeki edimler dışında karşı tarafın zarar görmemesi için borçlunun genel bir koruma yükümlülüğünün bulunduğunu ifade etmektedir, OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 17 dn. 14.

kat ve özen mevduat sahibi tarafından gösterilmek zorundadır<sup>168</sup>. Zira internet bankacılığı yoluyla gerçekleştirilen haksız çıkar fiillerinin çoğu, mevduat sahibinin kişisel verilerinin hukuka aykırı çeşitli yöntemlerle ele geçirilmesi sonucunda gerçekleşmektedir. Mevduat sahibi kişisel verilerinin üçüncü kişilerin eline geçmesini önlemek için dürüstlük kuralının gerektirdiği her türlü özen ve dikkati göstermek zorundadır.

Koruma yükümlülüğü (İfayı Koruyucu Yan Yükümlülük)<sup>169</sup> ise sözleşmenin icrası dolayısıyla alacaklının şahsının ve malvarlığının zarardan uzak tutulması yükümlülüğüdür. Koruma yükümlülüğü, edim yükümlülükleri ile bağımlı yan yükümlülüğünün yanında yer alır ancak bu yükümlülüklerden bağımsız bir kavramdır. Zira borç ilişkisinden doğan edim yükümlülükleri (aslı ve yan edim yükümlülükleri) ile bağımlı yan yükümlülükleri alacaklının sözleşmenin ifasına yönelik menfaatine hizmet eder. Buna karşılık koruma yükümlülükleri, sözleşmenin icrası nedeniyle alacaklının şahsının ve malvarlığının zarardan uzak tutulmasına hizmet eder<sup>170</sup>.

Edim yükümlülüklerinin kaynağı somut edim ilişkisi (satım, kira vb.) olduğu halde koruma (davranış) yükümlülüklerinin kaynağı, TMK m. 2/f. 1'de düzenlenen güven ilkesidir<sup>171</sup>. Edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi istenebildiği halde koruma (davranış) yükümlülükleri yan edim yükümlülüğü seviyesine çıkartılmadıkça istenememektedir. Zira yan edim yükümlülüğü, aslı edim yükümlülüğü ile ilgili olup dolaylı ya da dolaysız olarak sözleşmenin amacına uygun bir şekilde aslı edim yükümlülüğünün yerine getirilmesini yani edim sonucunun gerçekleşmesini sağlamaktadır. Oysa koruma (davranış) yükümlülükleri, edimle ilgisi olmayan zararlardan üçüncü kişileri uzak tutma amacına yöneliktir. Yani koruma (davranış) yükümlülüğünün özü, somut edim ilişkisinin amacına uygun bir şekilde ifanın gerçekleştirilmesi çıkarı değil zarardan uzak tutma çıkarıdır. Güven ilkesi gereği borçlu kadar alacaklı da davranış yükümlülüğüne uymak zorundadır<sup>172</sup>. Bu bağlamda koruma (davranış) yükümlülüğü, kişinin malvarlığı ile kişi varlığını olduğu gibi koruma yükümlülüğü demektir. Hukukun korunmaya değer amaca yönelmiş temasla (*business contact*) bir kimsenin kişi ve malvarlığını, başka bir kimsenin etki ve güven çevresine sokmasıyla ortaya çıkmaktadır. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra ve bu kapsamdaki borçlar karşılıklı ifa ile sona erdikten sonra da devam etmektedir. Bunun için taraflar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı gerekli değildir. Koruma yükümlülüğü sadece

<sup>168</sup> ARAL, s. 43.

<sup>169</sup> Koruma yükümlülüğü ve öğretideki yazarların kavrama yaklaşımı hakkında bkz. ARAL, s. 50 vd.; ANTALYA, C.1, s. 16.

<sup>170</sup> ARAL, s. 49.

<sup>171</sup> KILIÇOĞLU, s. 30.

<sup>172</sup> SEROZAN, Rona, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi (Bağımsız Borç İlişkisi), İstanbul 1968, s. 12-13.

sözleşme taraflarını değil bunların özel etki alanına ve güven çevresine giren üçüncü kişileri de kapsamaktadır<sup>173</sup>. Banka ile mevduat sahibi arasında da mevduat ve bankacılık hizmet sözleşmesi olduğu için mevduat sahibi, bankanın herhangi bir zarara uğramasını önlemek için bankayı koruma yükümlülüğü altındadır<sup>174</sup>.

## 2. Özen ve Koruma Yükümlülüğüne Aykırı Davranarak Sözleşmenin İhlaline Neden Olmasından Dolayı Tazminatla Yükümlü Olması

Borcun gereği gibi ifa edilmesi, edimin tam ve doğru şekilde yani bütün unsurlarıyla borca uygun olarak yerine getirilmesidir. Dolayısıyla borç konusu edim, miktar ve niteliğine uygun olarak ifa borçlusu tarafından kararlaştırılan yer ve zamanda ifa alacaklısına karşı yerine getirilmediği takdirde borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumu ortaya çıkar. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi, kötü ifa ile yan yükümlülüklerin ihlali halinde söz konusu olur. Sözleşme kurulduktan sonra bundan doğan yan yükümlülüklerin ihlali, borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurur<sup>175</sup>. Diğer bir ifadeyle, borçlunun yerine getirdiği edimin sözleşme ya da kanunda belirlenmiş şartlara uygun olmaması halinde, “*borcun gereği gibi ifa edilmemesi(kötü ifa-akdin müspet ihlali)*”<sup>176</sup> durumu ortaya çıkar<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> SEROZAN, Rona, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme –Ek: Uygulama Çalışmaları- (KOCAYU-SUPPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm) (İfa), Gözden geçirilip genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2014, s. 248; SEROZAN, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 16-17.

<sup>174</sup> ATAMER, s. 20.

<sup>175</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 1045-1047; KILIÇOĞLU, s. 687.

<sup>176</sup> Akdin müspet ihlali, taraflardan birisinin sözleşmenin amacının tehlikeye düşürecek ya da akamete uğratacak davranışların kaçınmasıyla ilgili genel ödevlerinin ihlal edilmesidir. Bu durumda kusurlu imkansızlık ile borçlu temerrüdünün dışında kalan borca aykırılık halleri ortaya çıkmaktadır, AYAN, s. 387; “Sözleşmenin müspet ihlali kavramı”na ilk kez Alman Hukukunda rastlanmaktadır. “Kötü ifa” ve “yan edim ve koruma yükümlülüklerinin ihlali” halleri bu kavram ile ifade edilmiştir. Zira Alman Hukuku’nda sözleşmenin ihlal halleri, “imkansızlık” ve “temerrüt” olarak iki şekilde düzenlenmiştir. Daha sonra ihlal hallerinin sadece bu iki kategoriden ibaret olmadığı anlaşılmış ve ilk defa Staub tarafından bir diğer ihlal türü olarak “sözleşmenin müspet ihlali” kavramı ortaya atılmıştır. Alman Hukuku’nda yazarların çoğunluğu, İsviçre Hukuku’nda ise bazıları bu kavramı kullanmayı tercih etmektedir. Buna karşılık TBK m. 112’de “gereği gibi ifa etmeme” kavramı açıkça düzenlendiği için bu kavramı kullanmayı tercih etmektedir. Bazı yazarlar ise ayrı ihlal türleri olarak hem “gereği gibi ifa etmeme” hem de “sözleşmenin müspet ihlali” kavramını kullanmayı tercih etmektedir, EREN, Genel Hükümler s. 1043; Dolayısıyla sözleşmenin temerrüt ve imkansızlık dışında kalan halleri için öğretide akdin “müspet ihlali (sözleşmeye olumlu aykırılık)” kavramı kullanılmaktadır. Ancak OĞUZMAN, bu kavramın ifanın gereği gibi yapılmadığı bütün halleri kapsamayacağını öğretide haklı olarak ifade edildiğini, bu nedenle “akdin müspet ihlali” yani “borca olumlu aykırılık” hallerini de kapsayacak şekilde “borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması” kavramının ya da “kötü ifa edilmiş olması” kavramının kullanılmasının tercih edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür, OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 469 ve dn. 465-466-467; Aynı görüşte bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 1045.

<sup>177</sup> AYAN, s. 387.

Sözleşmeden doğan yükümlülükler, edim yükümlülükleri ile yan yükümlülükler özellikle de koruma (davranış) yükümlülüklerinden meydana gelir<sup>178</sup>. Yan yükümlülüklerin bazılarının bağımsız nitelikleri yoktur<sup>179</sup>. Bunlara bağımlı yan yükümlülükler denilmektedir. Bu tür yan yükümlülüklerin özelliği, aslî borcun ifasına yardımcı olmalarıdır. Dolayısıyla bunların bağımsız bir şekilde dava edilmeleri de mümkün değildir<sup>180</sup>. Ancak bunlara uyulmaması, asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa-akdin müspet ihlali yani olumlu sözleşme ihlali) sonucunu doğurur<sup>181</sup>. Çünkü edim yükümlülükleri ile yan yükümlülükler arasındaki fark, edim yükümlülüklerinin ifası talep edilebilirken yan yükümlülüklere aykırılık halinde sadece tazminat talep edilebilmesidir. Dolayısıyla her iki edim yükümlülüğü arasında talep edilebilme noktasında bir farklılık söz konusudur<sup>182</sup>. Yan yükümlülükler, bağlı oldukları edim yükümlülüklerinin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi ya da kendilerine uygun davranılmadığı durumlarda özellikle tazminat davasına konu olurlar<sup>183</sup>. Borç konusuna ilişkin borçlunun özen ve muhafaza yükümlülüğü borç ilişkisinden doğan bir yan yükümlülüktür. Koruma yükümlülükleri de aslında nitelikleri itibarıyla yan yükümlülükler içinde yer alır. Söz konusu yükümlülüklerin ihlali durumunda, kural olarak bunların bağımsız bir şekilde ifası dava edilemeyeceği için ihlali yapan borçluya karşı ancak tazminat davası açılabilecektir<sup>184</sup>. Dolayısıyla borcun gereği gibi ifa edilmediği durumlarda, konuyla ilgili özel bir hüküm yoksa borçlunun sorumluluğu TBK m. 112'deki genel hükme göre belirlenecektir<sup>185</sup>. Buna göre, borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu kusursuzluğunu ispat edemediği takdirde alacaklının uğradığı bütün zararları karşılamakla yükümlüdür<sup>186</sup>.

Mevduat sahibi, internet bankacılığında kullandığı şifre ve diğer güvenlik önlemlerini içeren kişisel verilerinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini engellemek amacıyla azami özen ve muhafaza yükümlülüğü altındadır. Mevduat sahibinin bu yükümlülüğü, kanaatimizce aslî borcun banka tarafından gereği gibi ifasına yardımcı

<sup>178</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 468 dn. 463; EREN, Genel Hükümler, s. 1046; ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul 2015, s. 380.

<sup>179</sup> Bağımsız niteliği olmayan yan borçlarla ilgili bkz. ARAL, s. 42.

<sup>180</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 468 dn. 463; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medenî Hukuk, 19. Bası, İstanbul 2013, s. 293, 295; EREN, Genel Hükümler s.37; KILIÇOĞLU, s. 30; ARAL, s. 42; ANTALYA/TOPUZ, s. 381.

<sup>181</sup> OĞUZMAN/BARLAS, s. 295; KILIÇOĞLU, s. 646.

<sup>182</sup> KILIÇOĞLU, s. 30; ANTALYA/TOPUZ, s. 380-381.

<sup>183</sup> EREN, Genel Hükümler, s.37; KILIÇOĞLU, s.30.

<sup>184</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 41.

<sup>185</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, S. 471; AYAN, s. 288; KILIÇOĞLU, s. 647.

<sup>186</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 471; AYAN, s. 288.

olan ve dürüstlük kuralından kaynaklanan bağımlı bir yan borçtur. Mevduat sahibi sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerinin yerine getirilmesi bakımından gerekli özeni göstermediği takdirde, bankanın sözleşmeden doğan malvarlığını koruma yükümlülüğüne aykırı davranmış sayılacağı için borcun gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa-akdin müspet ihlali) durumu söz konusu olacaktır. Bu nedenle bankanın TBK m. 112'ye göre tazminat hakkı doğacaktır. Banka, mevduat sahibinin kusuru ile orantılı olarak tazminat talebine hak kazanacaktır. Bir başka ifadeyle, mevduat sahibi sadece kusuru ile orantılı olarak tazminat yükümlülüğü altındadır<sup>187</sup>. Bu noktada söz konusu zararın doğumuna ya da artmasına bankanın da kusuruyla neden olup olmadığını belirlenmesi önem taşımaktadır. Tarafların kusur oranı belirlendikten sonra ortaya çıkan zarar, TBK m. 52'ye göre tarafların kusur oranı dikkate alınarak aralarında paylaşılacaktır. Bankanın kusurunun belirlenmesi, sorumluluğunun ihdası için değil mevduat sahibinin de kusurlu olması durumunda zararın paylaşılma esasının belirlenmesi amacıyla. Dolayısıyla mevduat sahibi bankadaki mevduatını talep ettiğinde, buna karşılık olarak banka da tazminat talebini ileri sürebilecektir. Tarafların bu şekildeki alacaklarının takası mümkündür<sup>188</sup>.

#### D. Zararın Oluşmasında Ya da Artmasında Mevduat Sahibinin Birlikte (Müterâfık) Kusurlu Olması

Bir kimsenin zarar görmemek için kaçınmasının gerekli olduğu bir davranış biçimini göstermemesi durumunda zarar görenin kusurundan bahsedilir. Bu durumda zarar gören kişi, makul bir insandan beklenen bir davranışı göstermeyerek zararın oluşmasında ya da artmasında etkili olmaktadır. Dolayısıyla zarara uğramamak için gerekli dikkat ve özeni göstermeyen kimse, bu davranışının sonuçlarına katlanma-

<sup>187</sup> Yargıtay, konuyla ilgili verdiği bir kararda, "...Davacı vekili, davalı bankanın Maçka Şubesi ...no'lu hesabını ve davalı operatörün ...nolu hattını kullandığını, müvekkilinin sahte nüfus cüzdanı ile cep telefonunu kullanmak suretiyle davalı bankanın Maçka Şubesinden başka bir hesaba EFT yapılarak hesapta bulunan... TL'nin tamamının alındığını, davalıların gerekli tedbiri almadığını ileri sürerek ...maddi ve ...manevi tazminatın olaya tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini, dava ve talep etmiştir... Mahkemeye iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacının davalı bankadaki hesabına internet yoluyla girilebilmesi için gerekli olan SMS doğrulama şifresinin sahte nüfus cüzdanına dayanarak düzenlenen yeni Sim karta gönderildiği, hattın güvenli bir şekilde kullanımının sağlanmadığı, zararın doğmasında GSM operatörünün de kusurunun olduğu; davalı bankanın da gerekli güvenlik önlemlerini almadığı; davacının davasında haklı olduğu, davacı manevi tazminat talep etmişse de buna ilişkin olarak herhangi bir delil sunulmadığı gerekçesi ile...TL maddi tazminatın ...tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen alınarak davacıya verilmesine, manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiştir. Kararı, davalılar ayrı ayrı temyiz etmiştir. ...Usulsüz işlemlerle çekilen paralar aslında doğrudan doğruya bankanın zararı niteliğinde olup, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağı aynen devam etmektedir. Usulsüz işlemlerin gerçekleşmesinde ispatlandığı takdirde mevduat sahibinin müterafık kusurundan söz edilir ve banka kusur oranı üzerinden hesap sahibinin alacağından mahsup talebinde bulunabilir..." şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 11. HD. T. 30. 09. 2013, E. 2013/12990-K. 2013/17031. (Yayımlanmamıştır).

<sup>188</sup> ATAMER, s. 20-21.

lıdır. Bu duruma “birlikte (müterâfik) kusur” denir<sup>189</sup>. Diğer bir ifadeyle, aynı şartlar altındaki makul, dürüst ve ortalama bir insanın menfaati gereği bir zarara uğramamak için kaçınacağı ya da kaçınması gereken bir davranış tarzının niteliği, “zarar görenin kusuru” kavramıyla ifade edilmektedir<sup>190</sup>. Dolayısıyla zarar gören kişi, zarar verene böyle bir zarar verdiğinde söz konusu davranışı kusurlu sayılacaksa, zarar gören kişinin kusurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>191</sup>. Söz konusu durum, zarara neden olanlar arasında zararın ne şekilde paylaşılacağına belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır<sup>192</sup>.

Zarar görenin kusuru, kast ya da ihmal şeklinde gerçekleşmektedir. Kast halinde zararlı sonuç mağdur tarafından bilerek istenmektedir. Bu durumda, zarar gören tarafından sergilenen davranış, bilinçli bir iradenin ürünü olup hukuka aykırı sonuç istenmektedir. Buna karşılık ihmalde ise zararlı sonuç zarar gören tarafından istenilmemektedir. Ancak bu sonucun önlenmesi için şartların gerektirdiği dikkat ve özen zarar gören kişi tarafından gösterilmemektedir<sup>193</sup>.

Zarar gören kişinin kusuru, illiyet bağına kesen sebeplerden birisidir. Buna göre kusur illiyet bağına kesmişse, tam kusur söz konusudur. Bu durumda zarar veren sorumluluktan kurtulacaktır. Buna karşılık, zarar görenin kusuru illiyet bağına kesmemiş ise ortak illiyet söz konusu olur. Bu durumda ise sorumluluk devam eder ancak tazminattan indirim gündeme gelecektir. Çünkü zarar gören, zararlı sonucun doğumuna diğer sebeplerle birlikte sadece katkıda bulunmaktadır<sup>194</sup>.

İnternet bankacılığı yoluyla hukuka aykırı bir şekilde bankadaki mevduatı zarar gören müşterinin birlikte (müterâfik) kusurunun bulunması halinde, TBK m. 114/f. II'nin yaptığı atıfla TBK m. 52 uygulama alanı bulacaktır<sup>195</sup>. Bu durumda zarar

<sup>189</sup> TOPUZ, s. 241-242; BİLGEN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 794-795.

<sup>190</sup> BAYSAL, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterâfik Kusur), 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 10.

<sup>191</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 582.

<sup>192</sup> BAYSAL, s. 9.

<sup>193</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 582.

<sup>194</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 563; BAYSAL, s. 292; Yargıtay, konuyla ilgili yerel mahkemenin, “Davalı bankanın bir güven kuruluşu olduğu, olay öncesi ve sonrasında gerekli tedbirleri almadığı ve bu nedenle %90 oranında kusurlu olduğu; davacının ise güvenliği sağlayıcı tedbirleri almadığı ve bu nedenle %10 oranında kusurlu olduğu...” şeklindeki kararını onaylamıştır, İNAL, s. 317.

<sup>195</sup> YASAMAN, s. 126; EREN, Genel Hükümler, s. 1067; BAYSAL, s. 281; BİLGEN, Banka Hukukunda Sözleşmeler, s. 794-795.

görenin kusurunun etkisi, zararın doğmasında<sup>196</sup> ve zararın artmasında<sup>197</sup> göz önünde bulundurulacaktır<sup>198</sup>.

Zarar gören mevduat sahibinin kusuru, zararın meydana gelmesinde eğer başlıca etken ise hâkim bankanın sorumlu olmadığına karar verebilecektir<sup>199</sup>. Aksi takdirde mevduat sahibinin kusuru hükmedilecek tazminatta indirim sebebi olacaktır<sup>200</sup>. Diğer bir ifadeyle banka, üçüncü kişinin gerçekleştirdiği haksız çıkar filinde mevduat sahibinin kusurunu bulduğu durumlarda kusur oranında söz konusu zararı mevduat sahibine yansıtabilecektir<sup>201</sup>. Bu çerçevede, mevduat sahibinin şifresinin kullanıldığı her olayda, şifrenin bilerek veya mevduat sahibinin kusuruyla verildiğinin kabulü mümkün değildir. Mevduat sahibinin kusuru her olayda banka tarafından ispat edilmelidir<sup>202</sup>. Diğer bir ifadeyle mevduat sahibinin koruma yükümlülüklerini ihlal ettiği banka tarafından ispatlanmalıdır. Banka, mevduat sahibinin internet bankacılık hizmet sözleşmesine aykırı davranarak koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğini, ihlal

<sup>196</sup> Alacaklının zararın doğmasına etkisi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **BAYSAL**, s. 281 vd.; Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, “Parayı çeken kişi davacının tanıdığı olup, şifreyi davacıdan aldığından, davalı bankanın yasa, sözleşme, bankacılık uygulamaları ve objektif özen yükümlülüğüne aykırı herhangi bir davranışının sebep olmadığı anlaşıldığından davanın reddine karar vermek gerekir.” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 11. HD., T. 15. 05. 2008, E. 2007/1049-2008/6402 K. Bkz. **BİLGİN**, *İnternet Bankacılığı*, s. 83

<sup>197</sup> Alacaklının zararın artmasında etkisi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **BAYSAL**, s. 301 vd.

<sup>198</sup> **ÇEKER**, *Armağan*, s. 256; **BAYSAL**, s. 282.

<sup>199</sup> **BİLGİN**, *Banka Hukukunda Sözleşmeler*, s. 795; **BAYSAL**, zararın meydana gelmesinde zarar görenin bir davranışıyla borçlunun sorumluluğunun tamamen ortadan kaldırılmasının oldukça zor olduğunun unutulmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **BAYSAL**, s. 310 ve dn. 1036.

<sup>200</sup> **BİLGİN**, *Banka Hukukunda Sözleşmeler*, s. 795; **TOPUZ**, s. 241-242; **BAYSAL**, s. 301; Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda, “...davacının kimlik ve hesapları hakkındaki bilgilerin aynı soyadlı dava dışı AT’un eline geçmesinde kusurlu olduğu, eğer bu hususta gerekli dikkat ve özeni gösterseydi, zararma yol açan eylemlerin gerçekleşmesinin mümkün bulunmadığı, bu nedenle kusurlu hareketleri ile zararın doğması arasında illiyet bağının kurulduğu, bu hareketleri sonuca etkisinin davalının hatalı davranışları ile aynı düzeyde olduğu, her iki tarafın eşit düzeyde kusurlu olduğu gözetilerek BK. num 44. maddesi uyarınca davacının %50 oranındaki müterâfik kusuru nazara alınarak, istenilen tazminatın tenkisi yoluna gidilmesi ...” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 11 HD., T. 04. 02. 1999, E. 1998/8627-K. 1999/468, Bkz. Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 8 Ocak- 11 Ocak 2008, *Bilişim ve Hukuk*, C. 2, s. 74.

<sup>201</sup> **YILMAZ**, s. 221-222.

<sup>202</sup> **YASAMAN**, s. 126; **YILMAZ**, s. 221; Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda özetle, “...Somut olayda mahkemece, davacının kendisine sunulan güvenlik opsiyonlarını kullanmaması ve bilgilerini gerektiği gibi koruması nedeniyle tam kusurlu olduğu yönündeki yazılı gerekçeyle dava ret edilmiştir. Oysa davacıya ait para, davalı bankaya karşı gerçekleştirilen sahtecilik eylemi ile hesaplardan çekilerek başka hesaplara havale edilmiş olup, bu durum davalı bankayı aldığı mevduatı iade etme yükümlülüğünden kurtaramayacağı gibi, ispat yükü kendisinde olan davalı banka davacıya vermiş olduğu şifre ve parolanın davacının kusuru ile ele geçirildiğini kanıtlayamamıştır.” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 11. HD. T. 25. 04. 2011, E. 2009/12698-2011/4902 K. Bkz. **KARAMAN COŞKUN**, s. 194.



ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunduğunu ispatlamak zorundadır<sup>203</sup>. Banka kurduğu sistemde, müşteri tarafından şifre verilmediği takdirde bunun üçüncü kişiler tarafından elde edilmesinin mümkün olmadığını ispatlayarak da sorumluluktan kurtulabilir. Zararın ortaya çıkmasında zarar gören mevduat sahibinin hafif kusuru varsa ve hükmedilecek tazminat mevduat sahibini güç durumda (müzayaka) bırakacaksa, hakkaniyet de gerektiriyorsa TBK m. 52/f. II'ye göre hâkim, mevduat sahibi lehine tazminattan indirim yapabilecektir. Buna karşılık, TBK m. 51'e göre zararın kapsamını belirleyen hâkim, hal ve şartları gözeterek yani tarafların ekonomik durumunu göz önüne alarak bankanın hafif kusuruna rağmen bankayı tümüyle de söz konusu tazminattan sorumlu tutabilecektir<sup>204</sup>.

## SONUÇ

İnternet bankacılığı yoluyla gerçekleştirilen haksız çıkar fiillerinin tümü, hukuka aykırı çeşitli yöntemlerle elde edilen kişisel verilerle gerçekleştirilmektedir. Kişisel veri, belirli veya belirlenebilir gerçek kişilere ait bütün bilgileri kapsamaktadır. Kişisel verilerin yetkisiz bir şekilde kullanılması sonucu gerçekleştirilen haksız çıkar fiili, “kimlik hırsızlığı (*identity theft*)” olarak adlandırılmaktadır.

Banka ile müşteri arasında mevduat sözleşmesi ve buna bağlı olarak bankacılık hizmet sözleşmesinin imzalanmasıyla birlikte taraflar arasında sözleşmeden kaynaklan bir borç ilişkisi doğmaktadır. Öğretide hâkim görüşe göre mevduat sözleşmesi, tüketim ödücü, usulsüz tevdi ile vekâlet sözleşmesinin özelliklerini taşıyan “*kendine özgü-sui generis*” bir sözleşmedir. Sözleşmenin hukuki niteliği göz önünde bulundurulduğunda, mevduat sahibine ait kişisel verilerin hukuka aykırı çeşitli yöntemlerle ele geçirilmesinden sonra internet bankacılığında kullanılarak, bankadaki mevduatın üçüncü kişilerin hesabına aktarılması işlemi, bankaya karşı haksız bir fiil teşkil etmektedir. Zira mevduatın özelliği gereği paranın bankaya yatırılmasıyla birlikte mülkiyet bankaya geçmektedir. Dolayısıyla zarar ilk etapta bankanın malvarlığında ortaya çıkmaktadır. Ancak mevduat sahibinin ödeme konusunda geçerli bir talimatı olmamasına rağmen üçüncü kişilere ödeme yaptığı için ortaya çıkan zararlı sonuca banka katlanmak durumundadır. Bu bağlamda üçüncü kişilere ödediği miktarı mev-

<sup>203</sup> YILMAZ, s. 222; Mevduat sahibinin kusurunun banka tarafından ne şekilde ispatlanacağı ile ilgili Yargıtay kararları için bkz. KARAMAN COŞKUN, s. 195 vd.

<sup>204</sup> BİLGEN, İnternet Bankacılığı, s. 87-88; Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda, “Mahkeme yapılan yargılama sonucunda davacıların şifrelerini ve kişisel bilgilerini korumakta müterâfik kusurlu davrandıkları anlaşılmışsa da, davalı bankanın da olay tarihi itibarıyla mevcut teknolojik imkanlar çerçevesinde, paranın ele geçirilmesini engellemek için gerekli güvenlik önlemlerini almadığı belirlenmiştir. İnternet bankacılığı hizmeti sunan bankaların asli borcu, elektronik bankacılık işlemlerinin güvenlikle yapılabilmesini sağlamaktır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen bankaların asli kusurlu sayılması gerektiği de açıktır. O halde somut uyumsuzluk yönünden de mahkemece davacı mudilerin davalı banka ile eşit oranda kusurlu sayılmaları doğru olmamıştır...”, Yarg. 11. HD., T. 09.03.2009, E. 2007/13816-2009/2645 K., BİLGEN, İnternet Bankacılığı, s. 88.



duat sahibine karşı borçlu olmaya devam edecektir. Mevduat sahibinin talebi halinde kendisine emanet edilen parayı iade etmek zorundadır.

Mevduat sahibine ait kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde internet bankacılığında kullanılması sonucu meydana gelen zarar her ne kadar ilk etapta bankanın malvarlığında gerçekleşse de bu durum bankanın mevduat sahibi ile haksız fiili işleyen üçüncü kişiye karşı tazminat talebi ileri sürmesine engel değildir. Banka, haksız çıkar elde eden üçüncü kişilere karşı haksız fiil temeline dayanan bir tazminat talebinde bulunabileceği gibi sözleşmeden doğan özen ve muhafaza yükümlülüğü ile malvarlığını koruma yükümlülüğüne aykırı davranarak sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine neden olan mevduat sahibine karşı da tazminat talebinde bulunabilme hakkına sahiptir.

Mevduat sahibi, internet bankacılığında kullandığı şifre ve diğer güvenlik önlemlerini içeren kişisel verilerinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini engellemek amacıyla azami özen ve muhafaza yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Mevduat sahibinin bu yükümlülüğü, kanaatimizce aslî borcun banka tarafından gereği gibi ifasına yardımcı olan ve dürüstlük kuralından kaynaklanan bağımlı bir yan borçtur. Mevduat sahibi sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde gerekli özeni göstermediği takdirde, bankanın sözleşmeden doğan malvarlığını koruma yükümlülüğüne aykırı davranmış sayılacaktır. Bu durumda borcun gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa-akdin müspet ihlali) durumu söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bankanın TBK m. 112'ye göre tazminat hakkı doğacaktır. Banka, mevduat sahibinin kusuru ile orantılı olarak tazminat talebine hak kazanacaktır. Yani, mevduat sahibi sadece kusuru ile orantılı olarak tazminat yükümlülüğü altındadır. Ancak söz konusu zararın doğumuna ya da artmasına bankanın da kusuruyla neden olup olmadığının belirlenmesi önem taşımaktadır. Bankanın kusurunun belirlenmesi, sorumluluğunun ihdası için değil mevduat sahibinin de kusurlu olması durumunda zararın paylaşılma esasının belirlenmesi amaçlıdır. Zira tarafların kusur oranı belirlendikten sonra ortaya çıkan zarar, TBK m. 52'ye göre tarafların kusur oranı dikkate alınarak aralarında paylaşılacaktır. Mevduat sahibi bankadaki mevduatını talep ettiğinde, buna karşılık olarak banka da tazminat talebini ileri sürebilecektir. Tarafların bu şekildeki alacaklarının takası mümkündür.

İnternet bankacılığı yoluyla hukuka aykırı bir şekilde bankadaki mevduatı zarar gören müşterinin birlikte (müterâfik) kusurunun bulunması halinde ise TBK m. 114/f. II'nin yaptığı atıfla TBK m. 52 uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda mevduat sahibinin kusurunun etkisi, zararın doğması ve artmasında göz önünde bulundurulacaktır. Mevduat sahibinin kusuru her olayda banka tarafından ispat edilmelidir. Banka, mevduat sahibinin internet bankacılık hizmet sözleşmesine aykırı davranarak koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğini, ihlal ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunduğunu ispatlamak zorundadır.

## KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ, Osman**, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013.
- AKGÜL, Aydın**, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanı’nın “Google Kararı”, TBB Dergisi 2016 (6), s. 11-38.
- ALTAŞ, Hüseyin**, “Mevduat Hesabından Yetkisiz Para Çekilmesinde Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi 2001, S. 3, s. 37-45.
- ANTALYA, Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2015.
- ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat**, Medeni Hukuk, İstanbul 2015.
- ARAL, Fahrettin**, Türk Borçlar Hukukunda Kötu İfa, Ankara 2011.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012.
- ATAK, Songül**, “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, TBB Dergisi, S. 87, Y. 2010, s. 90-120.
- ATAMER, Yeşim M.**, “İnternet Bankacılığının Üçüncü Kişiler Tarafından Hukuka Aykırı Kullanımı Nedeniyle Doğan Zararı Kim Taşır?”, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler- Tartışmalar (8 Haziran 2007), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), s. 15-41.
- AVŞAR, B. Zakir/ÖNGÖREN, Gürsel**, Bilişim Hukuku (Haziran 2010), Türkiye Bankalar Birliği Yayın No: 270, İstanbul 2010.
- AYAN, Mehmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2015.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2014.
- BARIŞIK, Salih/TEMEL, Halime**, “İnternet Bankacılığı Kullanımında Güvenlik Unsurlarının Bilinirliği (Anket Uygulamasına Dayalı SPSS Çözümlemesi)”, Karamanoğlu Mehmet Bey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S. 2, ISSN: 2147-7833, s. 136-160.
- BAŞALP, Nilgün**, Kişisel Verilen Korunması ve Saklanması, Ankara 2004.
- BATTAL, Ahmet**, Güven Kurumu Niteliğindeki İşletmelerin Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001. (Güven Kurumu).
- BATTAL, Ahmet**, Bankacılık Kanunu Şerhi (5411 Sayılı Kanun ve Açıklaması), Ankara 2016. (Şerh).
- BAYSAL, Başak**, Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur), 1. Baskı, İstanbul 2012.
- BİLGEN, Mahmut**, Banka Hukukunda Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar ve Hukuki Sorumluluk, Ankara 2011. (Banka Hukukunda Sözleşmeler).
- BİLGEN, Mahmut**, “İnternet Bankacılığında Kaynaklanan Zararlarda Bankaların Sorumlulukları”, Bankacılar Dergisi 2009, S. 71, s. 78-96. (İnternet Bankacılığı).
- CEYLAN, Eyyup Ensar**, İnternet Bankacılığı ve Bankaların Hukuki Sorumlulukları, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- CİVELEK, Dilek Yüksel**, Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Örneği, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara 2011.
- ÇEKER, Mustafa**, Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Adana 2004.(Banka Mevduatı).
- ÇEKER, Mustafa**, “İnternet Ortamında Yapılan Usulsüzlüklerden Bankaların Hukuki Sorumluluğu (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Münasebetiyle, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008.( Armağan).

- ÇEVİK, Kemal**, Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, 2. Bası, Ankara 2009.
- DENİZ, Recep Baki**, “Türkiye’de Özel Sermayeli Ticaret Bankalarında Bireysel İnternet Bankacılığı ve Diğer Alternatif Dağıtım Kanalları”, Marmara Üniversitesi İ.I.B.F Dergisi 2003, C. XVII, S. 1, s. 97-118.
- DOĞANAY, İsmail**, “Bankalardaki Mevduat Hesabından Kısmen Para Çekilirken veya Hesap Kapatılırken Bankaların Göstermek Yükümlülüğünde Olduğu Özen Borcu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 1994, C. XVII, S. 4, s. 25-31.
- EREN, Fikret**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015.
- EROĞLU, Nadir/YÜCEL, İzzet Sencer**, “Türkiye’deki Kurumsal Banka Müşterilerinin İnternet Bankacılığı Kullanım Eğilimlerini Belirleyen Başlıca Faktörler Üzerine Ampirik Bir Çalışma”, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü E-Dergisi (<http://e-dergi.marmara.edu.tr/index.php/bsed>), Y. 2, S. 2 (Ocak-2012), s. 1-25.
- EROL, İbrahim/ÇINAR, Serkan/DURAMAZ, Selim**, “Bankaların Yeni Gelir Kaynağı: Elektronik Bankacılık İşlem Ücretleri, Türk Bankacılık Sektöründe Banka Kârlılığı Üzerindeki Etkisi”, AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2015, C. 15, Y. 15, S. 2, 15; 1-21, s. 1-21.
- EROĞLU, Nadir/YÜCEL, İzzet Sencer**, “Türkiye’deki Kurumsal Banka Müşterilerinin İnternet Bankacılığı Kullanım Eğilimlerini Belirleyen Başlıca Faktörler Üzerine Ampirik Bir Çalışma”, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü E-Dergisi (<http://e-dergi.marmara.edu.tr/index.php/bsed>), Y. 2, S. 2 (Ocak-2012), s. 1-25.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, C. 2, İstanbul 2012.
- İNAL, Emrehan**, “İnternet Dolandırıcılığı Eylemlerine Karşı Bankanın Yükümlülükleri ve Sorumluluğu”, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 365-375.
- KARA, Şaban**, İnternet Yoluyla Havaledede Bankanın Hukuki Sorumluluğu (Karar İncelemesi), <http://yurtman-kara.av.tr/?p=makaleler&id=42>, (Erişim tarihi: 07. 03. 2016).
- KARAMAN COŞKUN, Özlem**, “Bankaların, Telekomünikasyon Şirketlerinin ve Mevduat Sahiplerinin İnternet Bankacılığından Doğan Sorumlulukları”, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, C. 2, 2012, s. 169-201.
- KARTAL, Burak/PALA, Emre**, Banka Müşterilerinin İnternet Bankacılığı ile İlgili Tutumlarına Yönelik Pilot Bir Araştırma, Yönetim ve Ekonomi Dergisi 2010, CBÜ İİBF, C.17, S. 2, s. 43-61.
- KAYA, Cemil**, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, İÜHFMD, C. LXIX, S. 1-2, Y. 2011, s. 317-334.
- KILIÇOĞLU, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Genişletilmiş 19. Bası, Ankara 2015.
- KILINÇ, Doğan**, “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, AÜHFMD, 61 (3) 2012, s. 1089-1169.
- KUNTALP, Erden**, Karışık Muhtevalı Akit, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara 2013.
- KURT, Ekrem**, Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi), Ankara 2014.
- KÜNEY, Hikmet**, Banka Tekniği, 6. Baskı, Ankara 1989.
- OĞUŞGİL, Vahap Atilla**, “AB’ye Üye Devletlerde Veri Koruma ve Denetleme Kurumlarının Bağımsızlığı ve Olası Türkiye Örneği”, AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2014, C. 14, Y. 14, S. 2, s. 203-232.

- OĞUZ, Habip**, “Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum”, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000145743>, (Erişim Tarihi, 23.02.2016), s. 1-38.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, İstanbul 2015.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami**, Medenî Hukuk, 19. Baskı, İstanbul 2013.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa**, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009.
- ÖZMEN, Şule**, Ağ Ekonomisinde Yeni Ticaret Yolu, e-Ticaret, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 2012.
- REİSOĞLU, Seza**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Son Değişikliklerle Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Genel Bölüm ve Madde 1-64, C. 1, Ankara 2015.
- SAVAŞ, Abdurrahman**, “İnternet Bankacılığı ve Tarafların Yükümlülükleri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, Y. 11, s.137-166.
- SEROZAN, Rona**, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul 1968, (Bağımsız Borç İlişkisi).
- SEROZAN, Rona**, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme –Ek: Uygulama Çalışmaları- (KOCAYU-SUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm), Gözden geçirilip genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul 2014, (İfa).
- TOPUZ, Murat**, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 1. Baskı, İstanbul 2011.
- Türkiye Bankalar Birliği, Dolandırıcılık eylemleri ve Korunma, Aralık 2015.
- ÖCAL, Tezer**, Türk Banka Sistemi, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları: 59, Ankara 1973.
- ONUR, Vedad**, Bankacılık Hukuku (Hukukî Bünyeleri İtibariyle Banka Muameleleri), Ankara 1965.
- VURAL, Güven**, Türk Banka Hukuku, Ankara 1991.
- YASAMAN, Hamdi**, Banka Hukuku ile ilgili Makaleler Mütalâalar Bilirkişi Raporları, C. II, İstanbul 2013.
- YAŞAR, Hakan/ÇAKIR, Hüseyin**, “Kurumsal Siber Güvenliğe Yönelik Tehditler ve Önlemler,” Düzce Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Dergisi, 3 (2015), s. 488-507.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014.
- YILMAZ, Süleyman**, Hukukî Açından İnternet Bankacılığı, Ankara 2010.
- YÜCEL, Fırat/ÇETİN, Hakan**, “Türk Bankacılık Sektöründe Mobil İmza”, ([https://www.researchgate.net/publication/264868406\\_Turk\\_Bankacilik\\_Sektorunde\\_Mobil\\_Imza](https://www.researchgate.net/publication/264868406_Turk_Bankacilik_Sektorunde_Mobil_Imza)), (Erişim Tarihi: 18.12.2015), s. 1-8.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara 2013.

# Hukuki Bilirkişilik

(Judicial Expert)



Dr. iur. Acun PAPAĞI, LL.M. (Tübingen)\*

*“Bilirkişilik görevimi sadakat ve özenle, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsız ve objektif bir biçimde yerine getireceğime, namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ederim.”<sup>1</sup>*

## ÖZET

1927 yılında yürürlüğe giren ve 2011 yılına kadar 85 yılı aşkın süre yargılama usullerini düzenleyen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca hukuki konularda bilirkişiden görüş istenilmesi yasaklanmıştı. Buna rağmen mahkemelerce yargılamaların neredeyse tümünde dosya içeriği hakkında bilirkişilerden hukuki görüş istenmesi, hukukçu bilirkişilerce tarafların iddia, savunma ve haklılıklarının tartışıldığı raporlar hazırlanması ve bu raporlar esas alınarak karar verilmesi olağan fiili bir uygulamaya dönüşmüştü. Yüksek mahkemelerce hukuki bilirkişilere ilişkin itirazlar, mahkemelerin bilirkişi raporları ile bağlı olmadıkları gerekçesiyle bozma sebebi olarak görülmeyle hukuki bilirkişilik kurumunun fiilen uygulamasına izin verilmekteydi.

Kanunkoyucu bu sorunu 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile çözmeyi amaçlamış, mahkemelerce hukukun özel alanları adı altında hukuki bilirkişiliğe izin verilme eğiliminin önüne geçilmesi için “hukuk bilimi dışında” bilirkişiye başvurulabileceğini ve bilirkişiler tarafından hukuki konularda görüş bildirilemeyeceğini düzenlemiştir. Kanunkoyucunun tartışmaya yer vermeyecek kadar açık bir şekilde yasaklamış olmasına rağmen mahkemelerce hukuki bilirkişiden vazgeçilmesi mümkün olmaması, Adalet Bakanlığının bilirkişilere ilişkin düzenlediği yönetmeliğin 5/III. maddesi nedeniyle hukukun her alanında bilirkişiden görüş alınması mümkün hale gelmiştir.

Çalışmada hukuki bilirkişiliğe ilişkin kanun maddeleri ve Adalet Bakanlığının yönetmeliğinin bu maddeler ile uyumu incelenmekte, hukuki bilirkişilik kurumu mahkemeler, hukuki bilirkişiler ve davanın tarafları açısından değerlendirilmekte ve

\* Avukat, İstanbul ve Tübingen Barosu üyesi.

<sup>1</sup> 2016 yılı bilirkişi yemin metni.

hukuki bilirkişilik kurumunun Uluslararası Sözleşmeler ve Anayasa ile uyumlu olup olmadığı ile yargılamalarda hukuki konularda bilirkişiden alınan görüşlerin delil niteliği tartışılmaktadır.

### ABSTRACT

According to the Code of Civil Procedure Nr. 1086, which came into force in 1927 and regulated the turkish civil procedure until 2011 for more than 85 years, was prohibited to ask opinions of judicial experts about legal issues. Despite of it, it has became a usual practice of courts to ask the judicial experts opinion for almost every law case about the case content, preparing of judicial expert reports including experts general comments which discusses the claims, defence and justness of the parts on the issue, and giving a decision due to judicial expert reports. High Court has let the courts on their act of execution about the judicial expert institution by rejecting objections and by not reversing the decision of the lower court on appeal instead of evaluating that the court does not have to hold to the judicial expert reports.

With the Code of Civil Procedure 6100, which came into force in 2011, the legislator aimed to solve this problem to avoid the tendency to permit the judicial expert by the name of specialty areas of law and in this way ruled that except external areas of science of law judicial experts are prohibited from expressing their opinion on legal issues. Though the legislator prohibited the judicial expert beyond dispute, it was unable to quit the judicial expert for the courts and by the reason of the Regulation on Judicial Expert of Ministry of Justice Article Nr. 5/III it became possible to take opinion of judicial expert on all sections of the law.

In this paper will be studied the articles of Code of Civil Procedure on judicial expert comparing with the articles of the Regulation of Ministry of Justice including their harmony with each other and judicial expert will be evaluated together with the perspective of courts, judicial experts and the parts of the law case and furthermore the coordination of the judicial expert institution with International Conventions and Constitution will be discussed and the evidence character of judicial expert opinions on the legal issues in law cases will also be evaluated.

**Anahtar Sözcükler:** *Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Hukuki Bilirkişilik, Deliller, Hukuk Devleti ve Mahkemelerin Bağımsızlığı İlkeleri.*

## I. Giriş

Bilirkişi incelemesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) “İspat ve Deliller” adını taşıyan 4. kısım 5. bölümde<sup>2</sup> düzenlenmiştir. Kanunkoyucu HMK mad. 266 ile mahkemelerin özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiden görüş alabileceğini düzenlemiş, hukuki konularda bilirkişiden görüş alınmasını ise mahkemelere yasaklamıştır.<sup>3</sup> Bu yasak mahkemelerle sınırlı tutulmamış, HMK mad. 279/IV ile bilirkişilere de hukuki konularda görüş bildirmeleri yasaklanmıştır.<sup>4</sup> Kanunkoyucunun HMK m. 266 ve 279 ile açıkça yasaklamış olmasına rağmen günümüzde mahkemelerce hukuki konularda ağırlıklı olarak akademisyen ve avukatlardan oluşan hukukçu bilirkişilerden görüş istenmektedir. Bu çalışma, hukuki bilirkişiliğin güncel uygulamasını, bu uygulamanın nedenlerini ve hukuki bilirkişiliğin hukuk açısından sonuçlarını incelemektedir.

## II. Hukuki Bilirkişilik Yasaktır

### 1. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Hukuki Bilirkişi

1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 275 ile özel ve teknik bilgiye ilişkin konularda hakim bilirkişinin oyunu ve görüşünü almaya karar vereceği düzenlenmiştir.<sup>5</sup> Özel ve teknik bilgi gerektiren konuların sınırının çizilmemiş olması ve kanunkoyucu tarafından kendilerine bilirkişiye başvurma ödevi yüklenmesi, hakimlerce her davanın bilirkişiye gönderilmesine sebep olmuştur.<sup>6</sup> Kanunkoyucu bu sorunu gidermek için 1981 yılında 2494 sayılı Kanun<sup>7</sup> ile HUMK mad. 275 düzenlemesini değiştirmiş ve hakimlere özel ve teknik

<sup>2</sup> HMK mad. 266 - 287 yer aldığı bölüm.

<sup>3</sup> HMK mad. 266: “(1) Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.”

<sup>4</sup> HMK 279/IV: “(4) Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz.”

<sup>5</sup> HUMK m. 275: “Halli, malumatı mahsusa ve fenniyyeye tevakkuf eden hususta, hakim ehli vukufun rey ve mütalealarını almaya karar verir.”; [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc005/kanuntbmmc005/kanuntbmmc00501086.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc005/kanuntbmmc005/kanuntbmmc00501086.pdf) (01.02.2016)

<sup>6</sup> Uygur Tanju, Hukuk Yargılama Yasasında Yapılan Son Değişiklikler, Ankara Barosu Dergisi, 1982/1, s. 20.

<sup>7</sup> 2494 sayılı Kanun, RG T. 18.07.1981, RG S. 17404; [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc064/kanunmgkc064/kanunmgkc06402494.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc064/kanunmgkc064/kanunmgkc06402494.pdf) (01.02.2016)

konularda bilirkişi dinlenmesini yasaklamıştır.<sup>8</sup> Bu değişikliğe ve hatta aksinin temyiz sebebi olduğuna ilişkin görüşlere<sup>9</sup> rağmen hakimlerce hukukun bazı alanlarının özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği gerekçesiyle hukukun her alanında bilirkişiden görüş alınmasına devam edilmiştir. Kanunkoyucunun yaptığı değişikliklerin yeterli sonuç doğurmadıkları, bilirkişilik kurumunun kanayan bir yara olduğu ve bu sorunun mutlaka çözüne kavuşturulması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir.<sup>10</sup>

Bilirkişilik kurumunun bütünüyle yozlaştığı, adliye koridorlarında bekleyen kadrolu bilirkişilerin oluştuğu<sup>11</sup>, hemen her konuda bilirkişilere başvurulduğu, bilirkişilerin hakim yerine geçerek onun yetkisini kullandığı doktrinde dile getirilerek eleştirilmiştir.<sup>12</sup> Bilgi yetersizliğinin, formasyon eksikliğinin, Yargıtayın alt derece mahkemelerine ve hatta hakimlerin kendilerine karşı olan güvensizliklerinin bilirkişilik kurumunun görev alanının genişlemesine sebep olduğu tespit edilmiş; ancak hakimlerin kendi bilgi ve tecrübelerini değerlendirerek bilirkişiye başvurmak konusunda serbestçe karar vermeleri gerektiği, modern hayatın değişim hızı ile uyumlu yeni uzmanlık alanları oluştuğu, hakimlerin farklı mahkemelere atanması nedeniyle tecrübe ve bilgi eksikliğinin söz konusu olabileceği, her türlü uyuşmazlığı çözebilecek bir hakim profili olamayacağı ve bu nedenle hukuki bilirkişiliğe izin verilmesi yönünde görüş de bildirilmiştir.<sup>13</sup>

2494 sayılı Kanun ile değişik HUMK m. 275 düzenlemesinin hukuki bilirkişilik kurumunu yasaklaması sonuç vermemiş, yıllarca süren alışkanlıklar ve diğer nedenlerle hukukun birçok alanının özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği gerekçesiyle bilirkişi görüşüne başvurulmuştur. Yapılan itirazlar ise hakim bilirkişi görüşü ile bağlı olmadığına dair HUMK m. 286 düzenlemesi gerekçe gösterilerek temyiz sebebi

<sup>8</sup> 2494 sayılı Kanun m. 18 ile değişen HUMK m. 275: “Mahkeme, çözümlü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez.”

<sup>9</sup> Uygur Tanju, Hukuk Yargılama Yasasında Yapılan Son Değişiklikler, Ankara Barosu Dergisi, 1982/1, s. 20.

<sup>10</sup> Yılmaz Ejder, Cumhuriyetimizin Yetmişbeş Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu’nda ve İcra İflas Kanunu’nda Ortaya Çıkan Gelişmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998/3, s. 875

<sup>11</sup> Atalay Oğuz, Hukuk Yargılamasında Bilirkişilik Uygulamasına İlişkin Bazı Sorunlar, Manisa Barosu Dergisi, 1995,70. Yıl Özel Sayısı, S. 134; Türk Hikmet Sami, Bilirkişilik, Adalet Dergisi, Yıl: 91, S. 5, 2000, s. 8.

<sup>12</sup> Deryal Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s. 16, Dn. 4 ve 5.

<sup>13</sup> Deryal Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s. 26 vd.



sayılmadığı gibi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu<sup>14</sup> başta olmak üzere Yargıtayın çeşitli daireleri<sup>15</sup>, içinde hukukçu bilirkişinin bulunduğu bir bilirkişi heyetinden rapor alınmasını gerekli görmüştür.

## 2. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Hukuki Bilirkişi

HUMK 275. maddesinde hukuki konularda bilirkişiyeye başvurulamayacağına ilişkin düzenlemeye rağmen yüksek yargının fiilen hukukun bazı alanlarının özel bilgi gerektirdiği gerekçesiyle hukuki konularda bilirkişiden görüş istenmesi alışılmış bir uygulama halini almıştır.<sup>16</sup>

### a. HMK m. 266 ile Mahkemelerde Hukuki Bilirkişiden Görüş İstenmesi Yasaklanmıştır

Kanunkoyucu, iradesine aykırı olan uygulamaya haklı bir tepki olarak 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 266. maddesini düzenlemiş, madde gerekçesinde de mahkemelerde hukuki konularda hukukun spesifik alanları özel bilgi kabul edilerek bilirkişiden görüş istenmesine kapı açılmak istenmesinin önüne geçmeyi amaçladığını açıkça belirtmiştir.<sup>17</sup> Bu gerekçe ile HMK m. 266/I uyarınca mahkemelere hukuki konularda bilirkişi dinlenilmesini yasaklanmış, m. 266/II ile hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile

<sup>14</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 27.09.2006, E. 2006/1-551, K. 2006/597: „Hal böyle olunca; Mahkemece seçilecek Çevre Mühendisi, Şehir Planlamacısı ve hukukçu bilirkişilerden oluşan bilirkişi kurulu aracılığı ile komşuluk hukuku ilkeleri açısından inceleme yapılması, davalı tarafından davacıya ait komşu parsellere açılan pencerelerin davacıya ne gibi zararlı etkileri bulunduğuunun Türk Medeni Kanunu'nun 737. maddesinde öngörülen ölçülere göre ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi, bunların önlenmesi için alınması gerekli tedbirlerin neler olduğunun da bilirkişi kurulundan sorulup gerekçeli rapor alınması ve doğacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu oluşturulan önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.“; <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=29812> (01.02.2016)

<sup>15</sup> Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, T. 07.02.2006, E. 2005/8093, K. 2006/558; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T. 03.04.2003, E. 2003/4512, K. 2003/7134; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 06.02.2006, E. 2005/11504, K. 2006/950; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 18.01.2006, E. 2005/17304, K. 2006/391; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, T. 07.04.2003, E. 2003/1337, K. 2003/3036; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T. 24.10.2002, E. 2002/6557, K. 2002/6800; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 25.09.2002, E. 2002/10969, K. 2002/10967; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, T. 04.07.2002, E. 2002/3721, K. 2002/6118 vb.

<sup>16</sup> Yargıtay 1983 yılında verdiği bir kararda hukuki bilirkişiden yararlanılmasını tartışmış, mahkemece bilirkişiden görüş alınmasını özellikle usul ekonomisi açısından değerlendirerek mahkemenin Anayasa 141 inci maddesine aykırı davrandığını tespit etmiş, ancak bilirkişiyeye başvurulmasını bir bozma sebebi olarak görmemiştir: 4. HD, 11.1983, 8875/9339 (Arslan “Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 5-8 Nisan 2000)

<sup>17</sup> „...Ancak, yer yer, hukukun spesifik alanlarına ilişkin hukuki bilginin de, özel bilgi kavramının kapsamı içerisinde mutalaa edilip bilirkişilik kurumunun kapısının aralanmaya çalışılması yönünde bir eğilimin belirmesi nedeniyle, 270 inci maddede, özel bilgiye işaret edilirken, açıkça, “hukuk bilimi dışında” şeklinde bir vurgu yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.“

çözülebilecek konularda bilirkişi dinlenemeyeceğini belirterek bu yasağı pekiştirilmiştir. HMK mad. 266 özellikle gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, hukuki bilirkişiye başvurulmasının mahkemelere istisnasız bir şekilde<sup>18</sup> yasaklandığı açıktır. Mahkemelerce hukukun herhangi bir alanı, özel bilgi gerektiren bir alan olarak tanımlanmak suretiyle bilirkişiden görüş alınması HMK mad. 266 yürürlükte olduğu sürece mümkün değildir.

Bilirkişi incelemesi, belge ve senet<sup>19</sup>, yemin<sup>20</sup>, tanık<sup>21</sup>, keşif<sup>22</sup>, uzman görüşü<sup>23</sup> gibi davaya konu olan olayları aydınlatmayı amaçlayan bir delil olup, hakimın yardımcı veya danışmanı<sup>24</sup> olarak tanımlanması da bunu değiştirmemektedir.<sup>25</sup> Kanun koyucu hangi konularda bilirkişiye başvurulabileceğini HMK m. 266 vd. ile düzenlemiş ve hukuki konularda bilirkişiden görüş istenemeyeceğine ilişkin düzenlemesini, mahkemelerce hukukun özel alanları adı altında hukuki bilirkişiye başvurulmasını engellemek istediği şekilde gerekçelendirmiştir.

Hakimin tabi olduğu hukuka ilişkin sorularla ilgili olarak bilirkişiye başvurusu, sadece Türk hukukunda değil, çağdaş hukuk sistemlerinin tümünde yasaklanmıştır. Alman hukukunda hakimler Alman Usul Kanunu mad. 293 ile kendilerine imkan verilmiş olduğu için, bilmeleri mümkün olmayan yabancı hukuka, örf ve adet hukuku ile statülere ilişkin olarak bilirkişi görüşüne başvurabilirler.<sup>26</sup> Alman hakiminin aynı zamanda Avrupa hukukunu da bilmesi gerektiği için, Avrupa hukuku açısından da

<sup>18</sup> HMK mad. 266 uyarınca yabancı hukuk, örf ve adet hukuku gibi alanlarda da mahkemelerce bilirkişiden görüş alınması yasaktır.

<sup>19</sup> HMK mad. 199 vd.

<sup>20</sup> HMK mad. 225 vd.

<sup>21</sup> HMK mad. 240 vd.

<sup>22</sup> HMK mad. 288 vd.

<sup>23</sup> HMK mad. 293 vd.

<sup>24</sup> Rosenberg Leo, Schwab Karl H. ve Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München, C.H. Beck, 2010, § 121, Rn. 1.

<sup>25</sup> Huber Michael, in: Musielak Voit ZPO Zivilprozessordnung, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 402, s. 1419, Rn. 1; Ahrens Hans Jürgen, in: Wieczorek Schütze ZPO, Band 6, 7. Auflage, Berlin, de Gruyter, 2014, § 402, s. 485, Rn. 20.

<sup>26</sup> Alman Usul Kanunu mad. 293: "Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen." Türkçe tercümesi: „Başka bir ülkede geçerli olan hukuk, örf ve adet hukuku ve statüler hakkında, ancak bunların mahkeme tarafından bilinmemesi durumunda delil toplanır. Bu hukuk kurallarının araştırılmasında mahkeme taraflarca getirilen deliller ile bağlı olmayıp, bunların aydınlatılması için başka kaynakları kullanabilir veya bu kaynaklara ulaşmak için gerekeni yapar."

bilirkişiye soru yöneltmeleri yasaktır.<sup>27</sup> Hukuku bilmek ve uygulamak hakimnin görevi olup, bilirkişiden görüş istenmesi ancak hakimnin bilmediği bir alanda söz konusu olabilir.<sup>28</sup>

Hakimin kendi hukukunu bilmesi kendi görevi olduğu için Türk hakimlerinin Türk hukukunu bilmeleri görevleridir. Bir hakimnin bilmek zorunda olduğu hukuku başka kişiler üzerinden araştırmasına çağdaş hukuk sisteminde izin verilmemektedir. Aksine davranış hakimnin yargılama görevini üçüncü kişilere devretmesi anlamına gelir ki, bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Kanunkoyucunun HMK m. 266/I ile mahkemelere, yabancı hukuka ilişkin bilirkişiden görüş almalarını dahi yasaklaması, HUMK mad. 275 ile getirilen yasağa rağmen hukukun her alanında bilirkişi raporu alınmasına duyulan tepki nedeniyedir. Yabancı hukuku, örf ve adet hukukunu Türk hakimnin bilmemesi durumunda HMK m. 266/I uyarınca bilirkişiden görüş istenemeyecek olsa da, bu problemin HMK m. 293 düzenlemesi uyarınca taraflarca uzmanlardan alınacak görüşler ile doldurulması mümkündür. Ancak HMK m. 266/I düzenlemesi son derece açık olup, mahkemenin yabancı hukuk veya örf adet hukuku konusunda da bilirkişiye başvurması yasaktır.

#### **b. HMK m. 279/IV ile Bilirkişilerin Açıklamalarında Hukuki Görüş Bildirmeleri Yasaklanmıştır**

Kanunkoyucu HUMK mad. 275 yasağını görmezden gelen hukuki bilirkişilik uygulamasına HMK m. 266/I ile mahkemelere yönelik gösterdiği haklı tepkiyi HMK 279/IV<sup>29</sup> ile bilirkişilere de yönelterek, bilirkişilere yazılı ve sözlü açıklamalarında hukuki değerlendirmelerde bulunmalarını yasaklamıştır. Maddenin gerekçesinde hukuki konularda bilirkişinin görüş bildiremeyeceğinin açık ve kesin bir dille hüküm altına alındığı, düzenleme ile de hukuki konularda bilirkişiden görüş istenememesine ilişkin düzenleme ile bir bütünlük oluşturulduğu belirtilmiştir.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Ahrens Hans Jürgen, in: Wiczeorek Schütze ZPO, Band 6, 7. Auflage, Berlin, de Gruyter, 2014, § 402, s. 485, Rn. 21, 22.

<sup>28</sup> BGHZ 37, 389, 394 = NJW 62, 1770; 97, 3096, 3097; Katzenmeier Christian, in: Prütting Gehrlein ZPO, 7. Auflage, Köln, Luchterhand, 2015, § 404a, s. 1230, Rn. 5.

<sup>29</sup> HMK mad. 297/IV: 'Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz.'

<sup>30</sup> "...Maddenin son fıkrasında ise bilirkişinin, raporunu kaleme alması yahut mahkemede sözlü olarak oy ve görüşünü açıklaması sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamayacağı hususu, açık ve kesin bir dille hüküm altına alınmıştır. Çünkü, maddi vakıaların hukuki niteliğini tayin, yani hukuku uygulamak, bilirkişinin değil; hakimnin asli işidir. Bilirkişinin işlevi, hukuki değerlendirmelere girişmeden, tecrübe kurallarını, yani sahip olduğu özel ve teknik bilgiyi mahkemeye iletmek veya bu bilgiyi vakıalara uygulamak suretiyle varmış olduğu sonuçlara işaret etmek yahut özel ve teknik bilginin yardımı ile maddi vakıaları tespit etmekten ibarettir. Bu düzenleme, hakimnin hukuki sorunlarda bilirkişiye başvuramayacağı kuralı ile büyük ölçüde paralellik arz etmekte; onunla bir bütünlük oluşturmaktadır."

HMK mad. 279/IV ile bilirkişilere yazılı ve sözlü açıklamalarında hukuki görüş bildirmek tartışmaya yer vermeyecek şekilde yasaklanmıştır. Alman usul hukukunda bir iflas davasında mahkemenin, fatura bedelinin incelenmesini bilirkişiden istemesinin hukukun arkasının dolanması olup olmadığı tartışılmıştır.<sup>31</sup> Bamberg Eyalet Mahkemesi (Landesgericht-LG) istinaf mahkemesi olarak yaptığı incelemede faturadaki ücretlendirmenin olaylara ilişkin olduğuna kanaat getirerek buna izin vermiştir.<sup>32</sup>

### III. 6100 Sayılı Kanun Düzenlemeleri de Hukuki Bilirkişiliğe Engel Olamamıştır

#### 1. Mahkemelerin HMK mad. 266 ve 279/IV Düzenlemelerine Yaklaşımı

##### a. Alışkanlıklarından Vazgeçmeyerek Yasakları Dikkate Almayan Mahkemeler

Günümüzde HMK mad. 266/I hükmü adeta yok sayılarak komisyonlarca hukukun her alanında uzmanlık alanları belirlenerek bu alanlarda bilirkişi listeleri oluşturulmakta, mahkemelerde bilirkişilerden görüş alınmasına karar verilmekte ve kararlarda bilirkişi raporlarına dayanılmaktadır. Yargıtay, kanuna aykırı olan bu uygulamayı engellemek yerine, aralarında hukukçu bilirkişinin bulunduğu bilirkişi heyetinden rapor alınmamış olmasını ve hukuki konuda alınan bilirkişinin konunun uzmanı olmamasını bozma sebebi olarak kabul etmekte<sup>33</sup>, hukukçu bilirkişi atanması için masraf yatırılmadığı gerekçesiyle esasa dahi girmeden reddedilen davalara ilişkin kararları onayarak<sup>34</sup> hukuki bilirkişiden görüş alınmasını ilk derece mahkemeleri için zorunlu tutmaktadır.

<sup>31</sup> Ayrıntılı inceleme için bk.: Keller, Ulrich, Voraussetzungen und Umfang der Sachverständigenbeauftragung zur Schlussrechnungsprüfung im Insolvenzverfahren, Rpfleger, 2011, s. 66, 68.

<sup>32</sup> LG Bamberg, VersR, 2013, s. 448.

<sup>33</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/11772, K.2012/20195, T. 07.12.2012: "...Dava, davalı şirketin sermaye artırımına ilişkin alınan genel kurul kararının davalı SPK tarafından iptal edildiğinin ve buna dayalı olarak ihraç edilen hisse senetlerinin geçerli olmadığına tespitine ilişkindir. HUMK mad. 275 vd. maddelerine göre bilirkişinin işin özelliğine uygun teknik bilgiye sahip olması gerektiği gibi hazırlayacağı raporun uzman olduğu konudaki özel ve teknik bilgiyi içerir nitelikte bulunması gerekmektedir. Mahkemece, hükme esas alınan raporu hazırlayan bilirkişi, davaya konu uyuşmazlığın çözümü için gerekli SPK konusunda uzmanlığı bulunmamakta, bilakis medeni hukuk konusunda öğretim görevlisi olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu itibarla, mahkemece, aralarında SPK konusunda uzmanlığı bulunan öğretim görevlisi bir bilirkişinin de bulunduğu heyetten tarafların iddia ve savunmalarını değerlendiren, Yargıtay denetimine açık bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlık konusunda uzmanlığı bulunmayan bilirkişi tarafından hazırlanan rapor esas alınarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir."

<sup>34</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2014/16923, K. 2015/11142, T. 27.10.2015: "...Mahkemece, Dairemizin bozma ilamındaki hususlarda bilirkişi raporu alırdabilmesi için davacı tarafa bir aylık kesin süre verildiği, bu süreye uyulmamasının ve masrafın yatırılmamasının ne gibi sonuçlar doğuracağını da davacı tarafa bildirildiği, açılan davada davacının haklı olup olmadığının tespiti açısından bilirkişi ra-

Anayasa Mahkemesi ise kendisine yapılan başvurularda, iddia ve savunmanın kısıtlanmadığı ve kararların keyfi olmadığı gerekçesiyle hukuki bilirkişiden rapor alınmaması nedeniyle mahkemece reddedilen ve Yargıtay tarafından onanarak kesinleşen kararlarda hukuka aykırılık görmemiştir.<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi kararlarında her ne kadar hukuki bilirkişiliğe ve kanun düzenlemesine dair bir değerlendirme yapmamış olsa da, kanuna aykırı olan bir durumun doğrudan keyfiyet anlamına geldiğini dikkate almamış, engel olmayarak hukuki bilirkişilik kurumuna dolaylı olarak yeşil ışık yakmıştır. İlk derece mahkemeleri, Yargıtay ve Anayasa mahkemesi tarafından verilen kararlar, kanunkoyucunun HMK 266 ve 279 uncu maddelerinin gerekçelerindeki “*yasak olmasına rağmen hukuki bilirkişiliğe kapı aralanması*” yönündeki tespite ilişkin uygulamadaki somut örneklerdir. Kanunkoyucunun açıkça yasakladığı bir kurumun fiilen uygulanması, diğer bir deyişle hukuki bilirkişilik konusunda mahkemelerce kanunkoyucuya karşı başkaldırılması söz konusudur.

#### **b. Yasakları Dikkate Alarak Kararlarında Hukuki Bilirkişiliği Yasaklayan Mahkemeler**

Tüm mahkemeler hukuka aykırı davranmamakta, kendilerinden beklenildiği gibi bazı mahkemelerce HMK mad. 266 yasağı uygulanmakta ve kararlara konu edilmektedir. Örneğin Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2013 yılında vermiş olduğu kara-

---

poru aldırılmasının zorunlu bulunduğu gerekçesi ile ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi Başvuru No: 2014/9977, T. 30.06.2015: “...Somut olayda, başvuru tarafından açılan alacak davasında Mahkemece davacı (başvurucu) tarafın talebi üzerine 25/11/2010 tarihli ara kararla ayrıntılı olarak hangi konuya ilişkin rapor alıncaklığı hususu da belirtilmek suretiyle dosyanın üç kişilik bilirkişi heyetine tevdi edilerek rapor alıncaklığına karar verildiği ve başvuru vekiline masrafı yatırmak üzere gelecek celseye kadar süre verildiği, ancak davacı tarafın verilen süre içerisinde masrafı yatırmadığı, 20/01/2011 tarihli celsede tekrar davacı tarafa gelecek celseye kadar bilirkişi ücretini yatırmaması için süre verildiği davacı tarafca bilirkişi ücretinin yatırılmadığı, 14/4/2011 tarihli sonraki celsede de davacı tarafın bilirkişi ücretini yatıracaklarına yönelik beyanı üzerine Mahkemece bilirkişi giderini yatırmak üzere davacı vekiline 30 günlük kesin süre verildiği, ancak verilen kesin süre içerisinde de masrafın yatırılmaması üzerine, bu haliyle davanın sübuta ermediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, temyiz üzerine Yargıtay tarafından onanmış ve karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. Başvurucu, yargılama süresinde karşı tarafın sunduğu delilleri ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığına, kendi delillerini ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddiaların derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmadığı gibi mahkemenin kararlarında bariz takdir hatası veya açıkça keyfiliği oluşturan herhangi bir durum da tespit edilememiştir. Açıklanan nedenlerle, başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikayeti niteliğinde olduğu, derece mahkemesi kararlarının bariz takdir hatası veya açıkça keyfiliği de içermediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”

rında<sup>36</sup> “...Öte yandan HMK’ nun 266. maddesi uyarınca hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Borçlunun icra mahkemesine başvurusu İİK’nun 114/2. maddesine dayalı, satış ilanının tebliğ edilmemesine ilişkin şikâyet olup, icra hakiminin genel ve hukuki bilgisi ile çözümlenmesi gerekir. Bu konuda bilirkişi incelemesi yapılarak sonuca gidilmesi hakimlik mesleği ile bağdaşmayacağı gibi yasaya aykırılık da teşkil etmektedir.” şeklinde kaleme aldığı kararında HMK m. 266 yasağını kendisinden beklenildiği gibi uygulamış ve bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi de 2014 yılında vermiş olduğu bir kararında<sup>37</sup> “... Öte yandan, 6100 Sayılı H.M.K.nm 266/1. maddesi “Mahkeme, çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.” hükmünü içermektedir. Bu durumda mahkemece, dava dosyasında gelinen aşamada, keşif ve bilirkişi incelemesi yapıldığı, raporların alındığı, davacı tarafça toplam masrafların yatırıldığı gözetilerek, yargılama sırasında vefat eden davalı A. Y. mirasçılarının dava dilekçesi ve duruşma günü tebliğiyle uyumsuzluğunun esası hakkında hüküm kurulması, bu aşamada başka masrafa gerek olması halinde H.M.K.’nin 324. maddesine sonuca gidilmesi gerekirken, H.M.K.nm 266/2. maddesi hükmüne aykırı olarak, ayrıca hukukçu bilirkişiden rapor alınmasına gerek görülmesi ve bilirkişi giderinin yatırılmasının istenilmesi de hatalı olmuştur. “şeklinde karar vermiş ve HMK mad. 266 yasağını uygulayarak bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi ise HMK mad. 266 yasağını doğrudan uygulamamış, ancak kazada kusur oranının belirlenmesinde avukat bilirkişiye başvurulmuş olmasına ilişkin olarak “...Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir. Davalılar, meydana gelen trafik kazası sebebiyle davacının aracında oluşan gerçek zarar miktarını kusurları nispetin de ödemekle sorumludurlar. H.U.M.K.unun 275. (H.M.K.nm 266) maddesi gereği, mahkeme, çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Gerçek zarar konusunda uzman bilirkişiden ayrıntılı ve gerekçeli rapor alınmadan tespit dosyası raporuyla yetinilerek ve ayrıca kusur oranı konusunda da avukat olan bilirkişiden rapor alınarak yazılı şekilde eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olmuştur.”<sup>38</sup> ve “...Araç hasarı, onarım süresi konularında avukat bilirkişinin ne şekilde bir uzmanlığı olduğu anlaşılmadığı gibi raporda bu konularda değerlendirme de yapılmamıştır. Bu rapor hüküm kurmaya elverişli değildir. Eksik inceleme

<sup>36</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T. 03.07.2013, E. 2013/17721, K. 2013/24968.

<sup>37</sup> Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, T. 14.01.2014, E. 2013/8864, K. 2014/63.

<sup>38</sup> Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T. 14.10.2014, E. 2013/11207, K. 2014/13276.

ile hüküm kurulamaz.“ şeklinde karar vermek suretiyle kusur oranının belirlenmesi, araç hasarı ve onarım süresine ilişkin avukatların bilirkişi olarak seçilmelerini temyiz sebebi olarak kabul etmiştir.

#### c. Adalet Bakanlığı ve Adalet Komisyonları

HMK mad. 266 ve 279/IV düzenlemeleri ile getirilen yasak bilirkişi atanmasını yönetmelik ile düzenleyen Adalet Bakanlığı, bilirkişileri seçen ve bilirkişi listelerini oluşturan Adalet Komisyonları tarafından yok sayılmaktadır.

#### d. Bilimsel Çalışmalarda Hukuki Bilirkişilik

Hukuki bilirkişilik ile ilgili tüm bilimsel çalışmalarda HMK mad. 266 ve 279/IV yasaklarına kanunda olduğu şeklinde yer verilmektedir.<sup>39</sup> Bununla birlikte hukuki bilirkişiliğe ilişkin getirilen yasakların doğru olmadığı yönünde az da olsa görüşleri sürülmektedir.<sup>40</sup> Hukuki bilirkişilik ayrık örnekler dışında mahkemelerce fiilen uygulanmakta, uygulamayan mahkemelerin kararları temyiz incelemesinde bozularak hukuki bilirkişiliğin zorla kabul ettirilmesi birçok bilimsel çalışmada eleştirilmektedir.<sup>41</sup> Görüleceği gibi HMK mad. 266 ve 279/IV yasakları tüm bilimsel çalışmalarda yer almış, birkaç eleştiri dışında hukuki bilirkişilik yasağı doktrinde haklı gerekçelerle destek görmüştür.

#### e. Hukuk Kurallarının Tam Olarak Uygulanmasını Sağlamakla Yükümlü Avukatlar ve Meslek Örgütleri Olan Barolar

Kendilerinden bu hukuksuz uygulamayı eleştirmesi beklenen birçok akademisyen ve amacı hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamakla olan avukatlar<sup>42</sup> hukuki bilirkişi olarak görev alabilmek için Adalet Komisyonlarına başvuru

<sup>39</sup> Yılmaz Ejder, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla Getirilen Değişiklikler, Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2011; Çayan Gökhan, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, İstanbul, Legal, 2013, s. 17 vd.; Kılıç Halil, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara, Adalet, 2011, s. 2219 vd.; Yılmaz Zekeriyi, Hukuk Davalarında İspat ve Deliller Rehberi, Ankara, Adalet, 2012, s. 1461 vd.

<sup>40</sup> Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, 2011, s. 755 vd.; aynı yönde HUMK m. 275 düzenlemesinin eleştirisi için bk.: Deryal Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s. 26 vd.

<sup>41</sup> Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, 2013, s. 1182 vd.; Dedeoğaç, Ender, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununu Getirdikleri, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s. 245 vd.; Kılıçoğlu Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul, Legal, 2012.

<sup>42</sup> 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 2: “Avukatlığın amacı; hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.”

yapmaktadır. Avukatlığın amacına ve kanunun kendilerine yüklediği ödevlere aykırı davranan üyelerini uymak, kınamak vs. ile yükümlü avukatlık meslek örgütleri olan barolar ise, bu hukuksuz uygulamaya engel olmak yerine sayfalarında bilirkişi ilanlarını duyurmak suretiyle avukatlara bilirkişi olmaları yönünde yol göstermektedir.<sup>43</sup>

Hukuki bilirkişiliğe ilişkin HMK mad. 266 ve 279/IV emredici yasakları Adalet Bakanlığı ile Adalet Komisyonları, mahkemeler, akademisyenler, avukatlar ve barolarca farklı nedenlerle yok sayılmaktadır.

## 2. Adalet Bakanlığınca Yasakların Yok Sayılması ve Nedenleri

HMK mad. 268, HUMK mad. 275 düzenlemesinden farklı olarak bilirkişilerin Adalet Bakanlığının çıkaracağı Yönetmelik uyarınca belirlenecek listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirilmesini kabul etmiştir.<sup>44</sup> Bilirkişi listelerinin usul ve esaslarını düzenleyen bu Yönetmelik<sup>45</sup> (Bilirkişi Yönetmeliği) kısa bir süre sonra yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin bilirkişilerin uzmanlık alanlarının belirlenmesine ilişkin 5/III maddesinde “yabancı hukuk”, “örf ve adet hukuku”, “yürürlükten kalkmış hukuk” ve “hesap bilirkişiliği” gibi alanlar dışında uzmanlık alanı belirlenemeyeceği düzenlenmiş<sup>46</sup>, kanun uyarınca hukuki konularda bilirkişiye başvurulması yasak olmasına rağmen, sayılan bu üç alan Adalet Bakanlığı tarafından uzmanlık alanı kabul edilerek, bu alanlarda bilirkişilerin listelere kaydolmasının önü açılmıştır.

Yönetmeliğin 5/III maddesinde bu üç alanla da sınırlı kalınmayarak “gibi alanlar” şeklindeki ucu açık bir tanıma yer verilmesi, bilirkişi listelerini hazırlayan komisyonlarca hukukun hayal edilebilecek her alanının uzmanlık alanı belirlenmesini ve bilirkişi listeleri oluşturulmasını beraberinde getirmiştir.<sup>47</sup> Bilirkişi listelerini hazırlayan komisyonlarca örneğin 2014 yılı için hazırlanan listelerdeki uzmanlık alanları

<sup>43</sup> <http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=4441>, <http://www.ankarabarosu.org.tr/images/diger/62/bilirkişi20130930.pdf>, <http://www.izmirbarosu.org.tr/haberler/diger-haberler/bilirkişi-duyurusu.aspx>

<sup>44</sup> Bilirkişilikte kalite amaçlayan bu düzenleme, ne yazık ki uzman bilirkişilerden rapor alınmasına engeldir ve yargılamaların kalitesinin düşmesine sebep olacaktır. Bilirkişi listelerine kaydolmayan uzman bilirkişilerden rapor alınması mümkün olmadığından, örneğin kuantum mekaniği gibi bir konuda bilirkişi raporu alınması da güncel düzenleme uyarınca mümkün olmayacaktır.

<sup>45</sup> Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik, Tarih: 08.04.2012, Sayı: 28258.

<sup>46</sup> Yönetmelik 5/III: “Yabancı hukuk, örf ve adet hukuku, yürürlükten kalkmış hukuk alanları ile hesap bilirkişiliği gibi alanlar dışında hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda listelerde uzmanlık alanı belirlenemez.”

<sup>47</sup> Burada dikkat çeken Adalet Bakanlığının Yönetmelik taslağında sadece bu üç alanın sayılmış olmasına rağmen, Yönetmelikte bu alanlara “gibi” eklenerek uzmanlık alanlarının sınırlandırılmasından dahi bilerek vazgeçilmiş olmasıdır. [http://www.higm.adalet.gov.tr/bolge\\_adliye\\_mahkemeliri\\_yonetmelik\\_taslagi\\_ek.htm](http://www.higm.adalet.gov.tr/bolge_adliye_mahkemeliri_yonetmelik_taslagi_ek.htm)



Adalet Bakanlığının hazırladığı Yönetmeliğin sonuçlarını göstermektedir. Bilirkişi Yönetmeliğine dayanılarak Ankara Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu tarafından 2014 yılı için “medeni usul ve icra iflas hukuku”, “vergi hukuku”, “vergi cezaları hukuku”, “vergi icra hukuku”, “kamu alacakları hukuku”, “medeni hukuk”, “vakıf hukuku”, “aile hukuku”, “sözleşmeler hukuku”, “miras hukuku”, “fıkri ve sınai mülkiyet hukuku”, “iş hukuku”, “sosyal güvenlik hukuku”, “kamu hukuku”, “iktisadi işletme ve sosyal güvenlik hukuku”, “spor hukuku”, “futbol hukuku”, “ticaret hukuku”, “elektrik piyasası hukuku”, “fıkri mülkiyet hukuku”, “borçlar hukuku”, “banka hukuku”, “tüketici hukuku”, “bankacılık hukuku”, “ticari sözleşmeler ve şirketler hukuku”, “sendika hukuku”, “sigorta hukuku”, “tazminat hukuku” alanlarında hukukçu bilirkişiler atanmıştır<sup>48</sup> ve diğer yargı çevreleri için hazırlanan bilirkişi listeleri, Ankara ili yargı çevresi için hazırlanan listeden farklı değildir.<sup>49</sup>

Herhangi bir alanda meslek sahibi olmak için eğitim veya iş tecrübesi gerekirken, bilirkişilik Adalet Komisyonlarınca tamamen sübjektif değerlendirmelerle dağıtılan bir meslek haline gelmiştir. Bu keyfilikten hukuk da payını almış, kapsamı belli olmayan “örf ve adet” veya “yabancı hukuk” gibi birçok alanda bazı kişiler, uzman oldukları kabul edilerek bilirkişi olarak listeye kaydedilmişlerdir.

Hızla değişen ve gelişen hayatın getirdiği uyumsuzlukların konusunun önceden bilinmemesi veya öngörülemez değişik uyumsuzlukların da dava konusu olabilmesi, mahkemelerde bu konularda kimin ne şekilde bilirkişi olarak atanacağı sorunu beraberinde getirmiştir. Ankara Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu bu sorunu “hukuki niteliği olan konular” şeklindeki bir uzmanlık alanı belirleyerek çözmüş ve avukatı, hukuki niteliği olan her türlü konuda uzman kabul ederek bilirkişi olarak atamıştır.<sup>50</sup> Ankara Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu bu şekilde resmi yedek bilirkişilik kurumu yaratmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun taslağının hazırlanmasında aktif rol oynayan Adalet Bakanlığının bürokratlarının HMK mad. 266 ve 279/IV düzenlemelerini ve getirdiği yasakları bilmemesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Dolayısı ile Adalet Bakanlığı tarafından bilinçli olarak kanunun hukukçu bilirkişiliğe ilişkin emredici yasalarının uygulanmasının engellenmesi amacıyla bir düzenleme yapıldığı

<sup>48</sup> <http://www.ankarabati.adalet.gov.tr/duyurular/bilirkişi.hukuk.pdf>

<sup>49</sup> Eski bilirkişi listelerine ulaşmak mümkünken, Ankara, İzmir gibi iller için artık bilirkişi listeleri sadece adliye personeli erişimine açık hale getirilmiştir. Sadece İstanbul adli yargı ilk derece mahkemeleri için ilgili listeye ulaşmak mümkün olmaktadır. [http://www.istanbul.adalet.gov.tr/duyuru/2016bilirkişi\\_listesi.pdf](http://www.istanbul.adalet.gov.tr/duyuru/2016bilirkişi_listesi.pdf) (01.03.2016)

<sup>50</sup> Komisyon üyeleri bu şekilde listeleri yaparken akıllarına gelmeyen ancak ihtiyaç duyulabilecek her alan için yedek bilirkişilik kurumu oluşturulmuş, hukuki niteliği olan her konuda bu yedek bilirkişiden, alanında bu kişiden görüş istenmesi mümkün hale gelmiştir.

anlaşılmaktadır. Bu şekilde bilinçli olarak kanuna aykırı yönetmelik hazırlanmasının nedeninin hakimlerin üzerindeki iş yükünü azaltmak olduğu düşünülebilir. Gerçekten de Adalet Bakanlığı tarafından son dönemde “hakim yardımcılığı” ile ilgili olarak kanun taslağı hazırlanmıştır.<sup>51</sup>

Bununla birlikte yasağın yok sayılmasının siyasi nedenlerle yapılmış olması da ihtimal dahilindedir. Bilirkişileri seçen komisyonun Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışması ve bilirkişilerin seçilmesine ilişkin olarak bugüne kadar hiçbir objektif kriter konulmamış olması, bilirkişilerin seçilmesinde subjektif değerlendirmeleri ve dolayısı ile Adalet Bakanlığının bilirkişi seçimindeki siyasi etkisini beraberinde getirmektedir. Gerçekten de ilgili komisyon, görevlendirilecek bilirkişileri belirlemektedir ve bu kişiler dışında hiçbir kişi mahkemelerce bilirkişi olarak atanamamaktadır. Bu da Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülen görüşlere sahip bilirkişilerin davalarda hakim yardımcısı olarak hukuki konularda mahkemelere yok göstermelerini ve bu şekilde yargılamaların siyasi etkiye açılmasını beraberinde getirecektir.

Nedeni ne olursa olsun, HMK tasarısını hazırlayan bürokratlarca kaleme alınan Bilirkişi Yönetmeliğinin 5/III düzenlemesinin bilinçli bir şekilde ve bir amaç güdülerek yapıldığı açıktır. Kanunkoyucunun koyduğu yasakların Adalet Bakanlığını tarafından uygulanmasının fiilen ortadan kaldırılmasına yönelik altyapının oluşturulmasının hukuki bir açıklaması ve savunulabilir bir yanı ise bulunmamaktadır.

### 3. Mahkemelerce (Hakimlerce) Yasakların Yok Sayılması ve Nedenleri

Bir hakimin, önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında adil bir karar verebilmesi için dilekçelerin değişiminden sonra tarafların sundukları belgeler üzerinden dava şartlarını ve ilk itirazları incelemesi (HMK mad. 137), bunlar hakkında karar vermesi (HMK mad. 138), ön inceleme duruşması yaparak uyuşmazlık konularını tek tek tespit etmesi, tarafları duruşmada sulhe teşvik etmesi ve sulh görüşmelerinden sonra yeni bir duruşma yaparak anlaşılmayan konuları tespit etmesi (HMK mad. 140), tahkikat aşamasına geçerek tüm iddiaları ve savunmaları birlikte incelemesi (HMK mad. 143), uyuşmazlığı aydınlatmak için duruşmada tarafları (HMK mad. 144), tanık ve bilirkişileri dinlemesi (HMK mad. 152), tahkikat tamamlandıktan sonra tekrar bir duruşma günü belirleyerek sözlü yargılama yapması (HMK mad. 186) ve nihai hüküm ile davayı sonlandırması gereklidir.

Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan istatistiklere göre, toplam 247 iş günü bulunan 2013 yılında hakim başına 780 dava düşmüştür.<sup>52</sup> Bir iş gününün 8 saat ol-

<sup>51</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/24422789.asp>. (01.01.2016)

<sup>52</sup> [http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2013/5.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/5.pdf) Almanya’ da örneğin Münih Mahkemesinde hakim başına düşen dava sayısı 152 olup, bu durum hakimlerin ağır iş yükü altında adil bir karar vermeleri mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.

duğu düşünöldüğünde bir hakim önüne gelen bir uyuşmazlığa, duruşmalar da dahil olmak bir üzere ortalama üç saat zaman ayırabilmektedir. Hakimlerin mesleki eğitimleri, hastalık vs. gibi nedenlerle bazı günler izinli oldukları düşünöldüğünde ayrılan bu zaman daha da azalmaktadır.

Hakimlerin ortalama üç saatlik kısa zaman diliminde önüne gelen bir uyuşmazlığı hakkaniyete uygun olarak çözmeleri, hakimlerin de insan oldukları düşünöldüğünde hayatın olağan akışına uygun değıldir. Hakimler uygulamada var olan zaman sorunu hukukçu bilirkişiler aracılığı ile çözmekte, hukukçu bilirkişilerce hazırlanan dosyaların özetini hukuki değerlendirmeler ışığında okuma fırsatına sahip olmaktadır. Hakimler dosya özetinin yetersiz olduğuna kanaat getirdiklerinde ek rapor olarak veya yeni bir bilirkişi atayarak bu eksik gidermektedir.

Görüleceğı gibi hakimler tarafından “hukuki bilirkişilik” hukukumuzda daha önce uygulanması denenmiş ancak sonuç vermemiş olan “hakim yardımcılığı” sistemi gibi işletilmekte, hukukçu bilirkişilerce hakimlere asistanlık hizmeti sunulmaktadır.

Hukuki konularda bilirkişilerden görüş alınması, hakimleri sadece iş yükünden değıl, sorumluluktan da kurtarmaktadır. Hakimler her ne kadar bilirkişilerin beyanları ile bağılı olmasalar da, uygulamada bilirkişiden görüş alınan davaların hemen hepsinde bilirkişilerin görüşleri ile uyumlu kararlar verildiğı bir gerçektir. Hakimlerden son derece kısıtlı zamanlarını, başvurdukları hukukçu bir bilirkişinin görüşlerinin doğruluğunu değerlendirmek ve bu görüşleri çürütmek için harcamalarının beklenilmesi ise pek de olası değıldir. Hukuki bilirkişinin beyanına aykırı karar veren bir hakim kararının, bilirkişinin görüşüne uygun karar veren bir hakim kararından daha fazla eleştiriye açık olduğuna da bir gerçektir. Almanya’da %97 oranında bilirkişilerin görüşleri ile uyumlu karar verildiğı düşünöldüğünde, ölkemiz için de bu oranın geçerli olduğuna tahmin edilmektedir.

Hakimlerce, hukukçu bilirkişilik uygulaması, iş yüklerini hafifleten ve sorumluluktan kurtulmalarını sağlayan bir araç olarak görölmekte ve kullanılmaktadır. Yukarıda da belirtildiğı gibi yüksek yargı tarafından da mahkemeler hukuki bilirkişiden rapor almaya zorlanmaktadır. Bunun, hukuki bilirkişilerce inceleme yaptırılmadan verilen kararların kaliteli olmamasından ve Yargıtayın adil bir sonuca ulaşabilmek için her dosyada işin esasına girerek ayrıntılı inceleme yapmak zorunda kalmasından kaynaklandığı tartışmasıdır.

Bu uygulama, hakimlerin esas görevleri olan yargılama faaliyetinin bilirkişilere devredilmesini beraberinde getirmekte, hakimlerin yargılama ve düşünme tembelliğine yol açmaktadır. Hukuki bilirkişiliğe izin verilmesinin hakim etiğı ile bağdaşmadığı açıktır. Bu nedenle hukuki bilirkişiliğin uygulamada hakimlere zaman açısından getirdiğı pratik yararlar, hakimlerin yargılama kalitesinin düşmesine sebep olmakta, hukuk açısından bardakla toplanan meyveler, kovayla yere dökölmektedir.

#### 4. Hukuki Bilirkişilerce Yasaklar Yok Sayılması ve Nedenleri

HMK mad. 279/IV düzenlemesi ile yasaklanmış olmasına rağmen, hukuk alanında uzman oldukları gerekçesiyle bilirkişi olarak seçilen akademisyen ve avukatlar hukuki görüşlerini mahkemelerle paylaşmaktadır.<sup>53</sup> Avukatların meslek örgütleri olan barolar bile, kanuna aykırı bu uygulamaya internet sayfalarında komisyonların bilirkişi duyurularına yer vermek suretiyle fiilen destek olmaktadır.<sup>54</sup>

Akademisyen ve avukatların hukuki bilirkişiliğe izin vermesinin nedeni ekonomiktir. Ülkemizde 2013 yılında mahkemeler önüne gelen dava sayısı 5.814.171 olup davaların en az yarısında bilirkişi raporu alındığı ve bir bilirkişiye tarife uyarınca en az miktar olan 150,- TL üzerinden ödeme yapıldığı düşünüldüğünde, her yıl bilirkişiler için davadaki taraflarca harcanan miktar 450.000.000,- TL olmaktadır. Ancak günümüzde neredeyse her yargılamada üç kişilik bir heyetten rapor alındığı, 150,- TL için bilirkişilerin dosya almadıkları gerekçesiyle en üst miktar olan 300,- TL' nin dahi mahkemelerce arttırıldığı göz önünde bulundurulduğunda, bu miktar 2.700.000.000 TL'ye yükselmektedir. Kaldı ki neredeyse her davada bilirkişi raporuna, raporun kendisi açısından olumsuz olan tarafça yeni bir bilirkişi raporu alınması talebiyle itiraz edildiği ve bu taleplerin çoğunda mahkemenin tekrar bilirkişi incelemesi yaptırdığı düşünüldüğünde bu miktar bir daha katlanmaktadır.

Bilirkişi için ödenen miktar, Adalet Bakanlığının bütçesine<sup>55</sup> denk gelmektedir. Adalet Bakanlığının bütçesi ile yarışan bir ekonomik pasta, bilirkişilerce paylaşılmaktadır. Hukuku, hem de bir uzman olarak bildiği varsayılan hukukçu bilirkişilere, HMK 266 ve 279/IV maddelerindeki yasağı görmezden getiren, işte bu pastadan alınmak istenen paydır.<sup>56</sup>

Adalet Bakanlığı Bilirkişi Yönetmeliği ile hakimlere hukuk asistanlığı olarak sunulan yasak elma, akademisyenlere ekonomik kazanç olarak sunulmuş, tam gün

<sup>53</sup> Bilirkişi olarak HMK düzenlemeleri uyarınca görev yapmaya yemin eden bilirkişilerin mad. 266 ve 279/IV uygulamasını bilmemesi veya göz ardı etmesi söz konusudur. Bu nedenle de hukuki bilirkişi olarak görev yapan hukukçuların hukuk alanında uzman olduklarının kabul edilmesi mümkün olmamalıdır.

<sup>54</sup> <http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=4441>, <http://www.ankarabarosu.org.tr/images/diger/62/bilirkisi20130930.pdf>, <http://www.izmirbarosu.org.tr/haberler/diger-haberler/bilirkişi-duyurusu.aspx>

<sup>55</sup> 2012 yılında 5.277.312 TL.

<sup>56</sup> Bugün dünyanın hiçbir hukuk devletinde görülmeyen bu tür bir pastadan pay kapmak için atanan bilirkişiler tarafından suç işlenmekte, bilirkişilere karşı operasyonlar yürütülmektedir. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/14405890.asp>, <http://www.cnnurk.com/2010/turkiye/04/16/bilirkisi.operasyonu.4.kisi.tutuklu/572366.0/index.html>

yasası<sup>57</sup> gibi düzenlemeler nedeniyle üniversitenin verdiği çok da yüksek olmayan maaşla geçinmek zorunda kalan akademisyenler hukuk etiği ve cüzdanları arasında kalmıştır. Günümüzde mahkemelerde hukukçu bilirkişi olarak görev yapmayan akademisyen bulunmaması, hukuk etiği konusunda sözün bittiği yerdir.

Adalet Bakanlığı Bilirkişi Yönetmeliği sadece akademisyenlerle sınırlı kalmamış, yüzlerce avukatın, hakimlerin genel hukuki bilgileri ile çözemeyecekleri alanlarda görüşlerine başvurulacak uzman kişiler olarak atanmalarını beraberinde getirmiştir. Avukatların bilirkişi olarak atanmalarının sebebi, hakimin genel hukuki bilgiye sahip olmadığı bir alanda özel ve teknik bilgi sahibi olması değil, ülkemizde mahkemeler tarafından bilirkişi olarak atanacak yeterli sayıda akademisyen bulunmamasıdır. Bu nedenle boşluk, hakimler ve zaten atanmış akademisyenler dışında kalan diğer hukukçu grubun, yani avukatların yardımıyla doldurulmaktadır.

Bir avukatın bilirkişi olarak atanması avukatlık mesleğini itibarsızlaştıran ve hukuk etiğinden uzaklaştıran bir uygulamadır. Avukatlar arasında kriterleri belirli olmayan bir seçim yapılmakta, başvurulardan bazıları diğerlerinden ayrılarak hukuku bilen kişiler olarak seçilmektedir. Bilirkişi olarak atanmış avukatlar ayrı bir statü kazanmakta, potansiyel müvekkiller açısından diğer meslektaşlarının bir adım önüne geçmektedir. Bilirkişilik yaptığı internet sayfalarında yer alan listelerde adları geçen avukatlar bu şekilde kendileri için haksız bir rekabet yürütmekte ve reklam yapmaktadır. Hukuki bilirkişi olarak görev yapmak bu nedenle Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğine<sup>58</sup> aykırı, disiplin cezası gerektiren bir uygulamadır.

Yine avukatlar, HMK mad. 266 ve 279/IV ile düzenlenen yasağa rağmen hukuki bilirkişilik yapmak için başvurmakta, bu görevi üstlenmekte ve yürütmektedir. Bir avukatın yıllardır çalıştığı bir alana bile internet sayfasında yer vermesi haksız rekabet ve reklam yasağı çerçevesinde değerlendirilip disiplin cezasına çarptırılırken, hukuka aykırı olmasına rağmen belirli alanların uzmanı olarak mahkemelerde bilirkişilik yapan ve internet sayfalarında adları bulunan avukatlar, Türkiye Barolar Birliği ve barolarca hukuki bilirkişilik için fiilen desteklenmektedir. Baroların görevi, avukatları başka mesleklere kaydırarak değil, mesleklerini yürüterek para kazanmalarını sağlamaktır. Bu anlamda sayfalarında komisyonların bilirkişi ilanlarına yer veren baroların bu yöndeki uygulaması, avukatlık etiğine aykırıdır ve avukatlık mesleği açısından da sözün bittiği yerdir. Görüleceği gibi HMK mad. 279/IV uyarınca yasak olmasına rağmen akademisyen ve avukatlarca bilirkişilik, ekonomik getirisi olan bir ek meslek olarak görülmekte ve uygulanmaktadır.

<sup>57</sup> <http://www.cnnturk.com/2010/turkiye/04/16/bilirkiisi.operasyonu.4.kisi.tutuklu/572366.0/index.html>

<sup>58</sup> [http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata\\_ozel/yonetmelikler/reklam\\_yasagi.aspx](http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/yonetmelikler/reklam_yasagi.aspx)

## 5. Tarafların Hukuki Bilirkişiliğe Göz Yummalarının Nedenleri

Yukarıda da anlatıldığı gibi günümüzde mahkemeler hukukçu bilirkişiden rapor alınmasına karar vermekte, bilirkişi ücretinin<sup>59</sup> yatırılmaması durumunda sunulan hiçbir delili incelemeyen ve esas hakkında hiçbir değerlendirme yapmadan ispat edilemediği gerekçesiyle davayı reddetmekte ve Yargıtay tarafından da bu kararlar onanmaktadır. Bu nedenle delil listesinde bilirkişi deliline dayanmamak, davanın ispatına yarayacak bir delilin dosyaya sunulmaması nedeniyle davanın ispatlanmadığı gerekçesiyle reddine sebep olabilmekte, delil listesinde gereksiz olsa dahi bilirkişi deliline verilmesi anılan bu riski ortadan kaldırmaktadır. Bilirkişi deliline dayanılmasının riski ise sadece ekonomiktir. Bilirkişi atanıp atanmamasına mahkemenin re' sen karar verecek olması nedeniyle (HMK mad. 266/1) bu delile dayanılması sonuç anlamında bir fark yaratmamaktadır. Buna karşın mahkemece bilirkişi atanmaması, taraflarca, mahkemenin olumsuz kararına karşı bir temyiz sebebi olarak kullanılabilir.

Ayrıca davasında haklı olduğunu düşünen bir taraf hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasından çekindiğine dair bir anlam yüklenecek herhangi bir adım atmak da istemeyecektir. Hukukçu bilirkişi atanmasını isteyen taraf, iddiasına inandığını ve davasında haklı olduğunu bir anlamda bilirkişi incelemesi talep ederek mahkemeye göstermektedir. Delil listesinde bilirkişiye yer verilmesi taraflarca bir yargılama taktiği olarak algılanmakta ve uygulanmaktadır. Hakimin iş yükü nedeniyle dava dosyasını incelemeye ayıracak zamanının kısıtlı olduğunu bilen taraflar, uyuşmazlığa ilişkin konularla ilgili olarak iddialarının bilirkişi tarafından inceleneceğini ummakta ve hukukçu bilirkişi taraflarca hakimin eksikliğini dolduran bir imkan olarak görülmektedir. Gerçekten de raporunda iddiaları ve delilleri kanun düzenlemeleri açısından tartışan bir bilirkişinin, dosyaya hakimden daha fazla zaman ayırdığı bir gerçektir. Anılan nedenlerle davanın aydınlatılması için gerekli olsun olmasın delil listelerinde bilirkişi deliline dayanılması taraflarca yargılamanın bir gereği olarak görülmektedir.

## IV. Hukuki Bilirkişilik Kurumu Anayasa' ya Aykırıdır

### 1. Hukuk Devleti İlkesine Aykırıdır

Anayasa mad. 2 uyarınca Türkiye Cumhuriyeti hukuk devleti olup, hukuk devleti olmak hukuka bağlılığı, bu da hukukun asli kaynakları arasında yer alan kanunlara uyulmasını gerektirir. Anayasa mad. 9 uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanmakla yetkilendirilen bağımsız mahkemelerde, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre, Anayasa ve kanunlar ile hukuka uygun

<sup>59</sup> Bilirkişilerin ücretleri konusunda ayrıntılı bir çalışma için bk.: Taşpınar Sema, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Bilirkişilik Ücreti, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 373 vd.

olarak karar vermekle yükümlü hakimler görev yaparlar.<sup>60</sup> Hakimler kanunlara uymak zorunda olup, kanun düzenlemeleri arasında keyfi bir seçim yapma yetkileri bulunmamaktadır.<sup>61</sup> HMK mad. 266 uyarınca hukuk devleti ilkesine bağlı bir hakim tarafından hukuki konularda bilirkişilerden görüş istenememesi gereklidir. Aksi davranış, hukukun asli kaynaklarının bilerek uygulanmaması anlamına gelmektedir.

Sadece ilk derece mahkemelerinin değil, Anayasa ile kurulan Yüksek Mahkemelerin (Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi) hakimleri de hukuka uymak zorundadır. Yüksek mahkemelerin kararları hukukun yardımcı kaynakları olup, yüksek mahkemelerin kararları ile bir kanun düzenlemesinin ortadan kaldırılması mümkün değildir. Yüksek mahkemelerin hukuki bilirkişi atanmasına fiilen izin veren ve hatta bunu talep eden bir kararı olsa dahi, bu karar kanuna aykırı olacaktır. Kanuna aykırı bir uygulamaya dayanılarak hukuki konularda bilirkişiden görüş istenmesi kararı hukuka uygun hale gelmeyecektir.

Bu nedenle hukukçu bilirkişiliğe izin veren hakimler Anayasal bir suç işlemekte, asli görevlerini bilirkişilere devretmektedir. Hakimlerin bilirkişi raporları ile bağlı olmadıkları gerekçesiyle kapı aralanan hukukçu bilirkişilik uygulaması ile kanunkoyucunun tartışmaya yer vermeyecek kadar açık olan HMK mad. 266 ve 279/IV gerekçelerine rağmen hukukçu bilirkişiliğe izin veren hakimlerin hukuk devleti ilkesine aykırı davrandıkları ve Anayasal suç işledikleri açıktır.

## 2. Mahkemelerin Bağımsızlığı İlkesine Aykırıdır

Hakimler hukuki konularda görüş istedikleri bilirkişilerden edindikleri dosya özeti üzerinden kararlarını vermekte, bu da hakimlerin yargılama tembelliğini beraberinde getirmektedir. Hakimler yargılama görevlerini hukukçu bilirkişilere devrederek bir anlamda dosya özeti üzerinden karar yazan memurlara dönüşmektedir. Hakimlerin dosyayı inceleme, uyuşmazlıkları tespit etme, bunlar konusunda yargılama yürütmeleri ayrı bir bilgi ve tecrübe gerektirmektedir. Zamanla hakimler bilirkişi incelemesi olmadan karar vermekte zorlanır hale gelmektedir. Günümüzde hukuki konularda bilirkişi görüşüne başvurmadan karar veren hakim neredeyse bulunmamaktadır. Uzmanlıklarına ilişkin kriterlerin dahi belli olmadığı bilirkişilerce dosyalar özetlenmekte ve bu özetler kararlara esas alınmaktadır. Hakimler yargılamada fiilen

<sup>60</sup> Anayasa mad. 140/II: "Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler."

<sup>61</sup> Anayasa mad. 138/I: "Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler."

bilirkişilere bağımlı hale gelmektedir. Bu uygulamanın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır.

### V. Hukuki Bilirkişiden Alınan Raporlar Kanunsuz Delildir

HMK’da bilirkişiye, ispat ve delillerin düzenlediği 4. bölümde yer verilmiştir. Kanunkoyucu 6100 sayılı HMK’nın 189 uncu maddesinin 2 nci fıkrası ile, 1086 sayılı HUMK’tan farklı olarak, hukuka aykırı delillerin maddi vakıaların ispatında kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Hukuka aykırı olarak elde edilen delil dosyadan çıkartılacak ve karara esas alınmayacaktır.

İster taraflarca delil olarak dayanılmış, isterse hakim tarafından gerek görül-müş olsun, bilirkişi incelemesinin yargılamada kullanılabilmesi için hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olması gereklidir. Bilirkişi raporunun hukuka aykırı olarak elde edilmesi durumunda HMK mad. 189 fıkra 2 uyarınca dosyadan çıkartılması gerekmektedir. Bu durumda mahkemeler tarafından verilen kararlarda, hukukçu bilirkişilerin görüşlerine dayanılması bozma sebebidir.

### VI. Yeni Çözüm Arayış Olarak “Bilirkişilik Kanunu Tasarısı”

1086 sayılı Kanun ile 1927 yılında hukuki bilirkişiliğe aralanan kapı, elli dört yıla yakın süre uygulandıktan sonra 2494 sayılı Kanun mad. 18 ile değiştirilen HUMK mad. 275 ile yasaklanmış, ancak bu yasak otuz dört yıl boyunca fiili olarak mahkemelerce görmezden gelinmiştir. 6100 sayılı HMK mad. 266 ve 279/IV ile kesin olarak sorunu kökünden çözmeye çalışan kanunkoyucu aradan beş yıla yakın süre geçmesine rağmen başarılı olamamıştır. Günümüzde özellikle Adalet Bakanlığının hazırladığı Yönetmeliğin 5. maddesi nedeniyle hukuki bilirkişilik fiilen uygulanmaya devam etmektedir. Bilirkişilik, daha önce de belirtildiği gibi sadece hukuki bilirkişiler yönünden değil, bilirkişilerin seçimi gibi belirsizlikler nedeniyle de halen kanamakta olan bir yaradır.

İşte bu nedenle bilirkişiliği düzenleyen bir kanun yapılması gündeme gelmiş ve Adalet Bakanlığınca bu konuda bir tasarı hazırlanmıştır.<sup>62</sup> Bu tasarının kısa bir süre içinde Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilmesi ve yasalaşması beklenilmektedir.

Bilirkişilik Kanunu Tasarısında hukuki bilirkişiliğe ilişkin olarak yasak Bilirkişiliğe Kabul Şartları başlıklı 11/III maddesinde, hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda, hukuk öğrenimi görmüş kişilerin bilirkişi olarak görev yapamayacakları düzenlenmiş, hukuk öğrenimi görmüş

<sup>62</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/Bilirki%C5%9Filik%20Tasar%C4%B1s%C4%B1%20Tasla%C4%9F%C4%B1%20.doc.pdf>



kişilerin ancak hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelemeleri durumunda bilirkişi olarak sicile kayıt edilebilecekleri düzenlenmiştir.<sup>63</sup>

Adalet Bakanlığının hazırladığı tasarı doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.<sup>64</sup> Tasarı öncelikle bilirkişiliğin bir meslek olarak düzenlediği, yargı yerine yürütme ile ilişkilendirildiği, gerçek kişiler yerine özel hukuk tüzel kişilerine bilirkişilik imkanı tanıdığı<sup>65</sup> gibi birçok haklı nedenle eleştirilmektedir.<sup>66</sup>

Bilirkişilik Kanunu Tasarısı mad. 11 düzenlemesinin, mahkemelerin hukuki bilirkişiliğe ilişkin olarak kanunkoyucunun iradesini hiçe saymalarına kızılarak hazırlanmış ve hukuki bilirkişilik kurumunun kökünden engellemek için düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ancak 6100 sayılı HMK mad. 266 ve 279/IV düzenlemelerindeki yasağı yok sayarak hazırladığı Yönetmelik ile hukuki bilirkişiliğe fiilen ortam sağlayan Adalet Bakanlığının, yarattığı bu hukuksuzluğu yine kendi hazırladığı yasa tasarısı ile çözmeye çalışması söz konusudur. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarıdaki hukuk bilirkişiliğe ilişkin yasa, kendi içinde ayrı tereddütlere sebep olmaktadır.

Hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda hukuk öğrenimi görmüş kişilerin bilirkişi olarak görev yapamayacaklarına ilişkin düzenleme, başka kişilerin bilirkişi olarak görev yapmalarının mümkün olup olmadığı sorusunu beraberinde getirmektedir. Eğer buna karşın HMK mad. 266 ve 279/IV yasakları anılacaksa, mahkemelerce iş yükü vs. nedenleriyle hukukçu olsun olmasın bilirkişinin görüşüne başvurulmak isteneceğinin de düşünülmesi gereklidir. Çünkü gerek HUMK mad. 275 gerekse HMK mad. 266 ve 279/IV yasakları mahkemeler tarafından bugüne kadar uygulanmamıştır.

Yine hukuk öğrenimi görmüş kişilerin hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelemeleri durumunda bilirkişi olarak sicile kayıt edilebileceklerine ilişkin düzenleme, başka bir uzmanlığa sahip olan hukukçu bilirkişilerin sicile hukukçu bilirkişi olarak yazılmalarını da engellemektedir. Bu da ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendiren hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, bilirkişi olarak görevlendirilebilmelerini ve hakimlerin yanlışlıkla (!) sorduğu hukuki sorulara yanlışlıkla (!) cevap veren hukukçu bilirkişilerin ortaya çıkmasını beraberinde getirebilecek-

<sup>63</sup> Bilirkişi Kanunu Tasarısı mad. 11: “Hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün konularda hukuk öğrenimi görmüş kişiler bilirkişi olarak görev yapamazlar. Ancak, hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığına belgelendirdiği takdirde bilirkişi olarak sicile kayıt edilebilirler.”

<sup>64</sup> Tasarı hakkındaki ayrıntılı eleştiri için bk.: Tanrıver Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 227 vd.

<sup>65</sup> Bilirkişi Kanunu Tasarısı mad 2/a ve 5/j.

<sup>66</sup> Tanrıver Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 228.

tir. Zaten kanun düzenlemelerini yok sayan mahkemeler ve bilirkişilerin bu konuda yanlışlık yapmalarının da göz ardı edilmesi şaşırtıcı olmayacaktır. Bu nedenle eğer mutlaka bu şekilde bir metine yer verilmek isteniyorsa, Tasarının 2/a ve 3/III maddelerine “hukuk dışında kalan” şeklinde bir ekleme yapılması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız.<sup>67</sup>

Tasarıda bir ayrımcılık yapılarak hukuk fakültesi mezunlarına yönelik olarak bu şekilde zorlama yasaklar getirilmesi yerine, Adalet Bakanlığının bilirkişilere ilişkin Yönetmeliğinin 5 inci maddesinin değiştirilmesiyle hukuki bilirkişilik kurumunun ortadan kaldırılmasının daha doğru olacağı açıktır. Gerçekten de Yönetmeliğin, hukukçuların bilirkişi listelerine kayıt edilmelerine imkan tanıyan 5 inci maddesinin değiştirilmesi ile hukukçu bilirkişi olarak listelere kayıt olunamayacak ve Adalet Bakanlığının kanun düzenlemelerini tanımaksızın suni olarak yarattığı hukuki bilirkişilik sorunu kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

Eğer mutlaka hukuki bilirkişiliğin yasaklanması için kanuni bir düzenleme yapılacaksa, hukuki bilirkişiye başvurulmasının mutlak bir istinaf ve temyiz sebebi olacağı yönünde bir düzenleme yapılması daha uygun olacaktır.<sup>68</sup> Tasarı bu hali ile sorunu çözecek gibi görünmektaysa de; tereddütler uyandıran Tasarı düzenlemelerinin mahkemeler ve bilirkişilerce nasıl kötüye kullanılacağına öngörülmesi mümkün değildir. Bugüne kadar kanunun arkasını dolanmak için birçok yol bulan hukuki bilirkişilik yanlılarının, tereddüt yaratan bu düzenlemeleri de farklı yorumlayarak hukuki bilirkişiliğe kapı aralamaları olasıdır.

## VII. Sonuç

Kanunkoyucu HMK 266 ve 279/IV maddelerinde hukuki bilirkişiliği tartışmaya yer vermeyecek kadar açık bir şekilde gerekçeleriyle birlikte yasaklamıştır. Buna rağmen Adalet Bakanlığı, mahkemeler, akademisyenler ve avukatlar tarafından kanunun emredici yasakları yok sayılmaktadır.

Hukuki bilirkişiliğe izin verilerek usul ekonomisi ilkesi bir kenara bırakılarak taraflar kanunsuz ve orantısız bir ekonomik yükün altına sokulmakta, kendi başına dosyada karar vermekten çekinen ve karar verdirilmekten kaçınılan bir hakimlik anlayışı benimsenmekte, hukuku öğreten akademisyenlerce kanuna uyulmaması normal ve hatta kabul edilebilir olarak görülmekte, yargılamada bu haksız uygulamaya karşı çıkacak avukatlar dahi baroların teşviki ile bilirkişi olarak görev yapmaktadır.

<sup>67</sup> Tanrıver Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 232.

<sup>68</sup> Aynı yöndeki görüş için bk.: Tanrıver Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 233.

Hukuku bilen kişiler olarak mahkemelerce atanan bilirkişiler, bilirkişiye ilişkin kanun düzenlemelerini bilmekle yükümlüdür. Buna rağmen atanan (bilir) kişilerin, HMK mad. 266 ve 279/IV düzenlemelerini bilmedikleri veya bilmezden geldikleri açıktır. Bu (bilir) kişilerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda mahkemelere görüş bildirirken, bazı durumlarda bazı kanun düzenlemelerini bilmemeleri veya bilmezden gelmeleri şaşırtıcı olmayacaktır.

Hukuki bilirkişilik başından sonuna hukuksuz ve keyfi bir uygulama olup, fiili olarak bazı (haklı veya haksız) çıkarlar nedeniyle izin verilen bu kurumunun tümüyle ortadan kaldırılması gereklidir. Kanunkoyucu bu konuda üstüne düşen görevi yerine getirmiş, hukuk devletinin gerektirdiği şekilde hukuki bilirkişiliği HMK mad. 266 ve 279/IV düzenlemeleri ile yasaklamıştır. Ancak mahkemeler ve bilirkişiler yasak olmasına rağmen bu kurumun devamında ısrar etmektedir.

Bir hukuk devletinde kabul görmesi mümkün olmayan ve ülkemiz dışında bir örneği de bulunmayan hukuki bilirkişilik kurumunun engellenebilmesi için öncelikle Adalet Bakanlığının bilirkişilere ilişkin Yönetmeliğinin 5/III düzenlemesinin kanuna uygun hale getirilmesi, baroların ve üniversitelerin bilirkişi listelerinde yer alan üyelerinin kanuna aykırı bu faaliyetine izin vermemeleri, kendilerine bilirkişilik teklif edilen hukukçuların ise hukukun kendilerinden beklediği şekilde bilirkişilik yapmayı reddetmeleri gereklidir.

Adalet Bakanlığının bilirkişiliğe ilişkin olarak hazırladığı kanun tasarısı mad. 11 ile her ne kadar hukuki bilirkişilik engellenmek istense de madde metni, tepki sonucu düşünülmeden kaleme alınmış izlenimi yaratmaktadır. Tasarının ilgili maddesinin, ayrımcılık yapan ve uygulamada tereddütlere yol açabilecek veya hukuki bilirkişiliğe kapı aralanması için kullanılacak şekilde kaleme alınması söz konusudur. Tasarının dilinin kanun yapma sanatı ve tekniği dikkate alınarak<sup>69</sup> tekrar düzenlenmesi gereklidir.

Ülkemizin bir hukuk devleti olduğuna, mahkemelerimizin kanunlara uygun, adil ve ekonomik bir yargılama yürüttüklerine, akademisyenlerimizin hukukun gelişmesine ve benimsenmesine katkıda bulduklarına ve avukatların yargının kurucu unsuru olarak adaletin gerçekleşmesinde kamu görevi üstlenerek hukuk kurallarının tam olarak sağlanmasına çalıştıklarına dair özlü sözlerin gerçek olabilmesi için hukuki bilirkişiliğe ilişkin yasakların mahkemeler, Adalet Bakanlığı, Adalet Komisyonları, akademisyenler, avukatlar ve meslek örgütü olan barolar tarafından hiçe sayılmasına neden olan somut sorunlar değerlendirilerek çözüm aranması zorunludur.

<sup>69</sup> Kaplan İbrahim, Kanun Yapma Sanatı ve Tekniği, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994/1,2, s. 97 vd ; Araç İbrahim ve İba Şeref, Türkiye' de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 2003/3, s. 35 vd.

Aksi halde 1927 yılından bu yana doksan yıla yakın süredir mahkemelerce fiilen uygulanan, kırk yıla yakın bir süre önce 1981 yılında 2494 sayılı Kanun ile yasaklanan ve HMK mad. 266 ve 279/IV ile beş yıldır daha net bir şekilde düzenlenen hukuki bilirkişiliğin, “Bilirkişilik Kanunu Tasarısı” ile yasaklanması da mümkün olmayacaktır.

## KAYNAKÇA

- Ahrens, Hans Jürgen**, in: Wiczorek ve Schütze ZPO, Band 6, 4. Auflage, Berlin, de Gruyter, 2014.
- Akil, Cenk**, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Hakimın Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararın Tahlili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60/3, 2011.
- Araç İbrahim ve İba Şeref**, Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 2003/3.
- Atalay, Oğuz**, Hukuk Yargılamasında Bilirkişilik Uygulamasına İlişkin Bazı Sorunlar, Manisa Barosu Dergisi, 70. Yıl Özel Sayısı, 1995.
- Çayan, Gökhan**, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, İstanbul, Legal, 2013.
- Deryal Yahya**, Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3.
- Kaplan İbrahim**, Kanun Yapma Sanatı ve Tekniği, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994/1,2.
- Katzenmeier Christian**, in: Prütting Gehrlein ZPO, 7. Auflage, Köln, Luchterhand, 2015.
- Keller, Ulrich**, Voraussetzungen und Umfang der Sachverständigenbeauftragung zur Schlussrechnungsprüfung im Insolvenzverfahren, Rpfleger, 2011.
- Kılıç Halil**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara, Adalet, 2011, s. 2219 vd.
- Kılıçoğlu, Mustafa**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul, Legal, 2012.
- Rosenberg, Leo**, Schwab Karl H. ve Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München, C.H. Beck, 2010.
- Tanrıver Süha**, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2015.
- Taşpınar Sema**, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Bilirkişilik Ücreti, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul, 2003.
- Türk Hikmet Sami**, Bilirkişilik, Adalet Dergisi, Yıl: 91, S. 5, 2000.
- Umar Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, 2011.
- Uygur, Tanju**, Hukuk Yargılama Yasasında Yapılan Son Değişiklikler, Ankara Barosu Dergisi, 1982/1.
- Yılmaz Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, 2013.
- Yılmaz, Ejder**, Cumhuriyetimizin Yetmişbeş Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu’nda ve İcra İflas Kanunu’nda Ortaya Çıkan Gelişmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998/3.
- Yılmaz, Ejder**, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’yla Getirilen Değişiklikler, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- Yılmaz, Zekeriya**, Hukuk Davalarında İspat ve Deliller Rehberi, Ankara, Adalet, 2012.

# Alman Mahkemelerince Verilen Gıyabi Kararların Yargılama ve Uluslararası Tebligat Kuralları Açısından Türk Hukukuna Uygunluğu

("Default Judgement" by German Courts in Compliance with Turkish  
Law in Terms of International Notification Law)



Dr. iur. Acun PAPAĞCI, LL.M. (Tübingen)\*

## ÖZET

Alman mahkemelerinde, Türkiye'deki davalıya karşı açılan davalarda kendisini savunmayan davalı hakkında Alman Usul Kanunu mad. 331 vd. uyarınca gıyabi karar verilmekte, kararlar Alman Usul Kanunu mad. 184 uyarınca posta yolu ile de gönderilebilmektedir. Türkiye'de bu kararların tenfiz edilmesi aşamasında gıyabi karar ve posta yolu ile tebligat Türk mahkemelerince savunma hakkı ve Türk kamu düzeni açısından değerlendirilmektedir. Türk mahkemelerince gıyabi kararların davalının savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmeyeceğine ve Türk kamu düzenine aykırı olmayacağına karar verilirken, Lahey Sözleşmesine çekince koyulmuş olması nedeniyle posta yolu ile yapılan tebligatlar davalının savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul edilmekte, kararların kesinleşmediği gerekçesiyle tenfiz talepleri reddedilmektedir. Alman usul hukuku uyarınca usulen kesinleşmiş ancak Türk usul hukuku uyarınca kesinleşmemiş bir karar söz konusu olmakta, kanunlar çatışması ortaya çıkmaktadır. Davacının Türkiye'de tekrar dava açması durumunda derdestlik itirazı ileri sürülebileceğinden, davacının hakkına kavuşabilmesi için tek yol kararın davalıya tekrar Lahey Sözleşmesine uygun olarak tebliğ edilerek kesinleşmesinin sağlanmasıdır. Ancak usulen kesinleşmiş bir karar bulunması nedeniyle Alman usul hukuku uyarınca yeniden tebligatın mümkün olup olmadığı dışında, tebligatın yargılamaya etkileri temyiz edilebilmesi, aynı kararın farklı tarihlerde kesinleşmiş olması birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Çalışmada Alman usul hukukunda düzenlenen gıyabi karar ve posta yolu ile tebligat yapılması, savunma hakkı ve kamu düzeni açısından Türk ve Alman mahkeme kararları ışığında değerlendirilmektedir.

**Anahtar Sözcükler:** *Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Alman Usul Kanunu (Alman Usul Kanunu), Gıyabi Karar, Uluslararası Tebligat, Posta Yolu İle Tebligat, Lahey Sözleşmesi.*

\* Avukat, İstanbul ve Tübingen Barosu üyesi.

## ABSTRACT

Under rule 331 of German Code of Civil Procedure german courts issue default judgement against the defendant in Turkey, who fails to plead or otherwise defend. Default judgement can be served on the defendant, who failed to defend, by post under rule 184 of German Code of Civil Procedure. During the phase of enforcement of foreign judgements in Turkey, default judgement and notification by post are evaluated by the turkish courts in terms of right of defence and public order. While the turkish courts decide that default judgement does not signify restriction of the defendants right of defence and turkish public order, the notification through post are accepted as a restriction of the defendants right of defence by the reason of reservation on Hague Convention and demands for enforcement of foreign judgements were dismissed because of absence of a final decision. According to German Code of Civil Procedure a final decision, which has been made in a proper manner, is in question, however, according to Turkish Code of Civil Procedure non-final decision is in question, hence, the conflict of laws occurs. Considering the objections on the pendency of cases in turkish courts can be filed, the only way for the plaintiff to reach his rights is to provide to finalize the court decision by making a new notification again pursuant to Hague Convention. However, having a final decision brings various problems together quasi effects of notification on the judgement, possibility of appeal, different effective dates for the same court decision, beside the question of possibility to make a new notification according to German Code of Civil Procedure. In this study will be examined default judgement of German Code of Civil Procedure and notification by post in terms of right of defence and public order in the light of turkish and german court decisions.

**Keywords:** *Turkish Code of Civil Procedure, German Code of Civil Procedure, Default Judgement, International Notification, Notification by Post, Hague Convention*

## I. Giriş

Türkiye, dünyada en fazla göç veren ülkeler arasında olup, dört buçuk milyondan fazlası batı Avrupa ülkelerinde olmak üzere, beş buçuk milyondan fazla Türk vatandaşı yabancı ülkelerde yaşamaktadır.<sup>1</sup> Türkiye, sadece göç veren bir ülke olmayıp, ağırlıklı olarak son yıllarda ve özellikle sınırlarımızda yaşanan (iç) savaşlar nedeniyle en fazla göç alan ülkelerden bir tanesi haline gelmiş<sup>2</sup> ve bu nedenle 2013 yılında Türkiye'ye

<sup>1</sup> Türkiye'ye kesin dönüş yapan üç milyona yakın Türk vatandaşı da düşünüldüğünde Türkiye nüfusunun yaklaşık yüzde onu yabancı ülkelerde göç nedeniyle bulunmaktadır. [http://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler\\_tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_tr.mfa) (05.06.2016); Ünver, Can O., Almanya'ya Türk İşçi Göçü, Geçmişten Geleceğe Sorunlar İmkanlar ve Fırsatlar, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 2003, S. 45, s. 177

<sup>2</sup> [http://www.goc.gov.tr/icerik/hakkimizda\\_308\\_309](http://www.goc.gov.tr/icerik/hakkimizda_308_309) (05.06.2016)

göç eden yabancılara sağlanacak korumanın kapsamına ve uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemek için kanun çıkartılarak<sup>3</sup> İçişleri Bakanlığı bünyesinde Göç İdaresi Genel Müdürlüğü<sup>4</sup> kurulmuştur.

Gelişmekte olan bir ülke olarak küreselleşmek isteyen Türkiye, son dönemde liberal ekonomiyi benimseyerek yabancı sermayenin yatırım yapmasının sağlanmasını öncelikli hedef olarak kabul etmiş ve ekonomik ve hukuki alanlarda ticaret<sup>5</sup>, çifte vergilendirmenin önlenmesi<sup>6</sup>, yatırımların teşviki<sup>7</sup> gibi konularda farklı ülkeler ile sözleşmeler imzalamıştır. Oluşturulan Karma Ekonomik Komisyonlarca, kamu ve özel sektörün katıldığı İşbirliği Konsey Toplantıları<sup>8</sup> yapılmakta, Avrupa Birliği ile sürdürülen ortaklık görüşmeleri, Gümrük Birliği Anlaşması ve farklı ülkeler ile imzalanan Serbest Ticaret Anlaşmaları Türkiye'nin ekonomik ve hukuki alanlardaki uluslararası işbirliğini daha da geliştirmektedir.

Diğer ülkeler ile kurulan göç, ticari ve diğer alanlardaki ilişkiler, uluslararası nitelik taşıyan uyumsuzlukların ortaya çıkmasına sebep olmakta<sup>9</sup>, yabancı mahkemelerce Türkiye'de ikamet eden (şirket merkezi bulunan) bir taraf ile ilgili karar verildiğinde, kararların Türkiye'de kesin hüküm veya delil niteliğini kazanmaları için tanınmaları ve tenfiz edilmeleri aşamasında sorunlar ortaya çıkmaktadır. Türkiye'de yabancı mahkemelerin veya hakem kararlarının tenfiz<sup>10</sup> veya tanımaya<sup>11</sup> konu olabilmesi için en önemli şart, bunların verildiği ülkenin kanunları uyarınca kesinleşmiş olmasıdır.<sup>12</sup>

<sup>3</sup> 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, RG T. 11.04.2013, RG S. 28615.

<sup>4</sup> <http://www.goc.gov.tr/Main/> (05.06.2016)

<sup>5</sup> Türkiye ile 35 ülke arasında ticaret anlaşması imzalanmıştır.

<sup>6</sup> Türkiye ile 39 ülke arasında çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşması imzalanmıştır.

<sup>7</sup> Türkiye ile 61 ülke arasında yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşması imzalanmıştır.

<sup>8</sup> Buna örnek olarak Almanya ile yapılan toplantılar gösterilebilir.

<sup>9</sup> Ayrıntılı bir çalışma olarak: İçduygu Ahmet, Erder Sema ve Gençkaya Ömer Faruk, Türkiye'nin Uluslararası Göç Politikaları, 1923-2023, Koç Üniversitesi Yayınları, 2014, aynı yönde: Nazikioğlu Işık, Yabancı Memleket Mahkemelerinden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 3, 1950.

<sup>10</sup> MÖHUK mad. 50/I: "Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır."

<sup>11</sup> MÖHUK mad. 58/I: "Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemeye tespitine bağlıdır."

<sup>12</sup> Kararlar ve kararların kesinleştiğini gösteren ülkenin makamlarında usulen onanmış yazı veya belgelerin çevirileri ile birlikte mahkemeye sunulması şarttır. MÖHUK mad. 53 b, MÖHUK mad. 58, MÖHUK mad. 61 b, MÖHUK mad. 54 c, MÖHUK mad. 54 ç.

Yabancı mahkeme veya hakem kararları her ne kadar verildikleri ülkenin kanunlarına göre kesinleşmiş olsalar da, bu tür kararların, Türk kamu düzenine aykırı olmaları veya tarafların savunma hakkını kısıtlamaları durumunda tenfiz edilmeleri mümkün değildir.

Ancak bu durum ister istemez kanunlar çatışmasını beraberinde getirmekte<sup>13</sup>, yabancı hukuka yabancı olan Türk hakimleri tarafından yabancı hukukun düzenlemeleri Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun mad. 5 uyarınca soyut bir yapısı olan kamu düzeni kavramı üzerinden değerlendirilerek tenfiz ve tanıma talepleri reddedilebilmektedir. Türk usul hukuku düzenlemelerinden farklı olan yabancı usul hukuku kurallarının hukuka uygunluk açısından incelenmesi tarafların adil yargılanma haklarını ihlal eden kararların verilmesine sebep olabilmektedir.

Alman Usul Kanunu mad. 330 vd. uyarınca davaya katılmayan veya katılmasına rağmen esasa ilişkin tartışmaya katılmayan taraf hakkında "Gıyabi Karar" verilebilmekte, ancak Türkiye'de bu kararlar tenfiz edilmek istendiğinde, MÖHUK mad. 54/I-ç uyarınca kararın, tarafın gıyabında verilmiş olduğu gerekçesiyle tenfiz talepleri reddedilebilmektedir. Ayrıca yargılamaya katılmayan bir tarafa Alman Usul Kanunu mad. 184 uyarınca tebligatın posta yolu ile yapılması, Türkiye'nin posta yolu ile tebligatı kabul etmemesi nedeniyle kabul edilmemekte, bu nedenle kesinleşmiş bir karardan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle de tenfiz ve tanıma talepleri reddedilebilmektedir.

Çalışmada, Alman mahkemelerince Alman Usul Kanunu mad. 330 vd. uyarınca verilen ve Alman Usul Kanunu mad. 184 uyarınca taraflara tebliğ edilen bir "Gıyabi Kararın" yargılama ve uluslararası tebligat hükümleri açısından Türk hukukuna uygunluğu, Türk ve Alman yüksek mahkemelerinin kararları ışığında incelenmektedir.

## II. Alman Usul Kanununda Düzenlenen Gıyabi Kararın Türk Hukukuna Uygunluğu

### 1. Alman Usul Kanunu mad. 330 vd. Düzenlenen "Gıyabi Karar" Kurumu

#### a. Tanımın Gerçek Anlamı ve "Gıyabi Karar" Şeklindeki Tercümenin Doğruluğu

Alman Usul Kanunu mad. 330 ile 347 arasında, Türk usul hukukunda var olmayan ve hukuk sözlüklerinde Türkçe'ye "Gıyabi Hüküm, Gıyapta Verilen Hüküm"<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Kanunlar çatışmasına ilişkin ayrıntılar için bk.: Aybay, Rona ve Dardağan, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

<sup>14</sup> Kıyğı, Osman Nazım, Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü, München, Verlag C.H. Beck, 1999, s. 855; Akgün, Taner, Hukuk İle İlgili Terimler Sözlüğü, 2. Bası, İstanbul, Alfa, 2004, s. 527.



olarak tercüme edilen bir kurum düzenlenmiştir.<sup>15</sup> Almancası "Versäumnisurteil" olan bu kurum, "Versäumnis" ve "Urteil" kelimelerinin birleşimidir. "Versäumnis" kelimesinin türediği "versäumen" fiilinin Türkçe karşılığı "kaçırmak" ve "ihmal etmek" anlamında kullanılmakta, "Versäumnisurteil" kelimesi de "İhmale İlişkin Karar, İhmal Nedeniyle Verilen Karar" anlamına gelmektedir. Bu nedenle "Versäumnisurteil" kelimesinin Türkçe'ye "Gıyabi Karar" olarak çevrilmesi hatalıdır. Bu hata, Alman mahkemelerince verilen kararların "Gıyabi Karar" olarak tercüme edilmesi, mahkemelerce davalı aleyhine gıyapta yargılama yürütüldüğünün düşünülmesine ve tenfiz taleplerin reddedilmesine sebep olmuştur. Yanlış anlam taşımaya rağmen Türk hukuku ile uyum içinde olması için çalışmada Türk hukukunda yerleşmiş olan "Gıyabi Karar" terimi kullanılacaktır.

### b. Gıyabi Kararın Davacı ve Davalı Hakkında Verilebilmesi

Alman Usul Kanunu mad. 330<sup>16</sup> uyarınca dava açmasına rağmen yargılamaya katılmayan davacı aleyhinde de gıyabi karar verilmesi mümkündür. Alman Usul Kanunu mad. 330 ve 331 ile yargılamaya katılmak konusundaki ihmal, mahkeme tarafından usulüne uygun olarak çağrılan tarafın sözlü yargılamaya (duruşma) katılmaması anlamına gelmektedir.<sup>17</sup> Davalı tarafın yargılamaya katılmayı ihmal etmesi durumunda mahkeme taraflarca getirilme ilkesinin (Verhandlungsmaxime) gereği olarak<sup>18</sup>, dava dilekçesindeki olayların tutarlı olup olmadıklarını incelemek dışında, olayların doğru olup olmadıklarını incelemeyen, davacının anlatımlarının doğru olduklarını varsayarak karar verecektir.<sup>19</sup>

Alman Usul Kanunu mad. 230<sup>20</sup> uyarınca yargılamaya aktif olarak katılmayan bir taraf, bu aşamadaki usul işlemleri açısından yargılamadan dışlanmaktadır. Yar-

<sup>15</sup> Farklı hukuk sistemlerinde gıyabi kararlara ilişkin düzenlemelerin karşılaştırıldığı eser için bk.: Steinhauer, Thomas, *Versäumnisurteile in Europa*, Frankfurt, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, Peter Lang, 1996.

<sup>16</sup> Alman Usul Kanunu mad. 330: "*Erscheint der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, dass der Kläger mit der Klage abzuweisen sei.*" Türkçe tercümesi: "*Davacı sözlü yargılamaya katılmazsa, davacının gıyabi karar verilmesi yönündeki talebinin, davanın reddedilmesi yönünde olduğu kabul edilir.*"

<sup>17</sup> Prütting, Hanns, in: *Münchener Kommentar*, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, s. 2226, Rn. 10; Reichold, Klaus, in: *Thomas/Putzo Zivilprozessordnung*, 36. Auflage, München, C.H. Beck, 2015, Vorbem. § 330, s. 643, Rn. 5.

<sup>18</sup> Musielak, Hans Joachim, in: *Musielak/Voit*, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, S. 1293, Rn. 1.

<sup>19</sup> Pukall, Friedrich, in: *Saenger ZPO*, 6. Auflage, Baden Baden, Nomos, 2015, Vor §§ 330-347, S. 1063, Rn. 1a.

<sup>20</sup> Alman Usul Kanunu mad. 230: "*Die Versäumung einer Prozesshandlung hat zur allgemeinen Folge, dass die Partei mit der vorzunehmenden Prozesshandlung ausgeschlossen wird.*" Türkçe tercümesi: "*Yargılama eylemlerinin ihmal edilmesi, tarafı yapılması gereken yargılama eylemlerinden dışlanmasına sebep olur.*"

gılamaya katılmayan, bu anlamda, davalı taraf olabileceği gibi, davacı da olabilir. Davacı sözlü yargılamaya katılmadığında gıyabi karar verilmesi talebinin, davanın reddedilmesi yönünde olduğu kabul edilerek karar verilir ve karar "gıyabi karar" başlığını taşır. Davalının bu yönde bir talebinin olmasının gerekli olup olmadığı tartışmalı olsa da, davanın reddedilmesi yönündeki talebin bu yöndeki bir talebi de kapsadığı kabul edilmektedir.<sup>21</sup>

### c. Sözlü Yargılamaya (Duruşmaya) Katılmakta İhmalkar Davranışın Varlığı

Alman usul hukuku uyarınca tarafların yargılamaya katılma görevleri bulunmamaktadır.<sup>22</sup> Sözlü yargılamaya katılmakta ihmalkarlığın söz konusu olabilmesi için öncelikle usulüne uygun bir yargılamanın ve bu yargılamada taraflarca aralarında anlaşmazlık olan olayların tartışılacağı bir duruşmanın varlığı gereklidir.<sup>23</sup> Ayrıca duruşma usulüne uygun şekilde taraflara duyurulmuş (verkündet) ya da taraflar haberdar edilmiş ve avukat zorunluluğu söz konusuysa, bu konuda da bilgilendirilmiş olmalıdır. Bir taraf duruşmaya katılmasına rağmen beyanda bulunmaz ise, duruşmaya davet edilmesi ile ilgili olan hatalar dikkate alınmayacaktır.<sup>24</sup> Tarafların duruşmaya katılmadaki ihmalkar davranışı, duruşmaya (Nichterscheinen) katılmaması durumunda söz konusu olacağı gibi duruşmaya katılmasına rağmen tartışmaması (Nichtverhandeln) durumunda da söz konusu olur.<sup>25</sup> Avukat zorunluluğunun olduğu yargılamalarda duruşmaya tarafın avukatsız olarak katılması durumunda da, duruşmaya katılmadığı varsayılır.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, S. 1297, Rn. 3; Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, S. 2228, Rn. 27; Reichold, Klaus, in: Thomas/Putzo Zivilprozessordnung, 34. Auflage, München, C.H. Beck, 2013, § 330, s. 644, Rn. 2.

<sup>22</sup> Tarafların bu konuda bir yükümlülüklerinin olup olmadığı konusunda ayrıntılı çalışma için bk.: Bülow, Oscar, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62, 1879, Württembergisches Gerichtsblatt, Band 16, (1879/1880)

<sup>23</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, s. 2226, Rn. 11; Musielak, Hans Joachim, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, s. 1294, Rn. 5.

<sup>24</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, S. 2226, Rn. 13; Musielak, Hans Joachim, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, s. 1294, Rn. 6.

<sup>25</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, s. 2227, Rn. 14; Musielak, Hans Joachim, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, s. 1295, Rn. 7.

<sup>26</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, s. 2227, Rn. 15; Musielak, Hans Joachim, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, S. 1295, Rn. 7.

#### d. Gıyabi Kararların Türleri

Duruşmaya katılmayan taraf hakkında verilen gıyabi kararlar gerçek (echte) ve gerçek olmayan (unechte) olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek gıyabi karar ile kastedilen, tarafın duruşmaya katılmaması nedeniyle verilen gıyabi kararlardır. Bu kararlar, olayın doğru olup olmadığına dair bir inceleme (sachliche Prüfung) yapılmadan verilen kararlardır.<sup>27</sup> Gerçek olmayan gıyabi kararlar ise, tarafın duruşmaya katılmamasından bağımsız olarak verilecek kararlardır.<sup>28</sup>

### 2. Alman Usul Kanunu mad. 331 Uyarınca Davalı Hakkında Verilen Gıyabi Karar

#### a. Gıyabi Kararın Şartları

Davalı hakkında Aman Usul Kanunu mad. 331<sup>29</sup> uyarınca gıyabi karar verilebilmesi için gereken genel şartların dışında, dava dilekçesinde anlatılan olayların delilleri ile birlikte inandırıcı şekilde açıklanması gereklidir.<sup>30</sup> Davalının yargılamaya

<sup>27</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, s. 2227, Rn. 18; Musielak, Hans Joachim, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, s. 1295, Rn. 10.

<sup>28</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, s. 2227, Rn. 18; Musielak, Hans Joachim, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, S. 1295, Rn. 11; davalı hakkında verilecek gerçek ve gerçek olmayan gıyabi kararlara ilişkin olarak bk.: Robertz, Margit, Probleme beim Erlass des Teilverurteils, Köln, Universität Köln, 1994, s. 4 vd.

<sup>29</sup> Alman Usul Kanunu mad. 331: '(1) Beantragt der Kläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil, so ist das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. Dies gilt nicht für Vorbringen zur Zuständigkeit des Gerichts nach § 29 Abs. 2, § 38; (2) Soweit es den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrag zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen. (3) Hat der Beklagte entgegen § 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 nicht rechtzeitig angezeigt, dass er sich gegen die Klage verteidigen wolle, so trifft auf Antrag des Klägers das Gericht die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung; dies gilt nicht, wenn die Erklärung des Beklagten noch eingeht, bevor das von den Richtern unterschriebene Urteil der Geschäftsstelle übermittelt ist. Der Antrag kann schon in der Klageschrift gestellt werden. Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ist auch insoweit zulässig, als das Vorbringen des Klägers den Klageantrag in einer Nebenforderung nicht rechtfertigt, sofern der Kläger vor der Entscheidung auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ist.' Türkçe tercümesi: "(1) Davacı, sözlü duruşmaya katılmayan davalı için gıyabi karar verilmesi yönünde talepte bulunursa, davacının olaylara ilişkin sözlü beyanlarının onaylandığı kabul edilmelidir. Bu, mahkemenin mad. 29/II ve 38 ile düzenlenen yetkisi konusunda yapılan açıklamalar için geçerli değildir. (2) Eğer dava dilekçesinde davada haklı olduğu anlaşılıyorsa, dava reddedilemez. (3) Eğer davalı mad. 276/1 cümle 1, mad. 276/II uyarınca kendisini savunacağını mahkemeye süresinde bildirmez ise, davacının talebi üzerine mahkeme kararını sözlü yargılama yapmadan da verebilir; ancak davalının (kendini savunacağına dair) açıklanmasını hakince imzalanmış kararın mahkeme kalemine ulaşmasından önce yapılması durumunda bu uygulanmaz. Talep, dava dilekçesinde de yapılabilir. Sözlü yargılama yapmadan karar verilmesi, davacının açıklamalarının dava dilekçesindeki yan talepler konusunda haklı olmadığını anlaşılması durumunda, davacının karar verilmeden önce bu konudaki imkanlar hakkında bilgilendirilmesi mümkündür."

<sup>30</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, s. 2226, Rn. 10; Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1299, Rn. 3.

veya duruşmaya katılmayı ihmal etmesi durumunda, davacının olaylara ilişkin açıklamalarına onay verildiği kabul edildiği için olayların inandırıcılığı, dilekçenin kendi içindeki tutarlılığı ile sınırlıdır.<sup>31</sup> Doğrudan taraf iradelerine bağlı olmayan ödeme yeri, mahkeme yetkisi gibi taraflar arasındaki anlaşmaların varlığının iddia edilmesi yeterli olmayıp, bu hususların davacının delilleri ile birlikte ispatlanması gereklidir.<sup>32</sup>

### b. Gıyabi Karar Verilmesine İlişkin Talep

Davalının yargılamaya katılmaması durumunda davacı, gıyabi karar verilmesini talep edebileceği gibi (331/I), dosyanın durumu esas alınarak esasa ilişkin karar verilmesini (331a) veya duruşmanın başka bir güne bırakılmasını (227/I, 335, 337) da talep edebilir. Duruşmanın başka güne bırakılması talebini kabul edip etmemek mahkemenin takdirindedir.<sup>33</sup> Davacı, gıyabi karar verilmesini veya duruşmanın başka bir güne bırakılmasını talep etmezse, mahkeme yeni bir duruşma günü belirleyebilir, dosyanın durumuna göre esasa ilişkin karar vererek uyumsuzluğu sonlandırabilir veya davanın durdurulmasına (Ruhen des Verfahrens) karar verebilir.<sup>34</sup> Davacının talebi olmazsa, gıyabi karar verilmesi mümkün değildir.<sup>35</sup>

Eğer gıyabi karar verilmesi talebi, davanın sadece bir kısmına ilişkin ise, talebe uygun bir karar verilmesi mahkemenin takdirindedir.<sup>36</sup> Belirsiz alacak taleplerinde kabul edilecek kısım da mahkeme tarafından takdir edilir.<sup>37</sup> Davacı, davalı tarafından gıyabi karara karşı birçok nedenle itiraz edilmesinin mümkün olması nedeniyle gıyabi karar verilmesini talep etmeyerek normal yargılama yapılarak karar verilmesini de tercih edebilir.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1298, Rn. 2.

<sup>32</sup> Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1299, Rn. 3.

<sup>33</sup> Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1299, Rn. 5.

<sup>34</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, s. 2232, Rn. 7; Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1300, Rn. 12 vd.

<sup>35</sup> Baumbach, Adolf ve Lauterbach, Wolfgang, Zivilprozessordnung, 74. Auflage, München, Beck, 2016, s. 1553; Czub, Hans Joachim, Prütting, Hanns ve Gehrlein, Markus ZPO Kommentar, 7. Auflage, München, Luchterhand, 2015, s. 1112, Herget, Kurt, age., s. 1166.

<sup>36</sup> Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1299, Rn. 6.

<sup>37</sup> Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1300, Rn. 10.

<sup>38</sup> Baumbach, Adolf ve Lauterbach, Wolfgang, Zivilprozessordnung, 74. Auflage, München, Beck, 2016, s. 1554; Czub, Hans Joachim, age., s. 1112; 1177; Dilekçenin süresinde verilememesi gibi birçok nedenle davalı bilerek kendisini savunmamakta ve gıyabi karar verilmesi durumunda buna itiraz ederek davanın en baştan görülmesini amaçlamaktadır. Sözlü yargılamaya katılmasına rağmen beyanda bulunmadan önce mahkemenin davaya ilişkin yapacağı değerlendirme üzerine (Türk hukukunun aksine hakim, davaya ilişkin görüşünü taraflara bildirmekle yükümlü olup, aksine davranış bozma sebebidir.) davayı kaybedeceğini anlayan davalı, katıldığı duruşmada kendini savunmayarak (Alman Usul Kanu-

Alman Avukatlar Meslek Kuralları<sup>39</sup> mad. 13 avukatlara, gıyabi karar verilmesini talep etmeden önce karşı tarafın avukatına bu konuda haber verilmesi düzenlenmiş, ancak bu yükümlülük müvekkilin hakları gerektirdiği zaman bunun yapılmayabileceği şeklinde yumuşatılmıştı. Avukatların, müvekkilin hakları ile avukatlık meslek kuralları arasında kalmasına sebep olduğu gerekçesiyle eleştirilen bu düzenleme, 1999 yılında Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir.<sup>40</sup> Günümüzde avukat tarafından gıyabi karar verilmesi yönünde bir talepte bulunmadan önce karşı tarafın avukatına bildirim yapılması zorunluluğu bulunmadığı gibi, bu yöndeki bir bildirim nedeniyle karar çıkmasının engellenmesi durumunda avukatın müvekkilime karşı doğacak zarardan sorumlu olması ve hatta bu nedenle disiplin cezası dahi alması söz konusu olabilecektir.

### c. Dava Dilekçesinin Kendi İçinde Tutarlılığı

Davalı hakkında gıyabi karar verilebilmesi için, Alman Usul Kanunu mad. 331/II uyarınca dava dilekçesinin kendi içinde tutarlı olması şarttır. Davalı hakkında verilecek olan gıyabi kararın şartı olan dava dilekçesinin kendi içindeki tutarlı olması şartı, davacı hakkında verilecek gıyabi kararlar için aranmamaktadır. Mahkeme re'sen ama sınırlı olarak dava dilekçesinin içeriği ve anlatılan olaylar yönünden değerlendirme yapmaktadır. Mahkemenin dava dilekçesinde anlatılan olayların başka bir araştırma veya açıklama gereği duymadan gerçek olabileceğine inanması durumunda, dava dilekçesinin kendi içinde inandırıcı olduğu kabul edilir.<sup>41</sup> Alman Usul Kanunu mad. 331, olayların davalı tarafından kabul edildiğine yönelik itirafın varlığına dair kanuni bir kurgudur.<sup>42</sup> Bu kurgu ile delil toplanmasına ilişkin zorunluluk ortadan kalkmış olur.<sup>43</sup> Dava konusuna ilişkin hukuki nitelendirmeler ve yabancı hukuka ilişkin açıklamalar bu kurgunun kapsamına girmezler.<sup>44</sup> Yaşanması mümkün

---

nu mad. 333 uyarınca davaya katılmamış gibi kabul edilecektir) hakkında gıyabi karar verilmesini ve daha sonra itiraz ederek davanın tekrar görülmesini çıkarına uygun bulabilmektedir.

<sup>39</sup> BORA, 01.07.2015 tarihli Alman Avukatlar Meslek Kuralları için bkz: [http://www.brak.de/w/files/02\\_fuer\\_anwalte/berufsrecht/bora-stand-01.07.15.pdf](http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwalte/berufsrecht/bora-stand-01.07.15.pdf) (05.06.2016)

<sup>40</sup> BVerfG vom 14. 12. 1999, BGBl. 2000 I s. 54 = BRAK-Mitt. 2000, 36.

<sup>41</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, s. 2232, Rn. 10; Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1299, Rn. 7.

<sup>42</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, s. 2232, Rn. 10; Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1299, Rn. 7.

<sup>43</sup> Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1299, Rn. 11.

<sup>44</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 330, s. 2233, Rn. 13; Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1300, Rn. 9.

olmayan olayları varmış gibi gösteren açıklamalar, Alman Usul Kanunu mad. 138/I ile düzenlenen doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı davranış olarak kabul edilerek<sup>45</sup> dikkate alınmaz ve hatta davanın reddine sebep olabilir.<sup>46</sup>

#### d. Davalının Kendisini Savunması ve Aksi Davranışın Sonuçları Hakkında Bilgilendirilmesine Rağmen Kendisini Savunmaması

Alman Usul Kanunu mad. 271/I uyarınca mahkeme dava dilekçesini davalıya gecikmeksizin gönderir ve mad. 271/II uyarınca avukat zorunluluğu olan davalarda kendini savunmak istemesi durumunda avukat tutmasını davalıya bildirir. 1976 yılında yargılamanın hızlandırılmasına ilişkin olarak yapılan değişikliklerde Stuttgart Modeli olarak anılan bir öneri sonucu düzenlenen Alman Usul Kanunu mad. 272/I uyarınca yargılama, kural olarak sözlü yargılamanın yapıldığı duruşmada karara bağlanır.<sup>47</sup> Mahkeme, Alman Usul Kanunu mad. 272/II<sup>48</sup> uyarınca uyuşmazlık konularının belirleneceği ön inceleme duruşması için gün belirler veya yazılı ön yargılama (schriftliches Vorverfahren) yapılmasına karar verir.<sup>49</sup>

Mahkeme yazılı ön yargılama yapılmasına karar verirse, Alman Usul Kanunu mad. 276/I uyarınca dava dilekçesi ile birlikte davalıya tebliğ ettiği tensip zaptı ile kendisini savunmak istediğini iki hafta içinde yazılı olarak mahkemeye bildirmesini ihtar eder ve davaya ilişkin yazılı olarak savunmasını bildirmesi için iki haftalık ek bir süre verir. Eğer tebligat yurt dışına yapılacaksa bu süre daha da uzatılabilir.

Kendisine dava dilekçesi tebliğ edilen ve tensip zaptı ile davada ne şekilde savunma yapması gerektiği konusunda Alman Usul Kanunu mad. 276/II uyarınca bilgilendirilen davalı, Alman Usul Kanunu mad. 276/I c.1 uyarınca iki hafta içinde mahkemeye, kendisini savunacağını bildirmelidir.<sup>50</sup> Davalı iki haftalık bu süre içinde

<sup>45</sup> Orfanides, Georgios, Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozessrecht, Köln, Heymanns Carl, 1982, s. 92 ff.

<sup>46</sup> Stadler, Astrid, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 330, s. 1299, Rn. 10

<sup>47</sup> Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 272, s. 1647, Rn. 1; Foerste, Ulrich, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 272, s. 994, Rn. 1.

<sup>48</sup> Alman Usul Kanunu mad. 272/II: "Der Vorsitzende bestimmt entweder einen frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung (§ 275) oder veranlasst ein schriftliches Vorverfahren (§ 276)." Türkçe tercümesi: "Mahkeme başkanı sözlü duruşma için ön hazırlık duruşması için tarih belirler veya yazılı ön yargılama yapılmasına karar verir"

<sup>49</sup> Burada duruşma günü olarak belirlenecek en erken tarih mahkeme takviminin ilk boş olduğu tarih olmayıp, dosyanın kapsamı uyarınca karar verilecek aşamaya dair tarihtir. Prütting, Hanns, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 272, S. 1647, Rn. 6; Foerste, Ulrich, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 272, s. 995, Rn. 4.

<sup>50</sup> Herget, Kurt, in: Zöller Zivilprozessordnung, 31. Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2016, s. 1168.

kendisini savunacağını mahkemeye bildirmez ise<sup>51</sup>, Alman Usul Kanunu mad. 331 uyarınca duruşma yapılmadan hakkında gıyabi karar verilebilir.

### e. Gıyabi Karara İtiraz Edilmesi

Gıyabi karara karşı, kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde<sup>52</sup> hakkında karar verilen tarafça itiraz edilebilir. Hakkında gıyabi karar verilecek davalının yurt dışında olması durumunda mahkeme, bu süreyi kararında açıkça belirterek veya daha sonra vereceği bir ek karar ile uzatabilecektir.<sup>53</sup> Mahkeme gıyabi karara karşı yapılan itirazı re'sen inceler<sup>54</sup> ve itirazın yerinde olmadığına karar vermesi durumunda itirazı reddedebileceği gibi, itirazı haklı bulup yeni bir duruşma günü de belirleyebilir. İtirazın kabul edilmesi durumunda dava, gıyabi kararın verilme anına geri döner ve oradan itibaren tekrar yargılamaya devam edilir.<sup>55</sup> Gıyapta karar verilmesi durumunda ikinci kez duruşmaya katılmayan tarafın tekrar itiraz hakkı da bulunmamaktadır.<sup>56</sup>

### 3. Gıyabi Kararın Tarafların Savunma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

Anayasa mad. 36 uyarınca herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasa mad. 36 ile korunan hak arama özgürlüğü, ya-

<sup>51</sup> Baumbach, Adolf ve Lauterbach, Wolfgang, Zivilprozessordnung, 74. Auflage, München, Beck, 2016, s. 1553.

<sup>52</sup> Alman Usul Kanunu mad. 339/I: "Die Einspruchsfrist beträgt zwei Wochen; sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurteils." Türkçe tercümesi: "İtiraz süresi iki haftadır; bu süre kesin süre olup, süre gıyabi kararın tebliği ile başlar."

<sup>53</sup> Alman Usul Kanunu mad. 339/II: "Muss die Zustellung im Ausland oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, so hat das Gericht die Einspruchsfrist im Versäumnisurteil oder nachträglich durch besonderen Beschluss zu bestimmen." Türkçe tercümesi: "Eğer tebliğat yabancı ülkeye veya resmi yoldan duyuru ile yapılacak ise, mahkeme gıyabi kararda veya sonrasında vereceği özel bir karar ile itiraz süresini uzatabilir."

<sup>54</sup> Alman Usul Kanunu mad. 341: "(1) Das Gericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob der Einspruch an sich statthaft und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen. (2) Das Urteil kann ohne mündliche Verhandlung ergehen." Türkçe tercümesi: "Mahkeme itirazın kabul edilir olup olmadığını ve kanunda öngörülen şekilde ve sürede yapılıp yapılmadığını re'sen inceler. Karar sözlü duruşma yapılmadan da verilebilir."

<sup>55</sup> Alman Usul Kanunu mad. 342: "Ist der Einspruch zulässig, so wird der Prozess, soweit der Einspruch reicht, in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand." Türkçe tercümesi: "Eğer itiraz geçerliyse, yargılama taleple uyumlu olarak ihmalin gerçekleştiği ana geri döner."

<sup>56</sup> Alman Usul Kanunu mad. 345: "Einer Partei, die den Einspruch eingelegt hat, aber in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt, steht gegen das Versäumnisurteil, durch das der Einspruch verworfen wird, ein weiterer Einspruch nicht zu." Türkçe tercümesi: "İtirazı yapan taraf, yargılamanın yapılacağı gün sözlü yargılamaya katılmaz veya esasa ilişkin tartışmaya katılmaz ise verilmiş olan ve itiraz edilen gıyabi karara karşı tekrar itiraz hakkına sahip değildir."

bancı mahkemeler önündeki yargılamalar için de geçerlidir. Yargılamadan haberdar edilmeyen, yargılamaya katılarak kendisini savunamayan bir davalı hakkında verilecek karar Türk kamu düzenine de aykırı olacaktır. MÖHUK<sup>57</sup> mad. 54 ç ile getirilen, bir tarafın yokluğunda yargılama yürütülerek verilecek bir kararın, iddia ve savunma hakkına aykırı davranılmış olacağı gerekçesiyle tenfiz edilemeyeceğine ilişkin düzenleme, Anayasa mad. 36 ile uyumludur. Kamu düzeni kavramı soyut olup, hakime yabancı mahkeme kararlarının Türk kamu düzenine uygunluğu konusunda sınırlı bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Kanunkoyucu, MÖHUK mad. 54 ç ile kanuna aykırı olarak gıyapta yürütülen bir yargılamada verilen kararın tenfiz ve tanınmasına ilişkin olarak hakime takdir yetkisi vermemiş ve kararın tenfiz edilmesini ve tanınmasını yasaklamıştır. Bu yasak, yargılamaya usulüne uygun şekilde davet edilmeyen ve kendisini savunma imkanı verilmeyen bir davalıyı korumayı amaçlamaktadır.

Alman Usul Kanunu mad. 330 vd. düzenlenen gıyabi karar kurumu, Anayasa mad. 36 ile uyumludur. Çünkü davalı hakkında Alman Usul Kanunu mad. 331 uyarınca gıyabi karar verilebilmesi için; davalıya Alman Usul Kanunu mad. 271 uyarınca dava dilekçesinin tebliğ edilmesi, 271/II uyarınca gerektiğinde avukat tutması, mad. 276 uyarınca hangi sürede ve ne şekilde kendisini savunabileceğinin açıklanması ve mad. 272/II uyarınca aykırı davranışın sonuçları hakkında bilgilendirilmesi zorunludur. Ayrıca mahkeme yargılamaya katılmayan davalı aleyhine gıyabi karar vermeden önce dava dilekçesinin kendi içinde tutarlı olup olmadığını ve gerekli şartları taşıyıp taşımadığını Alman Usul Kanunu mad. 331/II uyarınca re'sen inceleyecek, dava dilekçesinde açıklanan olayları ve davanın hukuki dayanaklarını sınırlı da olsa değerlendirecek ve ona göre bir karar verecektir. Bu nedenle gıyabi karar bir tarafın bilgisi dışında yargılama yapılması anlamına gelmemekte, taraf, yargılamadan haberdar olmasına rağmen yargılamaya katılmamaktadır. Bu nedenle Anayasa mad. 36 ile korunan hak arama özgürlüğüne aykırı bir davranış söz konusu değildir.

#### 4. MÖHUK mad. 54 ç Uyarınca Gıyabi Karara İlişkin Tenfiz Şartları

MÖHUK mad. 54 ç uyarınca tenfizin reddine sebep olacak bir gıyabi karar verildiğinin kabul edilebilmesi için, davalının mahkemeye usulüne uygun olarak çağrılmamış olması veya o mahkemede temsil edilmemiş olması yahut kanunlara aykırı şekilde gıyabında veya yokluğunda karar verilmiş olması gereklidir.

MÖHUK mad. 54 ç, davalının usulüne uygun şekilde çağrılıp çağrılmadığının tespitinin, yargılamanın yürütüldüğü mahkemenin tabi olduğu usul kanununa göre belirleneceğine yer vermektedir. Ancak taraflar mahkemeye çağrılırken uygulanan usul, kamu düzeni açısından dikkate alınmalı, ancak bu denetim çok sınırlı olarak ya-

<sup>57</sup> 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, RG T. 12.12.2007, RG S. 26728.



pırmalı ve objektif anlamda değerlendirilmelidir. Mahkemenin Türk usul kanunu düzenlemelerini esas alarak yabancı usul kanunu düzenlemelerinin Türk kamu düzenine aykırı olduğuna karar verebilmesi için objektif anlamda ve evrensel hukuk açısından kabul edilemeyecek derecede ağır bir ihlali tespit etmesi gereklidir.<sup>58</sup> Aksinin kabulü hukuk güvenliğinin ortadan kalkmasına sebep olur. Sonuçta tanıma ve tenfiz talebine bakan mahkemece taraflar arasındaki bir uyumsuzluk çözümlenmemekte, yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilerek icra edilmesi veya tanınarak kesin hüküm ve delil niteliğine kavuşması sağlanmaktadır.<sup>59</sup> Davalının mahkemeye çağırılmış olmasına rağmen, kendisini savunmak istemekle birlikte yargılamada kendisini temsil etmemiş olması da söz konusu olabilir. Avukata vekalet verilmesine rağmen, örneğin avukatının cübbesini unuttuğu için davaya kabul edilmemesi veya yargılamanın yapılacağı mahkemede görevlendirilen avukatın temsil yetkisinin bulunmaması<sup>60</sup> halleri bu duruma bir örnektir. İşte bu tür durumlarda davalı taraf kendisini savunamayacağı için Anayasa mad. 36'ya aykırı olan bir yargılama söz konusu olacaktır.

MÖHUK mad. 54 ç düzenlemesinde gıyabında veya yokluğunda karar verilmesi yanında kararın kanunlara aykırı şekilde verilmiş olması gerekmektedir. Yine burada bahsi geçen kanun, yargılamayı yürüten mahkemenin tabi olduğu usul kanunudur. Eğer yargılamayı yürüten mahkeme, tabi olduğu usul kanununa aykırı hareket ederek bir tarafın gıyabında veya yokluğunda karar vermiş ise, bu karara konu olan yargılama Anayasa mad. 36'ya aykırı olacaktır.

##### 5. Alman Usul Kanunu mad. 331 vd. Düzenlemelerinin MÖHUK mad. 54 ç Aşısından Değerlendirilmesi

MÖHUK mad. 54 ç uyarınca Alman Usul Kanunu mad. 331 vd. düzenlenen gıyabi karar kurumu, davalının savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmemektedir. Gıyabi karar verilebilmesi için dava dilekçesi usulüne uygun bir şekilde davalıya tebliğ edilmeli, tensip zaptında davalının kendini ne şekilde savunacağı açıklanmalı ve davalı aksi davranışın sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir.

Davaya katılarak kendini savunmak veya savunmamak davalının tercihi olup, savunma hakkının sınırları doğrudan davalı tarafından belirlenmektedir. Kendisini savunmayan ve/veya savunmak istemeyen davalının savunma hakkının kısıtlanması söz konusu değildir. Alman usul hukukunda ispata yönelik düzenlemeler Türk usul hukukundan farklı olup, karşı tarafın dava konusu olan olaya ilişkin açıklamalarına

<sup>58</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2009/14580, K. 2011/16701, T. 09.12.2011.

<sup>59</sup> Arat, Tuğrul, Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1964, Cilt: 21, S. 1-4, s. 492.

<sup>60</sup> Alman Federal Mahkemesinde (BGH) görev yapabilecek avukatlar, BGH tarafından sınırlı sayıda seçilmekte ve ayrı bir baroya kayıtlı olarak sadece BGH'da avukatlık yapabilmektedir. Dolayısı ile bir tarafın kendisini savunması için avukat görevlendirmiş olmasına rağmen BGH'da temsil edilememesi söz konusu olacaktır.

itiraz edilmediğinde, Alman Usul Kanunu mad. 138/III uyarınca açıklanan olayların kabul edildiği varsayılmaktadır.<sup>61</sup> Yargılamaya katılan ama davacının açıklamalarına itiraz etmeyen davalı, Alman Usul Kanunu mad. 138/III uyarınca davacının açıklamalarını kabul etmiş olacağı için, yargılamaya katılmayan davalının da davacının açıklamalarını kabul etmiş varsayılması bu anlamda madde ile uyumlu olup, davacının açıklamaları doğrultusunda dava konusu olay esas alınarak yargılamada karar verilmesi davalının savunma hakkını kısıtlanması anlamına gelmemektedir.<sup>62</sup> Davacının mahkemeden gıyabi karar verilmesini talep etmesi, davalıya karşı bir usul hilesi de olmadığı için bir tenfiz engeli olması söz konusu değildir.<sup>63</sup>

Bu nedenle kendisini iki haftalık süre içinde savunacağını mahkemeye bildirmeyen veya çağrılmasına rağmen duruşmaya katılmayarak kendisini savunmayan davalı hakkında verilecek bir karar (Gıyabi Karar), davadan haberdar olunmaması söz konusu olmadığından Anayasa mad. 36 ve MÖHUK mad. 54 ç düzenlemeleri uyarınca savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmeyecektir. Alman Usul Kanunu mad. 331 vd. düzenlemeleri savunma hakkı açısından Anayasa mad. 36 ve MÖHUK mad. 54 ç düzenlemelerine aykırı değildir.

## 6. Yargıtayın Konuya İlişkin Yerleşik İçtihadı

Alman mahkemelerince merkezi Türkiye’de olan davalı şirkete karşı verilen gıyabi kararın tenfizine ilişkin davalar, Alman mahkemesince davalının gıyabında verilmiş olması nedeniyle MÖHUK mad. 38<sup>64</sup> uyarınca davalıya savunma imkanı tanınmadığı gerekçesiyle reddedilmiş<sup>65</sup>, verilen ret kararları temyiz aşamasında Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin önüne gelmiştir.

<sup>61</sup> Türk usul hukuku uyarınca davacının olaylara ilişkin açıklamalarına itiraz edilmediğinde bunların inkar edildiği varsayılmaktadır. Bu anlamda Alman ve Türk usul hukukunun ispata ilişkin düzenlemeleri zıt yöndedir.

<sup>62</sup> Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz: Borck, Hans-Günther, Wieczorek, Bernhard ve Schütze, Rolf A. Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 3. Auflage, Berlin, De Gruyter Recht, 2007, s. 610 vd.

<sup>63</sup> Doktrinde usul hilesinden doğan Türk kamu düzenine aykırılık, her türlü delile ispatlanabilir. Bk. Çelikel, Aysel ve Erdem, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, İstanbul 2010, s. 617; Demir Gökyayla, Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara, Seçkin, 2001.

<sup>64</sup> 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 38. maddesi 2007 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun mad. 54 c maddesinde aynı şekilde düzenlenmiştir.

<sup>65</sup> Yozgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2005/689, K. 2006/382, T. 11.05.2006; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yozgat-1-Asliye-2006-382.pdf> (05.06.2016); Mahkemenin diğer bir ret gerekçesi ise davalının merkezinin Türkiye’de olması nedeniyle kesin yetkili mahkemenin Türk mahkemeleri olmasıdır;

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, dava özetiinin bulunduğu kısa karar üzerinden bir değerlendirme yapılamayacağı, gerekçeli kararın çevirisinin de dosyaya sunulurak eksikliğin giderilmesi gerektiği gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur.<sup>66</sup> İlk derece mahkemesi dosyadaki eksiklikleri gidermiş ve ilk kararında olduğu gibi MÖHUK mad. 38 uyarınca kararın Türk kamu düzenine aykırı olduğuna karar vererek davayı reddetmiştir.<sup>67</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, tekrar önüne gelen bu uyuşmazlıkta Alman usul hukuku uyarınca verilen "Gıyabi Kararı" kamu düzeni ve savunma hakkı açısından ayrıntılı şekilde tartışmış ve Alman usul hukuku uyarınca verilen gıyabi kararın davalının savunma hakkının ihlali anlamına gelmediğini ve Türk kamu düzenine aykırı olmadığını tespit ederek kararı bozmuştur.<sup>68</sup> İlk derece mahkemesinin Yargıtayın kararına uyarak kararın tenfizine ilişkin verdiği karar<sup>69</sup>, Yargıtay 11. Hu-

<sup>66</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2007/11428, K. 2008/7426, T. 05.06.2008; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yargıtay-11-2008-7426.pdf> (05.06.2016)

<sup>67</sup> Yozgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2009/34, K. 2009/301, T. 30.04.2009; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yozgat-1-Asliye-2009-301.pdf> (05.06.2016)

<sup>68</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2009/14580, K. 2011/16701, T. 09.12.2011; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yargıtay-11-2011-16701.pdf> (05.06.2016); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, tenfiz edilmesi istenecek bir kararın 2675 sayılı MÖHUK mad. 38 (5718 sayılı MÖHUK mad. 54c) uyarınca kamu düzenine aykırı olmaması ve 2675 sayılı MÖHUK mad. 38/d (5718 sayılı MÖHUK mad. 54ç) uyarınca savunma hakkının ihlal edilmemiş olması gerektiğini belirtmiş, kanunda kamu düzenine aykırılığın tespitinin hakime bırakılmasının yanında, kamu düzenine aykırılığın "açıkça" olmasının aranarak hakime sınırlama getirildiğini ve Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi lehine bir eğilim olduğunu açıklamış, doktrinde hakime yardımcı olacak kriterler bulunduğu ve bu kriterler arasında hakimin "kural olarak" yabancı mahkeme kararının yerinde olup olmadığını incelemesinin (revision au fond yasağı) yasak olması sayılmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararına göre, aksinin kabulü, Türk mahkemesinde yeni bir yargılama yapılmasına ve yeni bir kararın ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Hakim, her somut olaya göre inceleme yapacak ve Türk kamu düzenine kabul edilemeyecek kadar ağır aykırılık olması durumunda tenfiz talebini reddedebilecektir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi davada Alman mahkemesinin dava dilekçesini Lahay Sözleşmesine uygun şekilde davalıya tebliğ ettiğini ve Alman Usul Kanunu mad. 331/3. maddesi uyarınca duruşma yapılmadan "gıyabi karar" verildiğini belirtmiş, benzer olaylarda Yargıtay dairelerince verilmiş kararlara (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 1992/5764, K. 2009/7352, T. 01.10.1992, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2008/12797, K. 2010/7992, T. 06.07.2010) uygun olarak yabancı mahkemenin uyguladığı usulün Türk usul hukukundan farklı olmasının, Türk kamu düzenine aykırılık için tek başına yeterli sebep olamayacağını açıklamıştır. Aynı ilkelerin yabancı mahkemece uygulanan ispat hukuku açısından da geçerli olduğunu ayrıca belirtmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararında, davalı şirketin, Türk hukuku ile benzer ilkelerin egemen olduğu bir hukuk düzeninde (Alman hukuku) kendisine tanınan savunma haklarını kullanmayarak tenfizi istenen kararın verilmesine ve kesinleşmesine sebep olduğunu belirtmiş ve davalının savunma hakkının kısıtlanmadığına ve kararın Türk kamu düzenine aykırı olmadığına karar vererek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

<sup>69</sup> Yozgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2012/123, K. 2012/155, T. 10.05.2012; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yozgat-1-Asliye-2012-155.pdf> (05.06.2016)

kuk Dairesi tarafından onanmış<sup>70</sup>, davalının karar düzeltme isteminin reddedilmesi<sup>71</sup> ile kesinleşmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi yabancı usul hukukunun Türk usul hukukundan farklı olmasının kararların Türk kamu düzenine aykırılık oluşturması için tek başına sebep olamayacağı ve Alman Usul Kanunu mad. 331 uyarınca Alman mahkemesince verilen gıyabi kararın davalının savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmeyeceği yönündeki son derece doğru olan görüşünü benzer birçok davada verdiği kararlarda tekrarlayarak yerleşik bir içtihat haline getirmiştir.

## 7. Değerlendirme

Alman usul hukukunun, Türk usul hukukundan farklı düzenlemelere sahip olması, bu düzenlemelerin kamu düzenine aykırı olduğu anlamına gelmez. Türkçe'ye "Gıyabi Karar" olarak tercüme edilmesi de bir kararın tarafların gıyabında verilmesi sonucunu doğurmaz. Yukarıda da anlatıldığı gibi Alman Usul Kanunu mad. 330 vd. uyarınca Alman mahkemelerince verilen bir gıyabi karar, MOHUK mad. 54/I-ç ile öngörülen gıyabi karardan farklıdır ve özellikle taraflara dava dilekçesinin tebliğ edilmesi, tarafların kendilerini ne şekilde savunabilecekleri ve aksi davranışın sonuçları hakkında bilgilendirilmiş olmaları nedeniyle gıyapta yargılama yapılması söz konusu değildir. Alman Usul Kanunu mad. 330 vd. ile düzenlenen gıyabi karar kurumunun, Anayasa mad. 36 ve dolayısı ile Türk kamu düzenine uygun olduğu tartışmasızdır.

## III. Alman Usul Hukukunun Uluslararası Tebligata İlişkin Düzenlemelerinin Türk Hukukuna Uygunluğu

### 1. Uluslararası Tebligat

#### a. Türk Hukuku Uyarınca Uluslararası Tebligat

Davalının yurt dışında ikamet etmesi<sup>72</sup> durumunda yargılama yapan mahkeme tarafından davalıya uluslararası tebligat yapılması gündeme gelecektir. Tebligat Kanunu<sup>73</sup> mad. 25 uyarınca yabancı ülkede bulunan bir kişiye yapılacak tebligatın o ülkenin resmi kurumları aracılığı ile yapılması gereklidir. Tebligat yapılacak kişinin Türk vatandaşı olması durumunda Tebligat Kanunu mad. 25a uyarınca tebligat, Büyükelçilik veya Konsolosluk aracılığı ile de yapılabilir.

<sup>70</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/15077, K. 2013/16074, T. 18.09.2013; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yargıtay-11-2013-16074.pdf> (05.06.2016)

<sup>71</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2013/17854, K. 2014/1760, T. 31.01.2014; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yargıtay-112014-1760.pdf> (05.06.2016)

<sup>72</sup> Tüzel kişilerde idare merkezinin yurt dışında bulunması.

<sup>73</sup> 7201 sayılı Tebligat Kanunu, RG T. 19.02.1952, S. 10139.

Yabancı ülkeye yapılacak olan tebligata ilişkin uluslararası sözleşmeler veya devletler arasında imzalanan sözleşmeler iç hukuka oranla öncelik taşıdığı için uluslararası tebligatın, taraf olunan uluslararası sözleşmeler veya ikili anlaşmalar uyarınca yapılması gereklidir. Türkiye ve Almanya'nın taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve ikili anlaşmalar uyarınca tebligatın, diğer devletin merkezi kurumu aracılığı ile yapılması öngörülmektedir. Uluslararası tebligat usulleri Adalet Bakanlığı tarafından genelgeler ile mahkemelere ayrıntılı olarak duyurulmaktadır.<sup>74</sup>

### b. Alman Hukuku Uyarınca Uluslararası Tebligat

Alman Usul Kanunu mad. 183/I<sup>75</sup> uyarınca da yabancı bir ülkeye yapılacak tebligatın uluslararası anlaşmalar uyarınca yapılması gereklidir.<sup>76</sup> Almanya ile Türkiye aralarında uluslararası tebligat usullerinin düzenlendiği "1929 tarihli Sözleşmeyi"<sup>77</sup> imzalamış, ayrıca uluslararası tebligat usullerinin düzenlendiği uluslararası "Lahey Sözleşmesine"<sup>78</sup> taraf olmuşlardır.<sup>79</sup> Dolayısı ile Alman Usul Kanunu mad. 183/I uya-

<sup>74</sup> Yurt dışına yapılacak tebligatlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bk.: Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, 63/3 Sayılı Genelge, T. 16.11.2011, <http://www.uhdigmad.adalet.gov.tr/genelgeler/63%20-%203.pdf> (05.06.2016)

<sup>75</sup> Alman Usul Kanunu mad. 183: *"Eine Zustellung im Ausland ist nach den bestehenden völkerrechtlichen Vereinbarungen vorzunehmen. Wenn Schriftstücke auf Grund völkerrechtlicher Vereinbarungen unmittelbar durch die Post übersandt werden dürfen, so soll durch Einschreiben mit Rückschein zugestellt werden, anderenfalls die Zustellung auf Ersuchen des Vorsitzenden des Prozessgerichts unmittelbar durch die Behörden des fremden Staates erfolgen."* Türkçe tercümesi: *"Yurt dışına yapılacak bir tebligat var olan devletlerarası sözleşmeler uyarınca yapılmalıdır. Eğer belgeler devletler hukuku sözleşmeleri uyarınca doğrudan posta yolu ile gönderilebiliyorsa, iadeli taahhütlü mektup ile tebliğ edilmeli, aksi takdirde tebligat yargılama yapan mahkemenin başkanınca yabancı ülkenin resmi kurumları aracılığı ile yapılmalıdır."*

<sup>76</sup> Häublein, Martin, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 183, s. 1216, Rn. 1; Tombrink, Christian, Prütting, Hanns ve Gehrlein, Markus ZPO Kommentar, 7. Auflage, München, Luchterhand, 2015., s. 695; Geimer, Reinhold, Zöller Zivilprozessordnung, 31. Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2016, s. 725.

<sup>77</sup> 1622 Sayılı ve 28.05.1929 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti Arasında Hukuki ve Ticari Mevaddı Adliyyeye Mukavelename, RG T. 04.06.1930, RG. S. 1511, <http://www.uhdigmad.adalet.gov.tr/sozlesmeler/b%C3%BCrolardan%20gelen%20s%C3%B6zle%C5%9Fmeler/D%C3%BCzenlenen%20s%C3%B6zle%C5%9Fmeler/Hukuk/Almanya%20hukuki%20ticari%20.pdf> (05.06.2016)

<sup>78</sup> 7/4383 sayılı ve 15 Kasım 1965 Tarihli Hukukî ve Ticari Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi, RG S. 14218, T. 17.06.1072, Onay Kanunu S. 1483, [http://www.uhdigmad.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli/soz/lahey/turkce\\_lah14.pdf](http://www.uhdigmad.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli/soz/lahey/turkce_lah14.pdf) (05.06.2016)

<sup>79</sup> Avrupa Birliği üye devletleri için 31.05.2001 tarihinde yürürlüğe giren "Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Evrakın Tebliğine İlişkin Tebligat Tüzüğü" geçerlidir. Bk. Kaplan, Yavuz, Avrupa Tebligat Hukukunda Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku, s. 200, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, 2003; Sharma, Daniel H., Zustellungen im Europäischen Binnenmarkt, Berlin, Duncker&Humboldt, 2001; Pekantez, Hakan, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler, İzmir Barosu Dergisi, S. 4, 2000, s. 55.

rinca Alman mahkemelerince taraflardan birinin Türkiye’de olması durumunda tebligatın "Lahey Sözleşmesi" ve "1929 tarihli Anlaşma" düzenlemelerine uygun şekilde yapılması gereklidir. Her iki sözleşmenin uluslararası tebligata ilişkin düzenlemeleri uyum içinde olup, tebligatlar diğer devletin merkezi makamı<sup>80</sup> aracılığı ile yapılacaktır. Her ne kadar "Lahey Sözleşmesi" mad. 10 düzenlemesi uyarınca itiraz etmeyen taraf devletler için posta yolu ile yapılacak tebligat geçerli olacaksa da, hem Almanya hem de Türkiye Lahey Sözleşmesinin posta yolu ile yapılacak tebligatlara ilişkin 10. maddesine çekince koyduğundan (itiraz ettiğinden) her iki ülke açısından da posta yolu ile tebligat yapılması mümkün değildir. Alman mahkemesi, yargılama yürüttüğü bir davada dava dilekçesini Türkiye’de bulunan davalıya Alman Usul Kanunu mad. 183/I uyarınca "1929 tarihli Sözleşme" ve "Lahey Sözleşmesi" uyarınca Türk merkezi makamı aracılığı ile tebliğ etmek zorundadır.<sup>81</sup> Uluslararası anlaşmalarda posta yolu ile tebligat kabul ediliyorsa, tebligatın iadeli taahhütlü mektup ile gönderilmesi, eğer posta yolu ile tebligat kabul edilmiyorsa yabancı ülkenin yetkili makamları aracılığı ile yapılması gerekmektedir.<sup>82</sup>

## 2. Alman Usul Kanunu Mad. 184 Uyarınca Yapılacak Uluslararası Tebligat

Alman Usul Kanunu mad. 184<sup>83</sup> ile yargılamanın, usul ekonomisine uygun, hızlı ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi için<sup>84</sup> Alman Usul Kanunu mad. 183 düzen-

<sup>80</sup> Türkiye’nin merkezi makamı, Adalet Bakanlığı bünyesinde görev yapan Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’dür.

<sup>81</sup> Tombrink, Christian, Prütting, Hanns ve Gehrlein, Markus ZPO Kommentar, 7. Auflage, München, Luchterhand, 2015, s. 696.

<sup>82</sup> Alman Usul Kanunu mad. 183/I c. 2.

<sup>83</sup> Alman Usul Kanunu mad. 184: "(1) Das Gericht kann bei der Zustellung nach § 183 anordnen, dass die Partei innerhalb einer angemessenen Frist einen Zustellungsbevollmächtigten benennt, der im Inland wohnt oder dort einen Geschäftsraum hat, falls sie nicht einen Prozessbevollmächtigten bestellt hat. Wird kein Zustellungs-bevollmächtigter benannt, so können spätere Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung dadurch bewirkt werden, dass das Schriftstück unter der Anschrift der Partei zur Post gegeben wird. (2) Das Schriftstück gilt zwei Wochen nach Aufgabe zur Post als zugestellt. Das Gericht kann eine längere Frist bestimmen. In der Anordnung nach Absatz 1 ist auf diese Rechtsfolgen hinzuweisen. Zum Nachweis der Zustellung ist in den Akten zu vermerken, zu welcher Zeit und unter welcher Anschrift das Schriftstück zur Post gegeben wurde." Türkçe tercümesi: "Mahkeme 183. maddeye göre yapılacak bir tebligat ile tarafın uygun bir süre içinde yurt içinde ikamet eden veya bir işyeri bulunan tebligatın yapılabileceği bir temsilciyi bildirmesine karar verebilir. Eğer tebligatın yapılacağı temsilci bildirilmez ise, bundan sonra yapılacak tebligatlar bu temsilci bildirilinceye kadar tarafın adresine gönderilmek üzere postaya verilerek yapılabilir. (2) Belgeler postaya verildikten 2 hafta sonra tebliğ edilmiş sayılır. Mahkeme daha uzun bir süre belirleyebilir. 1. paragraf uyarınca verilecek kararda bu hukuki sonuç belirtilir. Tebligata ilişkin delil olarak dosyaya belgenin hangi anda, hangi adrese gönderildiği işlenir."

<sup>84</sup> Häublein, Martin, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 184, s. 1224, Rn. 1; Wittschier, Johannes, in: Musielak/Voit, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, s. 819, Rn. 1.

lemesinden ayrılan bir düzenleme yapılmış, mahkemece yurt dışında ikamet eden taraflara, yurt içinde (Almanya) ikamet eden veya işyeri bulunan tebligat yapılacak bir temsilci bildirmeleri konusunda talepte bulunabilecekleri düzenlenmiştir.<sup>85</sup> Bu talebe rağmen temsilci bildirmeyen tarafa tebligatların posta yolu ile yapılabilmesi mümkün kılınmıştır.<sup>86</sup> Eğer taraflarca bir temsilci bildirilmez ise bundan sonraki tebligatlar temsilci gösterilinceye kadar posta yolu ile yapılabilecektir.<sup>87</sup> Alman Usul Kanunu mad. 184/II uyarınca postaya verilen bir tebligat iki hafta sonra tebliğ edilmiş sayılır. Yurt dışına bir tebligat yapılamaması veya yurt dışına yapılacak bir tebligatın herhangi bir sonuç getirmeyeceği durumlarda Alman Usul Kanunu mad. 185/III uyarınca ilan tebligat yapılması mümkündür. Kendisine karşı açılan bir davada savunma yapmayan davalının bu davranışının, davacının hakkına ulaşmasını geciktirmesine izin verilmemesi gereklidir. Alman Usul Kanunu mad. 184 düzenlemesi bu anlamda usul ekonomisine hizmet etmekte, davanın mümkün olan en hızlı şekilde görülmesini sağlamak ve yargılamadaki gecikmeden doğabilecek zararların engellenmesini amaçlamaktadır.<sup>88</sup> Bununla birlikte posta yolu ile tebligat yapılabilmesi için taraflar arasında yargılama ilişkisinin başlamış olması (dava dilekçesinin uluslararası sözleşmelere uygun olarak tebliğ edilmiş olması)<sup>89</sup> gereklidir.<sup>90</sup> Posta yolu ile tebligat yapılması aşamasında, tebligatın uzun sürede ulaşması nedeniyle tarafın kendisini savunamaması gibi durumlarda Alman usul hukuku uyarınca davanın yenilenmesi de dahil olmak üzere<sup>91</sup> posta yolu ile tebligat yapılmasının riski olabildiğince ortadan kaldırılmaktadır.

Daha önce de açıklandığı gibi Alman Usul Kanunu mad. 331 uyarınca, yargılamaya katılmayan davalı hakkında gıyabi karar verilebilmektedir. Alman usul

<sup>85</sup> Häublein, Martin, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 184, s. 1227, Rn. 9 vd.;

<sup>86</sup> Stöber, Kurt, Zöller ZPO Zivilprozessordnung, 31. Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2016, s. 740 vd; şartlar için: Baumbach, Adolf ve Lauterbach, Wolfgang, Zivilprozessordnung, 74. Auflage, München, Beck, 2016, s. 896; Tombrink, Christian, Prütting, Hanns ve Gehrlein, Markus ZPO Kommentar, 7. Auflage, München, Luchterhand, 2015, s. 697, bk. Karaaslan, Varol, Internationale Zustellungen nach der EuZVO und ihre Auswirkungen auf die Anerkennung der Entscheidungen, Aachen, Shaker Verlag, 2007; Häublein, Martin, in: Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, § 184, s. 1228, Rn. 11.

<sup>87</sup> Hartman, Peter, Zivilprozessordnung, Beck, München, 2016, s. 896: Düzenlemenin amacı tebligatlar nedeniyle yargılamanın gecikmesinin önlenmesidir. Bu nedenle de usul ekonomisine ilişkindir.

<sup>88</sup> Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, Münchner Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, München, 2013, s. 1224; Alman Federal Mahkemesi Kararı, NJW 1999, s. 1187, 1189.

<sup>89</sup> Davalı taraf artık kendisine karşı bir dava açılmış olduğunu bilmektedir. Bu durumda kendisini savunmaması davalının sorumluluğundadır.

<sup>90</sup> Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, Münchner Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, München, 2013, s. 1224.

<sup>91</sup> Alman Federal Mahkemesi Kararı, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, s. 3284, 3285.

hukukunun yargılama ve ispata ilişkin düzenlemelerinin, tebligat aşamasında da kendisini göstermesi söz konusudur. Usulüne uygun olarak (uluslararası anlaşmalara uygun şekilde) kendisine dava dilekçesi gönderilen ve hakkında dava açıldığı, hangi sürelerde ne şekilde savunma yapabileceği konusunda aydınlatılan davalının, mahkemede kendisini savunmaması durumunda, mahkemece davacı için süre ve ekonomik açıdan yük getirecek bir tebligat işlemi yerine daha basit ve ucuz olan posta yoluyla tebligat ile yetinilmesi söz konusudur. Alman Usul Kanunu mad. 184/I uyarınca davalının kendisini savunmadığı ve mahkemenin talep etmesine rağmen tebligat yapılacak bir temsilci bildirmedeği durumlarda mahkeme tarafından tebligatların posta yolu ile yapılmasına karar verilebilmesi, savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmemektedir. Taraflar arasında dava ilişkisi doğduktan sonra tebligatın (dava dilekçesinin ve tensip zaptının tebliği) posta yolu ile yapılmasına izin verilip usul ekonomisi gözetilerek davacı için haksız sonuçları olan bir durum engellenmeye çalışılmaktadır.

Burada tekrar dikkat edilmesi gereken, Almanya'nın da Lahey Sözleşmesi 10. maddesine (posta ile tebligat) çekince koymuş olmasıdır.<sup>92</sup> Dolayısı ile Alman usul hukuku, Lahey Sözleşmesi mad. 10 ile düzenlenen posta yolu ile tebligat yapılması ile, taraflar arasında dava ilişkisi doğduktan sonra (dava dilekçesi ve tensip zaptı tebliğ edildikten sonra) davalının kendisini savunmaması ve tebliğ için bir temsilci göstermemesi durumunda Alman Usul Kanunu mad. 184 düzenlemesi nedeniyle posta yolu ile tebligat yapılması arasında fark görmektedir. Daha açık bir ifade ile Alman usul hukuku dava dilekçesi ve tensip zaptının davalıya posta yolu ile tebliğ edilmesini kabul etmemekte (Lahey Sözleşmesi mad. 10'a çekince koyarak) ve bunların mutlaka Lahey Sözleşmesi uyarınca merkezi makam aracılığı ile yapılmasını zorunlu tutmaktadır. Alman usul hukukunun kabul ettiği posta yolu ile yapılan tebligat ise, davalının kendisini savunmaması ve tebliğe elverişli bir temsilci göstermemesi durumunda davacının adil olmayan bir yük altına sokulmasını engellemek amacıyla kabul edilmektedir. Bu açıdan söz konusu Alman Usul Kanunu mad. 184 Alman Federal Mahkemesi tarafından savunma hakkı açısından Anayasa'ya uygun bulunmuştur.

### 3. Posta Yolu ile Yapılan Uluslararası Tebligatların Anayasaya Uygunluğu

Hakkında açılan davadan usulüne uygun olarak haberdar edilen, kendisini ne şekilde savunabileceği ve aksine davranışın sonuçları hakkında bilgilendirilen ve Almanya'da tebligat yapılabilecek bir temsilciyi bildirmesi istenen yurt dışında yaşayan bir davalının yargılamaya katılmaması ve bir temsilci bildirmemesi durumunda hakkında Alman Usul Kanunu m. 331 uyarınca giyabi karar verilmesi

<sup>92</sup> Çekince koyan diğer ülkeler için bk.: Baumbach, Adolf ve Lauterbach, Wolfgang, Zivilprozessordnung, 74. Auflage, München, Beck, 2016, s. 890.



ve bu kararın Alman Usul Kanunu mad. 184 uyarınca posta ile gönderilmesi söz konusudur. Bu kararlar, süresi içinde temyiz edilmemesi durumunda kesinleşmektedir ve yabancı ülkede yaşayan davalıya karşı o ülkenin kanunları uyarınca kesin hüküm veya kesin delil olabilmeleri için, tenfiz edilmeleri veya tanınmaları gerekmektedir.

Alman Usul Kanunu mad. 184 düzenlemesi uyarınca posta yolu ile yapılan tebligatın, Lahey Sözleşmesi 10. maddesine (posta yolu ile tebligat) çekince konulması nedeniyle savunma hakkını<sup>93</sup> kısıtladığı ve kararın, tebliğ edilmediği gerekçesiyle kesinleşmediği kabul edilerek tenfiz istemleri Türk mahkemelerince reddedilmektedir. Örnek bir yargılamada Türk mahkemesi, Alman mahkemesince, davalısı Türkiye'de olan bir davada verilen kararın tenfiz istemini, "Gıyapta Karar" verilmiş olması, posta yolu ile tebligat yapılması, HUMK mad. 59 emredici düzenlemesine<sup>94</sup> aykırı olması nedenleri ile reddetmiş<sup>95</sup>, karar temyiz edilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi yaptığı incelemede kamu düzenine ilişkin olarak Alman Usul Kanunu mad. 331 uyarınca gıyabi karar verilmesinin kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı gerekçesiyle kararı bozmuş<sup>96</sup>, karar düzeltme istemine ilişkin verdiği kararda, Alman mahkemesi tarafından verilen kararın kesinleşip kesinleşmediğinin tespit edilebilmesi için kararın davalıya ne şekilde tebliğ edildiğinin araştırılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>97</sup> Yerel mahkeme bozma kararına uymuş, Alman mahkemesi tarafından kararın "Lahey Sözleşmesine" uygun olarak gönderildiğini gösterir bir belgenin sunulmadığı ve bu nedenle kararın

<sup>93</sup> Adil yargılamanın gereği ve savunma hakkının bir parçası olan hukuki dinlenilme hakkı için bk. Pekcanitez, Hakan, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 770; Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, İstanbul, Yetkin 2003.

<sup>94</sup> Mahkemenin bir diğer ret gerekçesi, HUMK mad. 59 uyarınca aleyhlerinde dava açılan kişilerin kendilerini tek başına temsil edebilecekleri gibi bir avukat ile de temsil edebileceğine dair düzenlemeye aykırı davranılarak kamu düzeninin ihlal edilmiş olmasıdır. Mahkeme Alman usul hukuku uyarınca avukat ile temsil zorunluluğunu bu şekilde tartışmaya açmak istese de, bu Alman mahkemelerince verilen kararların tanınması ve tenfiz edilmesinin mümkün olmamasını beraberinde getirecektir. Bu tür bir yorumun kamu düzenine aykırılık için yeterli olmayacağı daha önce de belirtildiği gibi gıyabi karara ilişkin verilen kararlarında Yargıtay tarafından ayrıntıları ile açıklanmıştır. Bu nedenle Yargıtay birçok kararında ilk derece mahkemesinin bu yöndeki değerlendirmesini kabul edilebilir bulmamıştır.

<sup>95</sup> Konya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2009/322, K. 2009/545, T. 22.12.2009; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Konya-3-Asliye-2009-545.pdf> (05.06.2016)

<sup>96</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2010/4155, K. 2012/3586, T. 09.03.2012; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yargitay-11-2012-3586.pdf> (05.06.2016)

<sup>97</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/9538, 2012/11833, T. 04.07.2012; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yargitay-11-2012-11833.pdf> (05.06.2016)

kesinleşmediği gerekçesi ile tenfiz talebini reddetmiş,<sup>98</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi temyiz incelemesinde ret kararını onamış ve karar düzeltme istemini reddetmiştir.<sup>99</sup>

Anayasa Mahkemesi bu karara karşı yapılan başvuruyu, Lahey Sözleşmesine aykırı olarak yapılan tebligatların yok hükmünde olduğu, bu nedenle Alman mahkemesinin kararının 5718 sayılı MÖHUK mad. 54 c uyarınca kamu düzenine aykırı ve mad. 54 ç uyarınca savunma hakkını kısıtlar nitelikte olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>100</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi benzer davalarda ilk derece mahkemelerince verilen ret kararlarını onayarak yerleşik içtihat oluşturmuştur.<sup>101</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Alman mahkemesince yapılan tebligatın Lahey Sözleşmesine aykırı olması nedeniyle geçerli olmadığını, bu nedenle de kararın davalıya tebliğ edilmemiş sayılacağından kesinleşmeyeceğini belirterek tenfiz talebinin reddi kararlarını onamaktadır. Tenfiz talebinin reddi kararı usule ilişkin olup, kararın usulüne uygun tebliğ edilerek kesinleşmesi durumunda tenfiz edilmesi konusunda bir engel bulunmamaktadır. Hatta Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bir tenfiz davası sürerken dahi kararın kesinleşmesinin mümkün olduğunu belirterek, tenfiz talebine ilişkin dava sürerken Alman mahkemesince tekrar ve usulüne uygun (Lahey Sözleşmesi uyarınca Türk merkezi makamı aracılığı ile) tebliğ edilip kesinleşen bir kararın tenfiz edilmesini kabul etmiştir.<sup>102</sup>

Bu nedenle Türk ve Alman usul hukuku arasında yaşanan kanunlar çatışması nedeniyle Alman usul hukuku uyarınca kesinleşmiş, ancak Türk usul hukuku uyarınca kesinleşmemiş (gri) kararlar ortaya çıkmaktadır. Davacı, yetkili olan Alman mahkemesinde açtığı bir davada verilen ve kesinleşen bir kararı Türk mahkemelerinde tenfiz ettiremediği için hakkına kavuşmamaktadır.

#### 4. Posta Yolu ile Yapılan Uluslararası Tebligatların Federal Alman Anayasasına Uygunluğu

Alacağına kavuşmak için Almanya'da tekrar dava açması durumunda kesinleşmiş bir hüküm olması nedeniyle kesin hüküm itirazı ile, Türkiye'de dava açması

<sup>98</sup> Konya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2012/446, K. 2013/185; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Konya-3-Asliye-2013-185.pdf> (05.06.2016)

<sup>99</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2013/11236, K. 2013/18156, T. 11.10.2013; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yargitay-11-2013-18156.pdf> (05.06.2016)

<sup>100</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 27.01.2015, Başvuru No: 2014/12106, <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/03/Anayasa-Mahkemesi-2014-12106.pdf>

<sup>101</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2011/7027, K. 2012/10066, T. 08.06.2012, <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yargitay-11-2012-10066.pdf>; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2013/13084, K. 2013/23626, T. 30.12.2013; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yargitay-11-2013-23626.pdf> (05.06.2016); vd.

<sup>102</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/4597, K. 2012/6055, T. 13.04.2012; <http://acun.us/wp-content/uploads/2016/02/Yargitay-11-2012-6055.pdf> (05.06.2016)

durumunda ise derdestlik itirazı ile karşılaşacak davacının, alacağına kavuşabilmesi için tek yol Alman mahkemesince verilmiş olan kararın tekrar ve Lahey Sözleşmesi-ne uygun olarak tebliğ edilmesinin ve kesinleşmesinin sağlamasıdır.

Ancak davacının Alman usul hukuku uyarınca kesinleşmiş bir kararın dava-lyaya tekrar tebliğ edilmesini Alman mahkemesinden talep etmesinin mümkün olup olmadığı ve bu durumda yargılamanın ne şekilde devam edeceği, temyiz mahkemesi-nin davalının temyiz talebini kesinleşmiş bir karar bulunduğu gerekçesiyle reddetmesi durumunda kesinleşme tarihinin hangi tarih olacağı belirsizdir. Alman usul hukuku-na göre kesinleşmiş bir kararın Türk mahkemelerince kesinleşmemiş sayılması, çözü-lmesi gereken birçok sorunu da beraberinde getirmektedir.

Uygulamada Türk mahkemelerince kararın usulüne uygun tebliğ edilmediği ve bu nedenle kesinleşmediği gerekçesiyle tenfiz talepleri reddedilen birçok da-vacı, Alman mahkemelerine başvurarak kararın Lahey Sözleşmesine uygun olarak tebliğ edilmesini talep etmişlerdir. Uyuşmazlık sırasıyla Eyalet Mahkemesi (LG-Landgericht), Yüksek Eyalet Mahkemesi (OLG-Oberlandesgericht) ve sonunda Alman Federal Mahkemesinin (BGH-Bundesgerichtshof) önüne gelmiştir. Alman Federal Mahkemesi uyuşmazlıkta<sup>103</sup> yeniden tebligat yapılması istemine ilişkin olarak, yeni bir tebligat yapılacaksa bile davalının posta yolu ile yapılan tebligat nedeniyle bir hakkının zedelenmesi durumunda her zaman için yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabileceğini belirterek davalıya yeniden savunma yapması için bir süre verilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>104</sup> Alman Federal Mahkemesi ayrıca yargılamada, tebligatın yapılacağı bir temsilci göstermemiş olan davalının, tebligat ile ilgili bir problem olması durumunda dahi buna kendi davranışı ile sebep olduğunu belirtmiş ve yeniden yargılamanın davada söz konusu olamayacağını açıklamıştır. Davalıya dava dilekçesi tebliğ edilmiş, tensip zaptı ile kendisini ne şekilde savunabileceği bildirilmiş, tebligatın yapılabileceği bir temsilci göstermesi istenmiş ve aksi durumda sonuçların ne olacağı Alman Usul Kanunu mad. 184/ II c. 3 uyarınca açıklanmıştır. Buna rağmen kendini savunmayan davalının savunma hakkının korunmasının da söz konusu olmayacağını açıklamıştır.<sup>105</sup> Hakimin, davacının haklarının da etkin olarak koruna-bilmesi amacıyla davayı hızlı ve masrafsız olarak sonuçlandırmakla yükümlü olduğu-

<sup>103</sup> Yerel mahkemece dava dilekçesinin ve tensip zaptının tebliğ edildiği, kendisini savunması ve tebligat yapılacak bir temsilci bildirmesi için davalıya üç hafta süre verilmesine rağmen savunma yapılmaması üzerine gıyabi karar verilen ve kararın posta yolu ile tebliğ edilerek kesinleştiği bir davada, davacı tarafından tekrar Lahey Sözleşmesine uygun tebligat yapılması talep edilmiş, davalı karara itiraz etmiştir. Yüksek Eyalet Mahkemesi (OLG-Oberlandesgericht) davalının temyiz talebini reddetmiş, davalının itirazı üzerine dava, Alman Federal Mahkemesinin önüne gelmiştir.

<sup>104</sup> BGH, E. VI ZR 239/11, T. 03.07.2012, s. 2, (8).

<sup>105</sup> BGH, E. VI ZR 239/11, T. 03.07.2012, s. 2, (14).

nu belirtmiştir.<sup>106</sup> Yurt dışında yaşayan davalı, kendisini savunmaması ve tebligat için bir temsilci göstermemesi durumunda doğacak sonuçlar konusunda bilgilendirildiği için, her istediği an bu duruma müdahale etmek ve engel olma hakkına ve imkanına sahiptir.<sup>107</sup> Bu nedenle yurt dışında yaşayan bir davalıya Alman Usul Kanunu mad. 184/I c. 2 uyarınca tebligat yapılması, Alman Anayasası mad. 103/I uyarınca savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmeyeceği gibi yine Alman Anayasası mad. 2/I uyarınca adil yargılanma hakkını da ihlal etmemektedir.<sup>108</sup>

Alman Federal Mahkemesi ayrıca konuyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) mad. 6 düzenlemesi açısından da değerlendirmiş, yurt dışında yaşayan bir davalının, yurt içinde yaşayan bir davalıdan farklı bir koruma ihtiyacı olmadığına dikkat çekmiş, yurt dışındaki bir davalıya yurt içinde bulunan bir davalıdan farklı davranılmasının da söz konusu olmadığını belirtmiştir.<sup>109</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından yurt dışında yaşayan yabancıların kendilerine tebliğ edilen evraklarla ilgili olarak bilgilencmeleri ve gerektiğinde adım atmaları açıkça ifade edildiği için, yurt dışında bulunan davalının savunma hakkını, kendisine verilen imkanlar çerçevesinde üstüne düşen görevi yaparak koruması gereklidir. Kaldı ki adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemeler, sözleşme tarafı devletlerin iç hukukunda düzenleneceği için, devletlerinin bu düzenlemeler konusunda bir karar serbestisi bulunmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi açısından Alman Usul Kanunu mad. 184/I uyarınca tebligatın posta yolu ile yapılması da Lahey Sözleşmesine aykırı değildir. Posta yolu ile yapılan tebligat yurt dışı tebligatı olmayıp, daha önceki içtihatlarda kabul edildiği gibi<sup>110</sup> yurt içi tebligatın diğer bir formudur.<sup>111</sup> Lahey Sözleşmesi yurt dışına yapılacak tebligatları düzenlemekte, ancak iç hukuka ilişkin tebligatların ne şekilde yapılacağına dair bir düzenlemeye yer vermemektedir.<sup>112</sup> Bu nedenle Alman Usul Kanunu mad. 184 düzenlemesinin sırf bu nedenle dahi yurt dışı tebligatlarını düzenleyen Lahey Sözleşmesine aykırı olması mümkün değildir.<sup>113</sup>

<sup>106</sup> Alman Usul Kanunu mad. 139 ile düzenlenen "Prozessförderungspflicht" uyarınca hakim HMK mad. 30'da olduğu gibi yargılamayı makul sürede ve az giderle sonuçlandırmak zorundadır.

<sup>107</sup> BGH, E. VI ZR 239/11, T. 03.07.2012, s. 2, (17).

<sup>108</sup> BGH, E. VI ZR 239/11, T. 03.07.2012, s. 2, (16).

<sup>109</sup> BGH, E. VI ZR 239/11, T. 03.07.2012, s. 2, (18).

<sup>110</sup> BGH, E. VI ZR 243/97, T. 10.11.1998, s. 511; BGH, E. VIII/ ZR 190/10, T. 02.02.2011; OLG Stuttgart, E. 5 U 166/10, T. 26.09.2011.

<sup>111</sup> Almancası: Fingierte Form der Zustellung im Inland.

<sup>112</sup> BGH, E. VI ZR 239/11, T. 03.07.2012, s. 4, (19).

<sup>113</sup> BGH, E. VI ZR 239/11, T. 03.07.2012, s. 3, (19).

Alman Federal Mahkemesine göre yapılan tebligat bu nedenlerle geçerli olup, kesinleşme şerhinin tekrar bir tebligat yapılması nedeniyle kesinleşme tarihini ortadan kaldırması mümkün değildir. Bununla birlikte yeni yapılan tebligat, süreleri yeniden başlatacaktır. Ancak daha önceki tebligatı almadığına ilişkin hiçbir başvuruda bulunmayan davalının, kendisine tebligat yapıldıktan sonra, tebligatı almadığına ilişkin beyanına da güven duyulması söz konusu değildir.<sup>114</sup> Kendisine tanınan süre içinde Alman Usul Kanunu mad. 236/II uyarınca yeniden yargılanmaya ilişkin gereksinimini açıklamayan davalıya Alman Usul Kanunu mad. 233 uyarınca yeniden yargılama hakkı tanınması da gerekmemektedir.<sup>115</sup>

Görüleceği gibi Alman Federal Mahkemesi, bir hukuk yargılamasında dava dilekçesi tebliğ edildikten sonra kendini savunmayan yurt dışında bulunan davalıya posta yolu ile yapılacak bir tebligatı Alman Anayasasına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Lahey Sözleşmesine aykırı görmemiştir. Alman Federal Mahkemesi, posta yolu ile tebligat yapılması durumunda her zaman için yeniden yargılama koruması altında bulunan davalının, usulüne uygun olarak açıklama yapmaması durumunda yeniden yargılanma hakkından yararlanamayacağına ve bu durumda kararın kesinleşme tarihinin, kararın ilk kez kesinleştiği tarih olduğuna karar vermiştir.

##### 5. Alman ve Türk Kanunları Arasındaki Çatışmanın Usul Hukuku İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi

Türk mahkemeleri, posta yolu ile yapılan tebligatı Türk Anayasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Lahey Sözleşmesine aykırı bulurken, Alman mahkemeleri posta yolu ile tebligatı Alman Anayasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Lahey Sözleşmesine uygun bulmaktadır. Türk ve Alman hukuku arasında uluslararası tebligat, savunma hakkı ve kamu düzeni açısından çatışma yaşanmaktadır. Alman ve Türk kanunları arasında yaşanan bu çatışma davacı açısından bir hak kaybına sebep olmaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tebligatın Lahey Sözleşmesine aykırı olarak yapıldığı gerekçesiyle davalının savunma hakkının kısıtlandığı yönünde görüşünü açıklarken, Almanya'nın da Türkiye gibi Lahey Sözleşmesinin 10. maddesine çekince koyduğunu gözden kaçırmakta, davalıya dava dilekçesinin ve tensip zaptının tebliğ edilerek davalıya savunma yapmasının istendiğini ve aksi davranışın sonuçları konusunda bilgilendirildiğini dikkate almamaktadır. Davacının davalının yargılamaya usulüne

<sup>114</sup> BGH, E. VI ZR 239/11, T. 03.07.2012, s. 6, (36).

<sup>115</sup> BGH, E. VI ZR 239/11, T. 03.07.2012, s. 6, (37); aynı yöndeki karar için bk. BGH, XII YB 334/10, T. 08.12.2010.

uygun davet edilmiş olmasına rağmen kendini savunmadığını ispat etmesi<sup>116</sup> dahi Lahey Sözleşmesinde çekince konulmuş olduğu gerekçesiyle dikkate alınmamaktadır.

Oysaki, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Alman mahkemelerince verilen gıyabi kararların tenfizine ilişkin verdiği kararların gerekçesinde; yabancı mahkemenin uyguladığı usulün Türk usul hukukundan farklı olmasının, Türk kamu düzenine aykırılık için tek başına yeterli sebep olamayacağını açıklayarak Türk Hukuku ile benzer ilkelerin egemen olduğu bir hukuk düzeninde (Alman Hukuku) kendisine tanınan savunma haklarını kullanmayıp tenfizi istenen kararın verilmesine ve kesinleşmesine sebep olan davalının savunma hakkının kısıtlanmadığını açıkça belirtmiştir.<sup>117</sup>

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, Alman usul hukukunun tebligata yönelik düzenlemelerinin Türk usul hukukundan farklı olması nedeniyle kamu düzenine aykırı olduğuna kanaat getirmesi söz konusudur. Kendisine karşı açılan bir davada savunma yapmayarak yokluğunda yapılan yargılamada (gıyabi) karar verilmesine sebep olan davalının savunma hakkının kısıtlanmasının söz konusu olmadığına kanaat getirilirken, hakkında açılmış olan bir davadan haberdar olmasına rağmen savunma yapmayan ve mahkemenin bundan sonraki yapılacak tebligatlar için Almanya'da ikamet eden veya çalışan bir temsilci gösterilmesine ilişkin ara kararını yerine getirmeyen davalıya kararın posta yolu ile gönderilmesi durumunda davalının, savunma hakkının kısıtlandığının kabul edilmesi çelişkilidir. Lahey Sözleşmesinin posta yolu ile tebligat yapılmasına ilişkin 10. maddesi sadece Türkiye değil, Almanya tarafından da çekince konulmuş bir maddedir. Posta yolu ile tebligat yapılmasına ilişkin yasağın, taraflar arasında dava ilişkisi oluşuncaya kadar geçerli olduğu, bu aşamadan sonra ise yargılama yürüten mahkemenin, bağlı olduğu usul hukuku uyarınca yargılama yapmasına ve Alman Usul Kanunu mad. 184 uyarınca posta yolu ile tebligat yapmasına engel olmadığı düşünülmektedir. Dava dilekçesi kendisine tebliğ edilmiş ve savunma imkanları kendisine bildirilmiş ve aksi yönde bir davranışın sonuçları hakkında bilgilendirilmiş olan davalının, kendisini savunmaması ve tebligat yapılacak bir temsilci göstermemesi durumunda posta yolu ile yapılan tebligat nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığının kabul edilmesi zorlama bir yorumdur.

Türk usul hukukunda amaçlanan etkin, hızlı ve ucuz bir yargılamanın gerçekleşmesinin önündeki en önemli engellerin başında, uluslararası tebligata ilişkin sorunlar gelmektedir. Kanunkoyucu her ne kadar 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Kanun ile davaların etkin, hızlı ve ucuz şekilde görülmesini amaçlanmışsa da

<sup>116</sup> Sargın, Fügen, A Critical Analysis of the Requirements of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments under Turkish Law, IPRax, 2008, s. 362.

<sup>117</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2009/14580, K. 2011/16701, T. 09.12.2011.

davalının kendisini savunmadığı durumlar için eski kanun düzenlemelerine bağlı kalınması ve uluslararası tebligata ilişkin basitleştirici düzenlemelerin yapılmaması özellikle tarafların yurt dışında olduğu davalarda bu amaca ulaşılmasına engel olmaktadır.

Davalının yurt dışında olması durumunda, HMK m. 129/I uyarınca cevap dilekçesinde, işlemlere esas olmak üzere yurt içinde bir adres göstermesi gereklidir. Adresin gösterilmemesi durumunda davalıya HMK m. 130 uyarınca eksikliğin giderilmesi için bir haftalık süre verilecek ve yine eksikliğin giderilmemesi durumunda cevap dilekçesi verilmemiş sayılacaktır. Ancak HMK m. 129 ve 130 düzenlemeleri ile yargılamayı etkinleştirmek ve hızlandırmak amaçlanmıyışa da, cevap dilekçesindeki eksikliğin giderilmesi için bile yurt dışına fazladan bir tebligatın yapılması gerekmektedir. Türk hukukunda cevap dilekçesi vermeyen davalının, davacının iddialarını reddettiği varsayılacağından, Alman usul hukukunda cevap dilekçesi vermeyen davalı için ispat açısından oluşan riskler, Türk usul hukukunda söz konusu olmayacaktır.

Türk mahkemelerinde görülen bir davada dava ve cevap dilekçelerinin, duruşma tutanaklarının ve nihai kararlar dışında, bilirkişi raporlarının<sup>118</sup>, keşif tutanaklarının, hakimin reddi dilekçesinin<sup>119</sup>, ferî müdahale dilekçesinin<sup>120</sup>, tespit edilecek ön sorunların<sup>121</sup>, hükmün düzeltilmesinin<sup>122</sup>, ıslah talebinin<sup>123</sup>, sözlü yargılamaya geçilmesinin<sup>124</sup>, delillerin inceleneceği duruşmanın<sup>125</sup> vs. taraflara tebliğ edilmesi gereklidir. Uygulamada, uluslararası bir tebligatın yapılmasının en az üç ay sürdüğü kabul edilerek ilgili Yönetmelik<sup>126</sup> mad. 41 ile belirli bir gün içeren tebligat evrakının, tebliği çıkaran merci tarafından belirlenen günden en az üç ay önce ilgili bakanlığa gönderilmesi gerekli tutulmuştur. Bu da bir tarafın yurt dışında olması durumunda duruşmaların en az üç aylık sürelerle yapılmasını beraberinde getirmektedir. Ayrıca tebligat, yapılmasının uzun sürmesi dışında, yargılamada birçok memurun<sup>127</sup> aktif

<sup>118</sup> Türk mahkemelerince hemen hemen her yargılamada gerekli olsun olmasın bilirkişiden görüş alınmasına karar verilmekte, dava dosyası hukukçu bilirkişilere inceletilmek suretiyle karar verilmektedir.

<sup>119</sup> HMK mad. 38/V.

<sup>120</sup> HMK mad. 67/II.

<sup>121</sup> HMK mad. 164/I.

<sup>122</sup> HMK mad. 306/I.

<sup>123</sup> HMK mad. 177/II.

<sup>124</sup> HMK mad. 186/I.

<sup>125</sup> HMK mad. 197/III.

<sup>126</sup> Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, S. 28184, RG T. 25.01.2012.

<sup>127</sup> Mahkeme kaleminin, merkezi makamın (Adalet Bakanlığı Hukuk ve Dış İlişkiler Müdürlüğü), Konsolosluk veya yabancı mahkemenin memurları.

rol almasını da gerektiren karmaşık bir usuldür. Bu nedenle uluslararası tebligat neredeyse her seferinde usul hataları<sup>128</sup> nedeniyle geri dönmekte ve tebligatın tekrar yapılması gerekmektedir. Özellikle yabancı ülke vatandaşlarına yapılacak tebligatlar bu anlamda sıkıntılıdır.<sup>129</sup> Uluslararası tebligat nedeniyle bazı yargılamalar yıllarca sürüncemede kalmakta<sup>130</sup> ve hatta duruşma dahi yapılamamaktadır.<sup>131</sup> Sadece normal davalarda değil, kanunkoyucunun yargılamasının hızlı yapılması amacıyla kurallar getirdiği basit yargılama usulünde<sup>132</sup> de bir fark olmamakta, hızlı karar verilmesine ilişkin tüm düzenlemeler tebligat nedeniyle anlamsız kalmaktadır.

Ayrıca uluslararası tebligatlar usul ekonomisi açısından da problemlidir. Örneğin posta giderleri dışında 2016 yılında Amerika Birleşik Devletleri'ne yapılacak bir tebligat için 95,- Dolar, Avusturalya'ya yapılacak bir tebligat için tebligat yapılacak adrese göre 64 ila 200,- Avustralya Doları, Belçika'ya yapılacak bir tebligat için 120,- Euro, Fransa'ya yapılacak tebligat için 50,- Euro, Kanada'ya yapılacak bir tebligat için 100,- Kanada Doları, Singapur'a yapılacak bir tebligat için 50,- Singapur Doları, Yunanistan'a yapılacak bir tebligat için 50,- Euro yabancı merkezi kuruma ödenmek üzere dava dosyasına yatırılmalıdır.<sup>133</sup> Bu nedenle yurt dışında yaşayan bir davalıya dava açan bir davacının sırf tebligatlar için binlerce TL harcaması gerekmektedir.<sup>134</sup>

<sup>128</sup> Mahkeme kalemlerince doldurulacak formların yanlış doldurulması, çevirilerin eklenmemesi, yabancı devletlerin kabul etmediği konularda tebligatlarda yaptırımlara yer verilmesi (örneğin icra emirlerindeki cezai yaptırımlar) durumunda sorunlar çıkabilmekte, bir evrakın defalarca tebliğ edilmesine çalışılmaktadır.

<sup>129</sup> Türk vatandaşlarına yapılacak tebligat Konsolosluk aracılığı ile yapıldığı için genellikle bir hata olmamakta, buna rağmen yapılacak tebligatın mahkeme tarafından önce Adalet Bakanlığına, oradan da yetkili Konsolosluga gönderilmesi ve tebliğ evraklarının dosyasına aynı yoldan geri dönmesi nedeniyle en az üç ay sürmektedir.

<sup>130</sup> Temyiz ve karar düzeltme aşamaları davanın bir o kadar daha sürüncemede kalmasına sebep olmaktadır.

<sup>131</sup> Günay, Esra, Türkiye'den Yabancı Ülkeye Yapılacak Tebligat ve Esasları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2012, S. 278, s. 11,

<sup>132</sup> HMK mad. 316 ile 322 maddeleri arasında düzenlenen basit yargılama usulünde, davalı HMK mad. 317/II uyarınca iki hafta içinde cevap dilekçesi verilebilecek olup, HMK mad. 318/III uyarınca tarafların replik ve düplik dilekçesi vermesi mümkün değildir. Dava ve cevap dilekçesine HMK mad. 318 uyarınca tüm deliller eklenmeli veya getirilmesi istenen deliller açıklanmalıdır. Yargılama, HMK mad. 320 uyarınca biri ön inceleme olmak üzere en fazla üç duruşmada tamamlanacak (gerekli olması durumunda ancak mahkemece gerekçesi açıklanmak suretiyle uzatılabilir veya fazla duruşma yapılabılır) ve duruşmalar arasında bir aydan fazla süre olmayacaktır.

<sup>133</sup> Yurt Dışı Tebligat ve İstinabe Taleplerinde Uyulması Gereken Usul ve Esaslara Dair Tebliğ, RG S. 29574, RG T. 28.12.2015.

<sup>134</sup> İstinabe vs. için bu masraflar katlanmaktadır. Bkz: Yurt Dışı Tebligat ve İstinabe Taleplerinde Uyulması Gereken Usul ve Esaslara Dair Tebliğ, RG S. 29574, RG T. 28.12.2015.



Davacının bu şekilde bir ekonomik yük altına sokulması, adil yargılanma hakkının ihlaline varabilecek kadar ciddi bir sorundur.

Almanya mahkemelerinde açılan ve davalısı Türkiye’de bulunan bir davada, dava dilekçesi davalıya uluslararası sözleşmeler uyarınca (Lahey ve 1929 Tarihli Sözleşme) tebliğ edilmekte ve davalıya kendisini ne şekilde, hangi süreler içinde savunabileceği, davada savunma yapılmaması durumunda bunun sonuçları (örneğin Gıyabi Karar) ile tebligat usulü<sup>135</sup> açıklanmaktadır. Dava dilekçesi ve tensip zaptını tebliğ alan davalı eğer kendisini sonuçlarını da göze alarak savunmaz ve temsilci bildirmez ise, bundan sonraki yargılama usulünü kabul etmiş varsayılacaktır. Bu, yargılamanın etkin, hızlı ve ucuz olarak yürütülebilmesi için bir gerekliliktir. Aksi uygulama, Türk usul hukukunda günümüzde yaşanan sorunlara yol açmaktadır ve taraflar açısından davacıya ağır bir yük getirmesi nedeniyle adil de değildir.

## V. Sonuç

Alman mahkemelerince davalısı Türkiye’de olan davalara ilişkin olarak Alman Usul Kanunu mad. 330 uyarınca verilen gıyabi kararlar, tenfiz edilmeleri aşamasında Türk mahkemelerinin denetiminden geçmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ayrıntılı ve modern usul hukuku uyarınca doğru şekilde gerekçelendirdiği kararlarında, Alman Usul Kanunu mad. 331 vd. düzenlemeleri uyarınca verilen gıyabi kararların davalının savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmediğine ve Türk kamu düzenine aykırı olmadığını karar vermiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Alman Usul Kanunu mad. 184 uyarınca gıyabi kararın posta yolu ile tebliğ edilmesinin Lahey Sözleşmesine aykırı olduğuna, posta yolu ile tebligat yapılmasının davalının savunma hakkının kısıtlanması anlamına geleceğine ve posta yolu ile tebligat yapılması durumunda kararın kesinleşmesinden söz edilemeyeceğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesince Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin görüşü kabul görmüştür.

Ancak Türkiye’de tekrar dava açtığına derdestlik itirazı<sup>136</sup> ile karşılaşacak olan davacının alacağına kavuşması için tek yol, Alman mahkemesinin kararının tekrar ve Lahey Sözleşmesine uygun olarak tebliğ edilmesini ve kesinleşmesini sağlamaktır. Alman Federal Mahkemesi, önüne gelen bu tür bir davada posta yolu ile tebligatı düzenleyen Alman Usul Kanunu mad. 184 düzenlemesini Alman Anayasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Lahey Sözleşmesi açısından incelemiştir.

<sup>135</sup> Daha önce de belirttiği gibi davalıdan, tensip zaptında, Almanya’da ikamet eden veya çalışan, tebliğin yapılacağı bir temsilci göstermesinin istenmesi ve aksi durumda tebligatın posta yolu ile yapılacağına ihtar edilmesi.

<sup>136</sup> Karar kesinleşmediği için halen derdest bir davanın sürmesi söz konusu olacaktır.

Alman Federal Mahkemesi, kendisine dava dilekçesi ile tensip zaptı tebliğ edilerek davadan haberdar edilen ve Almanya'da tebligat yapılacak bir temsilci göstermesi ve aksi durumun sonuçları hakkında bilgilendirilen davalının, buna rağmen kendisini savunmaması ve temsilci göstermemesi üzerine tebligatların posta yolu ile yapılmasını, davalının savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmeyeceği gerekçesiyle Alman Anayasasına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bulmuştur. Alman Federal Mahkemesi kararında, taraflar arasında dava ilişkisi doğduktan sonra Alman Usul Kanununun uygulanacağını, Alman usul hukuku uyarınca tebligat, yurt dışına gönderilse dahi bunun yurt içine yapılan bir tebligat gibi kabul edileceğini, bu nedenle Lahey Sözleşmesine aykırı davranılmasının söz konusu olmadığını belirtmiştir.

Görüleceği gibi usul kanunlarında benzer ilkeleri kabul eden Türkiye ve Almanya arasında, Alman Usul Kanunu mad. 184 düzenlemesi uyarınca uluslararası tebligatın posta yolu ile yapılması konusunda davalının savunma hakkı ve kamu düzeni açısından çatışma söz konusudur. Günümüzde Alman mahkemeleri önünde, Türkiye'de bulunan bir davalıya karşı dava açan bir davacı, anılan çatışma nedeniyle hakkına kavuşamamaktadır. Bu çatışmanın giderilebilmesi, her iki ülkenin usul hukuku düzenlemelerinin, kabul edilen ilkeler ile korunması gerekli görülen haklar açısından değerlendirilmesine ve buna göre mahkemelerce bir görüş değişikliği yapılmasına veya orta yol bulunmasına bağlıdır. Ancak Alman Federal Mahkemesinin kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Anayasa Mahkemesince kabul gören görüşü gibi yerleşik içtihat halini aldığından, bu pek de mümkün görünmemektedir.

Kanunlar çatışması nedeniyle Alman mahkemelerinde açtığı davayı kazanan bir davacının, hakkına kavuşamaması söz konusudur. Hakkında dava açıldığını bilmesine rağmen kendisini Alman kanunları uyarınca savunmayan davalının hakkı korunmakta, ancak seçimlik hakkını kullanarak Alman mahkemeleri önünde davasını açan davacının adil yargılanma hakkı zedelenmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ve Anayasa Mahkemesinin yabancı hukuka ilişkin usul kurallarını Türk kamu düzenine aykırı görmesi, çözüme ulaşmayı güçleştirdiği gibi, modern hukukun kabul ettiği yargılamanın etkin, hızlı ve adil olarak yürütülmesine ilişkin ilkelere de uygun değildir. Hakkında açılan davadan haberdar edilen, kendisini ne şekilde savunacağı konusunda ve aksine davranışın sonuçları hakkında ihtar edilen davalının yargılamaya katılmayarak zaten kullanmadığı bir hakkın (savunma hakkı) korunması nedeniyle, dava hakkını kullanan davacının hakkına ulaşmasının engellenmesi söz konusudur. Günümüzde, Türk mahkemelerinde süren davalarda uluslararası tebligat söz konusu olduğunda, davaların sürüncemede kaldığı ve hatta duruşma bile yapılamadığı doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.<sup>137</sup> Sadece

<sup>137</sup> Bk. Günay, Esra, Türkiye'den Yabancı Ülkeye Yapılan Tebligat ve Esasları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 11 (Ekim 2012), s. 278, dn. 86 ve 87.

süre yönünden değil, masraf yönünden de uluslararası tebligata ilişkin düzenlemeler davacıya ağır bir yük getirmekte, sırf uluslararası tebligat için binlerce TL harcanması gerekmektedir. Bu nedenle Türk usul hukukunda sadece ülke içine yapılacak tebligat usullerinin basitleştirilmesi ile yetinilmemeli<sup>138</sup>, uluslararası tebligata ilişkin düzenlemeler de davaların makul sürede bitirilmesi (adil yargılanma) ve usul ekonomisi ilkesi ile bağdaşır bir şekilde basitleştirilmelidir. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesinin Alman usul hukukunun yargılamayı usul ekonomisi uyarınca basitleştiren düzenlemelerinin davalının savunma hakkının ihlali olduğuna ve Türk kamu düzeni ile uyumadığına dair görüşlerini değiştirmesi, kanunkoyucu için de yol gösterici ve cesaret verici olacaktır.

### KAYNAKÇA

- Akgün, Taner**, Hukuk İle ilgili Terimler Sözlüğü, 2. Baskı, İstanbul, Alfa, 2004.
- Arat, Tuğrul**, Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1964, Cilt: 21, Sayı: 1-4.
- Aybay, Rona / Dardağan, Esra**, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Baumbach, Adolf ve Lauterbach, Wolfgang**, Zivilprozessordnung, 74. Auflage, Band 1, Münih, Beck, 2016.
- Bülow, Oscar**, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62, 1879, Württembergisches Gerichtsblatt, Band 16, (1879/1880).
- Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır**, Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2010.
- Demir Gökyayla, Cemile**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara, Seçkin, 2001.
- Günay, Esra**, Türkiye'den Yabancı Ülkeye Yapılacak Tebligat ve Esasları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 278, Sayı, 11, Ekim 2012.
- Hadimioğlu, Haluk**, Yabancı Mahkeme İlamlarının Temyizi, Ankara Barosu Dergisi, S. 225, Ankara, 1971.
- İçduygu, Ahmet, Erder, Sema ve Gençkaya, Ömer Faruk**, İçduygu, Ahmet/Erder, Sema/Gençkaya, Ömer Faruk, Türkiye'nin Uluslararası Göç Politikaları, 1923-2023, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
- Kaplan, Yavuz**, Avrupa Tebligat Hukukunda Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 200, S. 3, 2003.
- Karaaslan, Varol**, Internationale Zustellungen nach der EuZVO und ihre Auswirkungen auf die Anerkennung der Entscheidungen, Aachen, Shaker Verlag, 2007.
- Kıyığı, Osman Nazım**, Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü II, München, Verlag C.H. Beck, 1999.

<sup>138</sup> Bunlara 6099 sayılı Kanunla getirilen yenilikler örnek olarak verilebilir, Daha ayrıntılı bilgi için bk. Özbay, İbrahim, 6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, s. 1 – 2, S. 116 vd.

- Krüger, Wolfgang / Rauscher, Thomas**, Münchner Kommentar zur ZPO, S. 1224, 4. Auflage, Münih, Beck, 2013.
- Musielak, Hans Joachim / Voit, Wolfgang**, Musielak / Voit ZPO, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015.
- Nazikioğlu, Işık**, Yabancı Memleket Mahkemelerinden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 3, Ankara, 1950.
- Öğlakçoğlu, Onur**, Medeni Usul Hukukunda Yönünden Elektronik Adli İletişim, "UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi", İzmir, 2008.
- Orfanides, Georgios**, Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozessrecht, Köln, Heymanns Carl, 1982.
- Özbay, İbrahim**, 6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, Sayı: 1 – 2, S. 116 vd.
- Özkes, Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, İstanbul, Yetkin, 2003.
- Pecanitez, Hakan**, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler, İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2000, S. 55 vd.
- Pecanitez, Hakan**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 770 vd.
- Prütting, Hanns**, Münchener Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2014.
- Prütting, Hanns / Gehrlein, Markus**, ZPO Kommentar, 7. Auflage, Münih, Luchterhand, 2015.
- Pukall, Friedrich**, in: Saenger ZPO, 6. Auflage, Baden Baden, Nomos, 2015.
- Reichold, Klaus**, Thomas/Putzo Zivilprozessordnung, 36. Auflage, München, C.H. Beck, 2015.
- Robertz, Margit**, Probleme beim Erlass des Teilurteils, Köln, Universität Köln, 1994.
- Sargin, Fügen**, A Critical Analysis of the Requirements of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments under Turkish Law, IPRax, 2008, s. 359 vd.
- Sharma, Daniel H.**, Zustellungen im Europäischen Binnenmarkt, Berlin, Duncker&Humboldt, 2001.
- Steinhauer, Thomas**, Versäumnisurteile in Europa, Frankfurt, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, Peter Lang, 1996.
- Wieczorek, Bernhard ve Schütze, Rolf A.**, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 3. Auflage, Berlin, De Gruyter Recht, 2007.
- Zöllner, Richard**, Zivilprozessordnung, 31. Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2016.

# Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış



Ar. Gör. Hazal UNGAN ÇALIŞKAN\*

## ÖZET

Sosyoloji, etik, biyoloji ve hukuk gibi bir çok alana temas eden taşıyıcı annelik kurumu daha önce de akademik çalışmalara konu olmuş olmakla birlikte kurumun, bilhassa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin son kararları ve karşılaştırmalı hukuktaki güncel gelişmeler ışığında yeniden ele alınmasında fayda görüyoruz. Öte yandan genel kanının aksine taşıyıcı anneliğin Türk hukukunda aslında teknik olarak yasak olmadığı, ancak uygulamasında engellerle karşılaşıldığı kanaatindeyiz. Her halükarda bir hukuk sisteminin sürdürülebilir olması için bilimsel gelişmelere ayak uydurması ve bireyci bir yaklaşımla teker teker tüm vatandaşlarını memnun edecek noktayı araştırıp bulması gerekmektedir. Bu nedenle genel ahlak ve kamu düzeni gibi muğlak kavramların arkasına sığınarak toplum mühendisliği yapmak yerine, tek bir kişiden dahi talep geldiği anda taşıyıcı annelik yöntemine başvurulmasını kolaylaştıracak düzenlemelerin yapılması gerektiği kanısındayız.

**Anahtar Kelimeler:** *Taşıyıcı annelik, donör, in vitro dölleme, soybağı, annelik, ebeveynlik.*

## ABSTRACT

Surrogacy has already been subject of many academic studies. Its complex structure touching diverse disciplines such as sociology, ethics, biology and law keeps drawing more and more attention everyday. The article aims to elaborate the surrogacy in light of the recent European Court of Human Rights' decisions and give a brief comparative overview. Contrary to the common belief, surrogacy is not banned in Turkey; yet problematic in practice. Nevertheless, legal systems must adapt to scientific developments and seek to satisfy each and every individual. Accordingly, instead of hiding behind ambiguous concepts such as morality and public order, the law must be rendered suitable and welcoming for surrogacy

**Keywords:** *Surrogacy, donor, in vitro fertilization, filiation, surrogate mother, parenthood.*

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

## GİRİŞ

1970'lerin sonunda meyvelerini vermeye başlayan tüp bebek teknolojisi sayesinde doğal yollarla çocuk sahibi olamayan çiftler, embriyonun dışarıda, laboratuvar ortamında (*in vitro*) döllenmekten sonra anne rahimine implante edilmesi yoluyla bebek özlmlerini dindirebilecekti. Ancak elbette insanı konu edinen her teknik gelişme gibi tüp bebek teknolojisi de etik alanında birçok tartışma doğurdu. Dış ortamda döllenmiş embriyonun genetik koduna müdahale etmek mümkün müydü? Genetik hastalığa sahip embriyonun rahime implante edilmeksizin zayı edilmesi söz konusu olabilecek miydi? Henüz ana rahimine yerleşmemiş embriyo bir canlı sayılır mıydı? Öyle ise embriyo, cenine tanınan hukuki korumalardan yararlanabilecek miydi?<sup>1</sup>

Henüz bu sorular çok taze iken yanlarına yenileri eklendi. Tüp bebek teknolojisi, sperm ve yumurta bağışının yaygınlaşması ile artık yalnızca kadın ve erkek üreme hücrelerinin doğal yollarla birleşmemesi hallerinde *in vitro* döllenmeye başvurulması şeklinde değil, taraflardan birinin ve/veya her ikisinin de hiç üreme hücresi bulunmadığı durumlarda veya tek başına çocuk sahibi olunmak istenmesi halinde de bir seçenek olarak kullanılmaya başlandı. Döllenmenin insan vücudunun dışına taşınmasıyla yumurta ve spermi içeren, aklın alabileceği her türlü kombinasyon kadın rahimine aktarılmak suretiyle hayat bulur oldu. Bebek sahibi olmak isteyen annenin doğal yollarla döllenemeyen yumurtasının, baba adayı veya baba adayı dışında üçüncü bir kişinin spermi ile döllenmesi yoluyla oluşan embriyo, anne adayının rahimine implante edildi. Böylece kısırlık teknik olarak ortadan kaldırılmasa bile sonuçları belirli bir ölçüye kadar bertaraf edilmiş olundu. Bu yöntemin kullanılmasında özellikle yumurta ve sperm donörlerinin anonim olduğu olasılıklarda herhangi bir sorun çıkmadı. Ancak bebek sahibi olmak isteyen kadının sadece üreme yetisini değil veya üreme yetisini kaybetmemiş olmakla beraber doğurma yetisini kaybetmiş olduğu hallerde devreye kuvöz işlevi gören taşıyıcı anneler girdi ve doğuran kadının anne olduğu anlamına gelen *mater semper certa est* - anne her zaman bellidir prensibinin su götürmez kesinliği sarsılmaya başladı.

### 1. TAŞIYICI ANNELİK KAVRAMI

Temel olarak iki tip taşıyıcı annelik olup bunlar: i) taşıyıcı annenin aynı zamanda yumurta donörü de olduğu, spermin ise baba veya üçüncü bir erkek tarafından sağlandığı genetik, geleneksel taşıyıcı annelik veya yedek, ikame (*surrogate*) annelik ve ii) taşıyıcı annenin genetik yapısı tamamen başkasına ait bir bebeği dünyaya ge-

<sup>1</sup> Çalışmamızın en başında embriyo ve cenin (*foetus*) arasındaki farkı açıklamakta fayda görüyoruz. Larousse Médical, gebeliğin ilk iki aylık evresindeki insanı embriyo, üçüncü aydan itibaren doğuma kadarki süreçteki varlığı ise cenin olarak tanımlamaktadır. Bkz. Larousse Médical, éd. 2006, <http://www.larousse.fr/archives/medical/page/386#t13170>.

tirmesi halinde söz konusu olan genetik olmayan, gestasyonel taşıyıcı annelik veya ivazlı olup olmamasına bağlı olarak ödünç, kiralık anneliktir.<sup>2</sup> Bebek sahibi olmak isteyen ve bunun için taşıyıcı annelik müessesine başvuran anne-babaya ise literatürde sosyal, akdi, gönüllü anne/baba/ebeveyn denir.<sup>3</sup> Bebek sahibi olmak isteyen anne/babanın üreme hücreleri kullanılarak bir embriyo oluşturuluyor ve bu embriyo yine bir taşıyıcı anneye implante ediliyorsa olsa dahi kanaatimizce bu durumda da anne/baba aynı zamanda genetik fakat yine de gönüllü ebeveyn olacaklardır.

O halde bebek, genetik baba ve annesinin üçüncü kişi donörler olması halinde genetik anne, genetik baba, evlat edinen anne, evlat edinen baba ve taşıyıcı anne olmak üzere beş farklı ebeveyne sahip olabilecektir.<sup>4</sup> İnsanın en güçlü içgüdülerinden üreme içgüdüğü söz konusu olduğunda teknik ve steril terimlerle ebeveynlik sınırlarını çizmek pek de mümkün olmamaktadır.

### 1.1. Taşıyıcı Anneliğin Arka Planı

Taşıyıcı anneliğe en çok kısır çiftlerce başvurulduğu bilinmektedir.<sup>5</sup> Peki kısırlık teknik olarak nedir?

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) cinsel olarak faal bir çiftin, doğum kontrol yöntemi kullanmamasına rağmen bir yıl içerisinde gebeliği sağlayamaması halinde kısırlığın söz konusu olacağını kabul eder.<sup>6</sup> Özel olarak kadında kısırlık ise kendini, hamile kalamama; gebeliği sürdürememe veya canlı bebek dünyaya getirememe şeklinde göstermektedir.<sup>7</sup> Kısırlığın hem erkek hem de kadın kökenli olabilmesi nedeniyle ölçülmesi oldukça zor olup WHO, ülkelerin kısırlık tespitinde uygulamaları için şu formülü geliştirmiştir:

<sup>2</sup> Olga B.A. van den Akker, *Psycho-social aspects of surrogate motherhood*, Human Reproduction Update, Vol.13, No.1, 2007, s. 54.

<sup>3</sup> Metin, Sevtap, *Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik*, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, İstanbul, 2012, s. 8. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/saglikhukuku208.pdf>.

<sup>4</sup> Metin, s. 8.

<sup>5</sup> Taşıyıcı annelik talebi temel olarak eşcinsel çiftlerden, ikincil olarak da kısır anne adaylarından gelmektedir. Bkz. Belaisch-Allart, *Gestation pour autrui: crime contre l'humanité ou traitement de l'infertilité uterine?*, Paris, 2014, s. 96, <http://www.em-consulte.com/en/article/955144>.

<sup>6</sup> World Health Organization, Sexual and Reproductive Health, Infertility Definitions and Terminology, <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/> (26 Ekim 2015).

<sup>7</sup> World Health Organization, Health Topics, Infertility, <http://www.who.int/topics/infertility/en/> (26 Ekim 2015).

Hamile kalma riski taşıyan  
 (hamile olmayan, cinsel olarak aktif,  
 doğum kontrol yöntemi kullanmayan ve emzirmeyen) ve  
 doğurgan yaş aralığındaki (15 - 49 yaş) kadınlardan  
 gebe kalma denemelerinde en az iki senedir başarısızlığa uğrayanlar

x 100

Hamile kalma riski taşıyan  
 (hamile olmayan, cinsel olarak aktif,  
 doğum kontrol yöntemi kullanmayan ve emzirmeyen) ve  
 doğurgan yaş aralığındaki (15 - 49 yaş) kadınlardan  
 en az iki senedir gebe kalmayı deneyenler<sup>8</sup>.

Her ne kadar elimizde net bir sayı olmasa da WHO'nun yayınladığı Dünya Sağlık Raporu'nda 33.4 milyon kadının yanlış kürtaj ve doğum sonrası komplikasyonlardan dolayı kısır kaldığı kabul edilmektedir.<sup>9</sup> Bu sayıya farklı nedenlerle kısır kalmış veya baştan beri kısır olan kadınlar, kısır erkekler, eşcinsel çiftler ve tek başına bebek sahibi olmak isteyen adaylar eklendiğinde, çocuk sahibi olmak istediğinde bunu doğal yollarla başaramayacak milyonlarca insan ortaya çıkmaktadır.

Görüldüğü gibi cinsel olarak aktif olmasına ve doğurgan yaş aralığında bulunmasına rağmen belirli bir sürede doğal yollarla bebek sahibi olamayan çiftler Dünya Sağlık Örgütü'nce kısır addedilmektedir. Böyle bir çiftin tüp bebek yoluyla da bebek sahibi olamaması halinde ise taraflardan biri ya da her ikisinin üreme yetisini tamamen kaybetmiş olduğu varsayılabilir.

Taşıyıcı anneliğe yalnızca başta kısırlık olmak üzere doğal yollarla çocuk sahibi olmanın mümkün olmadığı bekarlık (partnersizlik), eşcinsellik vs. gibi zorunlu hallerde başvurulması gerektiği ileri sürülebilir. Gerçekten de taşıyıcı annelik müessesesine başvurulmasında biyolojik zorunluluğa dair herhangi bir ön şart aranmamasının özellikle gelir düzeyi yüksek kesimlerin bebeklerinin gelir düzeyi daha düşük kesimlerce taşınarak dünyaya getirilmesine yol açacağı iddia edilebilir.<sup>10</sup> Örneğin vücudunun

<sup>8</sup> Monitoring Infertility Prevalance in Women, WHO, <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/burden/en/> (26 Ekim 2015).

<sup>9</sup> WHO World Report on Disability, [http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/infertility\\_DIS\\_table.pdf?ua=1](http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/infertility_DIS_table.pdf?ua=1), (26 Ekim 2015).

<sup>10</sup> Arif, Ali Arif, **Taşıyıcı Anne Veya Kiralanmış Rahim Konusuna İslami Bir Bakış**, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2011 (17), s. 399, [www.islamhukuku.com/.../islam%20hukuku%20dergi-si%2017701.pdf](http://www.islamhukuku.com/.../islam%20hukuku%20dergi-si%2017701.pdf).



deforme olmasını, hamilelik ve doğumun getirdiği fiziki sıkıntıları çekmek istemeyen veya doğurgan olmakla birlikte yalnızca yaş itibarıyla gebeliği normalden daha riskli geçebilecek anne adayları ihtiyari olarak bu yöntemle başvurabileceklerdir.

## 1.2. İlk Taşıyıcı Anne

İlk tüp bebek Louise Brown, 25 Temmuz 1978 tarihinde, İngiltere'deki Oldham General Hospital'da dünyaya geldiğinde, muhafazakar kesimlerce “test tüpü be-beği” ve hatta “*Franken-baby*” olarak hicvedilmişti.<sup>11</sup>

Tüp bebek karşıtlarının doğal anne ve babalık süreçlerinin manipüle edildiğine dair itirazları henüz sükun bulmadan 1984 yılında Amerikan vatandaşı Mary Beth Whitehead, bebek sahibi olamayan William-Elizabeth Stern çifti ile hem rahim hem de yumurta sağlayacağı hususunda 10.000 Dolar karşılığında anlaştı. Korkulan oldu ve Whitehead, William Stern'in spermile meydana gelen çocuğu, doğurduktan sonra aileye teslim etmedi; böylece yeni bir biyoetik sorun ortaya çıktı.<sup>12</sup> *Baby M* davası olarak bilinen bu davada New Jersey yerel mahkemesi taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerliliğine ve bebeğin Stern çiftine iadesine hükmetti.<sup>13</sup> Ancak New Jersey Yüksek Mahkemesi, yerel mahkemenin kararını bozarak taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçersizliğine ve taşıyıcı anne Mary Beth Whitehead'in ebeveynlik haklarının iadesi yönünde karar verdi. Buna rağmen yine aynı Yüksek Mahkeme, bebeğin menfaati için velayetinin Stern çiftinde kalmasının en doğrusu olacağına hükmetti.<sup>14</sup>

İlk taşıyıcı anne Whitehead olmamakla birlikte, taşıyıcı annelik ilk defa onun vasıtasıyla hukuki bir uyumsuzlığa konu olmuştur. *Baby M* davasından sonra taşıyıcı annenin de bebek üzerinde bazı haklara sahip olması gerektiği tartışılmaya ve taşıyıcı anneye, çocuğa karşı ebeveyn olmaktan ileri gelen yükümlülüklerini yerine getirmesi koşuluyla ziyaret hakkı tanınmaya başlanmıştır.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Ward, Victoria, **Louise Brown, the first IVF baby, reveals family was bombarded with hate mail**, The Telegraph, 24 Temmuz 2015, <http://www.telegraph.co.uk/news/health/11760004/Louise-Brown-the-first-IVF-baby-reveals-family-was-bombarded-with-hate-mail.html>, (27 Ekim 2015). <http://www.telegraph.co.uk/news/health/11760004/Louise-Brown-the-first-IVF-baby-reveals-family-was-bombarded-with-hate-mail.html> (26 Ekim 2015).

<sup>12</sup> Biyoetik için bkz. Oğuztürk, Burcu Kalkan, **Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar**, İstanbul, 2011.

<sup>13</sup> *Baby M*, 537 A.2 d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988); nakleden Allen, Anita, **Privacy, Surrogacy and the Baby M Case**, University of Pennsylvania Law School Penn Law: Legal Scholarship Repository, Pennsylvania, 1998, s. 1760, [http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1807&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1807&context=faculty_scholarship).

<sup>14</sup> Anita, s. 1770.

<sup>15</sup> Margalit, Yezekhel, **In defense of surrogacy agreements: A modern contract law perspective**, William and Mary Journal of Women and the Law 20: 423–49; nakleden Walker, Ruth; van

### 1.3. Taşıyıcı Annelik ve Evlatlık İlişkisi

Taşıyıcı annelik, evlatlık müessesesi ile de sıkça karşılaştırılmış olursa da evlatlıkta annenin cinsi münasebeti sonucu ortaya çıkmış, doğmak üzere ya da doğmuş olan çocuk için en iyi çözüm bulunmaya çalışılmaktadır.<sup>16</sup> Oysa ki taşıyıcı annelikte henüz embriyo olarak dahi varlık göstermeyen müstakbel bir bebeğin akıbeti, ortada bir cinsel ilişki olmaksızın tayin edilmektedir. Dolayısıyla taşıyıcı anneliğin yetişkin/ebeveyn odaklı; evlatlığın ise çocuk odaklı kurumlar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>17</sup>

Öte yandan ivazlı taşıyıcı annelikte, taşıyıcı annenin aynı zamanda yumurta donörü olduğu hallerde, bu durum para karşılığı evlatlık vermek, yani satmak üzere çocuk doğurulmasına benzese de aslında taşıyıcı annelikte çocuğun daha dünyaya gelmeden hatta anne karnında (veya dışarıda) oluşmadan önce kendisini sahiplenip, ona bakacak ebeveynler ile ilişkisinin kurulmuş olması, hatta ebeveynlerden birinin veya her ikisinin de üreme hücrelerinden oluşması halinde soybağının da kurulmuş olması nedeniyle ortada kalma ihtimali olmaması açısından bu durum çocuğun ücret mukabili evlatlık verilmesinden farklıdır.

## 2. POZİTİF HUKUKTA TAŞIYICI ANNELİK

### 2.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) Önünde Taşıyıcı Annelik

AİHM’de görülen ve 2014 yılında karara bağlanan Menesson<sup>18</sup> ve Labassee<sup>19</sup> davaları taşıyıcı anneliğin Avrupa yargısı önüne taşıdığı ilk davalardandır.

Davaların temelindeki maddi ve hukuki olgular şunlardır: Fransız hukukunda taşıyıcı annelik ve yumurta/sperm bağışını konu edinen bir anlaşmanın “yok” hükmünde olacağı pozitif bir düzenlemeyle sabit kılınmıştır. Gerçekten de Fransız Medeni Kanunu’nun 16-7. maddesi uyarınca bir başkası için çocuk yapmayı veya doğurmayı konu edinen tüm anlaşmalar yok hükmünde olup söz konusu maddenin

---

Zyl, Liezl, *Surrogacy, Compensation, and Legal Parentage: Against the Adoption Model, Bioethical Inquiry* (2015) 12, Yeni Zelanda, 2015, s. 386, <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11673-015-9646-4>.

<sup>16</sup> Metin, s. 10.

<sup>17</sup> Kopfensteiner, Thomas R., *Ethical aspects of in vitro fertilization and embryo transfer*, *Biomed & Pharmacother* 1998 (52), s. 206.

<sup>18</sup> CEDH, 21.09.2014, Menesson c. France, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179#{"item id":\["001-145179"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179#{), (29 Ekim 2015).

<sup>19</sup> CEDH, 21.09.2014, Labassee c. France, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180#{"item id":\["001-145180"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180#{), (29 Ekim 2015).

kamu düzeni ile ilgili olduğu kabul edilir.<sup>20</sup> Bu nedenle somut olayda eşlerden kadının kısırlığı nedeniyle doğal yollarla çocuk sahibi olamayan Dominique ve Sylvie Menesson çifti Amerika'nın California eyaletinde bir taşıyıcı anne vasıtasıyla 2000 yılında ikiz bebek; benzer şekilde Francis ve Monique Labassee çifti de Monique Labassee'in kısırlığı nedeniyle yine Minnesota eyaletinde taşıyıcı anne yoluyla 2001 yılında bir kız bebek sahibi olmuşlar ancak California ve Minnesota eyaletlerinde söz konusu çiftler ve bebekleri arasında ebeveyn-çocuk bağı tespit edilmiş olmasına rağmen Fransız devleti doğum sertifikalarını taşıyıcı annelik anlaşmasının geçersizliği nedeniyle nüfus siciline kaydetmeyi reddetmiş, Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de Cassation*) de taşıyıcı annelik sözleşmesinin Fransız Medeni Kanunu uyarınca yok (*nulle*) hükmünde olduğuna, bu nedenle nüfus sicil kayıtlarının yapılamayacağına ancak bu eksikliğin California ve Minnesota eyaletlerinde tanınan bağa bir hanel getirmeyeceği gibi çocukların anne ve babalarıyla Fransa'da yaşamalarına da engel olmayacağına hükmetmiştir.<sup>21</sup> Oysa ki bu karar hem çocukların vatandaşlık haklarına hanel getirmekte hem de ebeveynleriyle soybağı (*filiation*) kurmalarına mani olmaktadır.

Bu doğrultuda AİHM, her iki davada da, ebeveynlerden birinin (babanın) biyolojik ebeveyn olması dolayısıyla çocukların Fransız toplumuna karşı hissettikleri aidiyete hanel gelmemesi gerektiğini, biyolojik bağın kişiliğin oluşumunda büyük bir önemi olduğunu, bu nedenle her ne kadar çocuklar fiilen bir hak kaybına uğramamış olsalar da hak durumlarındaki belirsizliğin giderilmemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS") Madde 8'de düzenlendiği şekliyle çocukların özel hayatının ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir.<sup>22</sup>

Mahkeme'nin biyolojik bağa atfettiği öneme katılmıyor ve kararın fazlasıyla tutucu ve milliyetçi öğeler içerdiğini düşünüyoruz. Öyle ki biyolojik babanın Fransız olmaması halinde AİHM farklı bir karar mı verecekti? Örneğin Fransız kanunlarına aykırı şekilde, bir Fransız vatandaşı tarafından yurtdışında evlat edinilen çocuk, kendisini evlat edinip, ona öz anne veya babasından çok daha fazla ana-babalık eden kişinin biyolojik çocuğu ve genetik haritasında Fransız milletine ait özellikler olmadığı için Fransa tahtında soybağının kurulmasından mahrum mu bırakılacaktı? Ancak yine de AİHM'nin, taşıyıcı anneliğin hassas bir konu olması nedeniyle devlete bu alanı düzenlemede her ne kadar oldukça fazla yetki bırakılmış olsa da ebeveynliğin kişisel yönünün öneminin göz ardı edilmemesi gerektiği yönündeki ifadesine de ka-

<sup>20</sup> Code Civil, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, (23 Ekim 2015).

<sup>21</sup> CEDH, Basın Bülteni, 185 (2014), 26.06.2014, [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4804617-5854908#{"itemid":\["003-4804617-5854908"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4804617-5854908#{), (23 Ekim 2015).

<sup>22</sup> CEDH, Basın Bülteni, 185 (2014); Menesson c. France, para. 43.

ılmamak elde değildir.<sup>23</sup> Kaldı ki taşıyıcı anneliğe yönelen ebeveynler dahi herhangi bir yaptırıma tâbi tutulmazken, hukuki sonuçların bu uygulamanın iradesi dışında bir parçası olmuş çocuk üzerinde doğması hiçbir koşulda anlaşılır değildir.

## 2.2. Karşılaştırmalı Hukukta Taşyıcı Annelik

AİHM'nin 2014 yılında yaptığı araştırmada, AİHS'ye taraf otuz beş ülkeden içlerinde Almanya, Avusturya, İspanya, Estonya, Fransa, Finlandiya, İzlanda, İtalya, Moldova, Karadağ, Sirbistan, Slovenya, İsveç, İsviçre ve Türkiye'nin bulunduğu on dördünde taşıyıcı anneliğin açıkça yasaklanmış olduğu; geri kalan ülkelerden Andorra, Bosna-Hersek, Macaristan, İrlanda, Letonya, Litvanya, Malta, Monako, Romanya ve Saint-Martin'de bu konuda herhangi bir düzenleme olmadığı ancak; Arnavutluk, Gürcistan, Yunanistan, Hollanda, İngiltere, Rusya ve Ukrayna'da taşıyıcı anneliğin yasal olmakla beraber ivazsız –yani taşıyıcı annenin hamileliğe bağlı giderler dışında herhangi bir ücret alamayacağı şekilde- olması gerektiği, özellikle Gürcistan, Ukrayna ve Rusya'da ticari bir karaktere büründüğü; son olarak Belçika, Çek Cumhuriyeti, Lüksemburg ve Polonya'da herhangi bir düzenlemeye konu olmamakla birlikte tolere edildiği görülmüştür.<sup>24</sup>

AİHM'nin mahkum ettiği Fransa'ya daha yakından bakacak olursak yukarıda Menesson ve Labassee davalarını anlatırken bahsettiğimiz üzere Fransız hukukunda bir başkası için çocuk yapmayı veya doğurmayı konu edinen tüm anlaşmalar yok hükmündedir. Buna karşılık Fransız Danıştayı (*Conseil d'Etat*) biyoetik kanunlarının değiştirilmesine ilişkin 9 Nisan 2009 tarihli görüşünde taşıyıcı annelik konusunu gündemine almış; taşıyıcı annelik durumunda genellikle biyolojik babanın belli olduğu, çocuğu nüfusuna geçirdiği, genetik anne olmayan annenin de – ki Fransızlar buna *mère d'intention*, niyet annesi der – çocukla, babanın rızasıyla çocuğu evlat edinerek soybağı kurduğu kabul edildiğinde baba ile taşıyıcı anne vasıtasıyla dünyaya gelen çocuk arasındaki bağın tanınmasının, evlilik dışı doğan çocuğun biyolojik babası tarafından tanınmasından zaten farksız olması nedeniyle gereklilik arz ettiğini; ancak niyet annesini tanıyan yabancı doğum sertifikasının nüfus kayıtlarına geçirilmesinin de annenin ölümü halinde, annenin mirasçıları ve çocuk arasındaki bağı sağlayacağı için çocuğun hak kaybına uğramasının önünü alacağını ifade etmiştir.<sup>25</sup>

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise taşıyıcı anneliğe bakış açısı eyaletten eyalete değişmektedir. California, Nevada, Arkansas, Minnesota, Florida, Wisconsin, Illinois, New Hampshire, Virginia eyaletleri taşıyıcı anneliği bazı çekincelerle birlikte

<sup>23</sup> CEDH, Basın Bülteni, 185 (2014); Menesson c. France, para. 90.

<sup>24</sup> Labassee c. France, para. 31.

<sup>25</sup> Labassee c. France, para. 28.

yasal kılınışken Arizona ve Columbia eyaletleri bu müesseseyi açıkça yasaklamakta; New York ve Michigan eyaletleri cezai müeyyideye bağlamakta; Indiana, Kentucky, Louisiana ve Nebraska bu tip sözleşmelerin geçersiz olacağını kabul ederken Kuzey Dakota gestasyonel, Washington ise ticari olmayan taşıyıcı anneliğe cevaz vermektedir.<sup>26</sup>

Diğer ülkelerden Brezilya, Avustralya ve kısmen Kanada'nın<sup>27</sup> ivazsız taşıyıcı annelik modelini benimsediğini; Hindistan, Çin, Yeni Zelanda ve Tayland'da ise taşıyıcı annelik hususunda bir yasal düzenleme olmadığını, ancak taşıyıcı annelik uygulamasına sıkça başvurulduğunu bilindiğini de belirtmeden geçmeyelim.<sup>28</sup>

Öte yandan taşıyıcı annelik müessesesi İslam hukukunda da irdelenmiştir. İslam alimlerinin bir kısmı taşıyıcı anneliğe ilahi iradeye aykırı olduğu, zina sayılacağı, nesebin karışmasına sebebiyet vereceği, kadının kendi uzvunu kiralamaya hakkı olmadığı, tedavi ve uygulama esnasında mahrem yerlerin gözükeceği gibi gerekçelerle karşı çıkmakta bir kısmı ise üremenin bir mecburiyet olması nedeniyle taşıyıcı anneliğin caiz olduğunu savunur.<sup>29</sup> Yine süt annelik ve kiralık rahim arasındaki benzerlik İslam alimlerinin de dikkatini çekmiştir. Keza Kur'an-ı Kerim'de boşolunan anneye bile bebeğini emzirmesi halinde bebeğin babası tarafından süt parası verilmektedir. Taşıyıcı annenin de aynı sütanne gibi bebeğe bedeninden istifade ettirdiğini, bu nedenle taşıyıcı anneliğin sütanneliğe kıyasen caiz sayılması gerektiğini ifade eden alimler vardır.<sup>30</sup> Diğer yandan bazı alimlere göre süt ve taşıyıcı annelik arasında kıyas yapmak doğru değildir; çünkü bu iki müessese arasında amaç ortaklığı yoktur keza süt anneliğin amacı mevcut bir bebeğin beslenmesi, taşıyıcı anneliğinki bir bebek dünyaya getirmektir.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> Margalit, s. 439; Bryant, Joshua J., **A Baby Step: The Status of Surrogacy Law in Wisconsin Following *Rosecky v. Schissel***, Marquette Law Review, 2015 (98)(4), s. 1736, dn. 35-36.

<sup>27</sup> Quebec Medeni Kanunu ise Fransız Medeni Kanunu ile benzer bir tutum benimseyerek, taşıyıcı anneliği konu edinen sözleşmelerin yok hükmünde olacağını açıkça belirtmiştir. Bkz. Code Civil du Quebec, Art. 541, [http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ\\_1991/CCQ1991.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html) (28 Şubat 2016). Daha detaylı bilgi için bkz. Trembaly, Régine, **Surrogates in Quebec: The Good, the Bad, and the Foreigner**, Canadian Journal of Women and the Law, 2015 (94).

<sup>28</sup> Mortazavi, Sarah, **It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy**, 100 Geo. L.J. 2249, 2250 (2012); nakleden Margalit, s. 439.

<sup>29</sup> Detaylı bilgi için bkz. Şimşek, Ayşe, **İslam Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelikte Meşruiyet Tartışmaları**, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 24, 2014, s. 243 vd.

<sup>30</sup> Bkz. Şimşek, S. 250.

<sup>31</sup> Görgülü, Ülfet, **Taşıyıcı Annelik-Fikhi Bir Bakış**, Journal Of Islamic Law Studies, Issue: 15, 2010, s.204, [http://www.islamhukuku.com/Uploads/Sayilar/ihad%2015\\_\(p197-208\)565.PDF](http://www.islamhukuku.com/Uploads/Sayilar/ihad%2015_(p197-208)565.PDF).

Yalnız bu noktada ilginç bir veriyi paylaşmak lazım gelir. Şeriatın etkin olduğu İran'da bu konuda herhangi bir hukuki düzenleme olmamakla birlikte şaşırtıcı bir şekilde taşıyıcı annelik uygulamalarına rastlanmaktadır.<sup>32</sup> Yine muhafazakar sayılabilecek İsrail'de de taşıyıcı annelik serbest olup bu serbesti Yahudi toplumunda üremeye, anneye ve aileye atfedilen önemle açıklanmaktadır.<sup>33</sup>

Öte yandan Katolik hukukunda taşıyıcı anneliğe, daha en başında, rahime implante edilecek embriyonun oluşturulma safhasında *–in vitro–* karşı çıkmış, kullanılan yöntemle, her ne kadar bebek sahibi olmak isteyenler iyi niyetli de olsa mas-türbasyon içerdiği, cinselliğin hayat verici, yaratıcı gücünün soyutlandığı ve özellikle donörlerin devreye girmesiyle evliliğin gerektirdiği münhasırlığın bozulduğu gerekçeleriyle karşı çıkmıştır.<sup>34</sup>

### 2.3. Türk Hukukunda Taşıyıcı Annelik

Türk hukukunda taşıyıcı annelik hususunda bir boşluğun olmadığı, bu müessesenin sarahaten yasaklandığı kabul edilir. Aşağıda daha detaylı şekilde inceleyeceğimiz bu yasağın kapsamından bahsetmeden önce taşıyıcı annelik denince akla ilk gelen hukuki sorunları tanımlamaya çalışalım.

Bilindiği gibi kişilik hakkını oluşturan değerlerden vücut bütünlüğüne ancak kişinin rızasının varlığı halinde dokunulabilir ve bu rıza da kanuna, ahlaka, adab ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır.<sup>35</sup> O halde taşıyıcı annenin vücudunu bu uğurda tahsis etmesi hususundaki rızası hukuk düzenince geçerli sayılacak mıdır? 29.05.1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun uyarınca on sekiz yaşını doldurmuş, mümeyyiz kişi kendi rızasıyla pekala yaşamını tehlikeye atmayacak organ ve dokularını bağışlayabilecektir. Hukuk düzeninin bir başkasının yaşamını kurtarmak için kendi vücut bütünlüğümüzden feragat etmemize olanak sağladığını görüyoruz. Peki bir hayat yaratmak için, üstelik bir organ kaybına da uğramaksızın, kendi vücut bütünlüğümüz üzerindeki tasarruf hakkımız hangi gerekçeyle kısıtlanabilecektir?

Öte yandan yukarıda da belirttiğimiz üzere taşıyıcı annenin ücret alması durumunun rahimini kiraya verdiği; taşıyıcı anneliği herhangi bir ücret almadan yaptı-

<sup>32</sup> Pashmi Monir; Seyed Tabatabaie, *Evaluating the experiences of surrogate and intended mothers in terms of surrogacy in Isfahan*, s: 33-40; nakleden Metin, s. 16. Şii mezhebinin kıyası değil akli bir kaynak olarak almasıyla ilgili bkz. Metin, dn. 15.

<sup>33</sup> Metin, s. 17.

<sup>34</sup> Katolik Kilisesi, *Catechism of the Catholic Church*, Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticano, 1994 nakleden; Kopfensteiner, s. 204.

<sup>35</sup> Helvacı, Serap, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul, 2001, s. 53.

ğında ise ödünç verdiği söylenir. Genetik taşıyıcı anne aynı zamanda, karşılığında bir kazanım elde edip etmemesine bağlı olarak ya yumurtalıklarını satmakta ya da bağışlamaktadır. Peki vücut bütünlüğümüz üzerinde tasarrufta bulunarak bir kazanım elde edebilir miyiz? Bir diğer ifadeyle insan vücudu ivazlı veya ivazsız bir hukuki muameleye konu olabilir mi?

İnsan vücudunun ivazlı bir hukuki muamelenin konusu olduğu en tanıdık durum fuhuştur. Fuhuş yapan kadın kendi rızasıyla, ücret mukabilinde, vücudunu kullanıma açar. Fuhuş yapmak, yaptırmak ahlaken zayıflık olarak addedilse de fiziksel ve sosyal zorunluluklar gereği belirli hukuki düzenlemeler çerçevesinde kabul görmektedir. Fuhuşun, borçlar hukuku anlamında hangi sözleşme veya sözleşmelerden teşekkül ettiği çalışmamızın konusu olmamakla birlikte Bakanlar Kurulu'nun çıkardığı 30.03.1961 tarihli ve 5/984 tarihli Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tâbi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü<sup>36</sup>nde öngörülen belirli şartlar altında yasal olarak icra edilmesinin mümkün olduğunu hatırlatalım.

Bir diğer soru ise embriyo veya cenin üzerinde bir hak iddia etmenin mümkün olup olamayacağıdır. Hukuk doktrininde gerek ceninin gerekse embriyonun “müstakbel kişi” (*personne en devenir*<sup>37</sup>) oldukları, bu nitelikleri itibariyle bir eşya gibi değerlendirilemeyip, borca veya mülkiyete konu olamayacakları görüşü vardır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (“TMK”) 28. maddesine göre de kişilik tam ve sağ olarak doğmakla başlayacak olup yine 427. madde uyarınca ceninin menfaatleri gerektiriyorsa mirasçılık hakkına halel gelmemesi için kayyım atanabilecektir. O halde ceninin hukuken henüz bir kişi sayılmamakla birlikte tam ve sağ doğacağı varsayımıyla, kişilik kazanmadan önceki süreçte hak sahibi olduğu aşikardır. Buna kişiliğin geriye doğru etkili olarak hüküm doğurması denir.<sup>38</sup> Doktrinde cenin statüsünün cinsi münasebet değil anne rahimine düşme anı olduğu kabul edilmekle birlikte embriyonun *in vitro* yani tüp bebek yöntemiyle oluşturulması halinde hukuki korumanın embriyonun oluştuğu ana kadar geri gitmesi gerektiği görüşü de vardır ki bu embriyoyu anne rahimine transfer edilmeden önce herhangi bir eşya olarak görülmekten kurtarmaktadır.<sup>39</sup> O halde taşıyıcı annenin rahimindeki ceninin (ve embriyonun) büyütülmesi için rahimin kiralanması mümkün olsa da ne ceninin ne

<sup>36</sup> 19 Nisan 1961 tarihli ve 10786 sayılı Resmi Gazete.

<sup>37</sup> Le statut de l'embryon et du foetus, Université de Droit Paris 5'in Şubat 2008 tarihli raporu, s. 1, <http://sante-medecine.journaldesfemmes.com/contents/730-statut-de-l-embryon-et-du-foetus-universite-de-droit-paris-5>, (3 Kasım 2015).

<sup>38</sup> Oğuzman Kemal; Seliçi Özer; Oktay Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2005, s.12.

<sup>39</sup> Oğuzman, **Kişiler Hukuku**, s. 13.

de evleviyetle sağ doğan bebeğin herhangi bir alacak hakkı veya aynı hakkın konusunu teşkil etmesi mümkün olmayacaktır.

### 2.3.1. Soybağına İlişkin Sorunlar

Peki hukuk düzenine göre anne kimdir? Türk hukukunda annenin doğuran kadın olduğu *mater semper certa est*<sup>40</sup> (anne her zaman bellidir) prensibi kabul edilmiştir. Keza TMK 282/1'de çocuk ile anne arasında soybağının doğumla kurulacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrasında soybağının ayrıca evlat edinmeyle de kurulabileceği; ikinci fıkrada ise yalnızca baba ile kurulacak soybağına mahsus olmak üzere tanıma, hakim hükmü veya anne ile evlilik yollarına başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla taşıyıcı anneliğe başvuran gönüllü anne birinci fıkra yerine üçüncü fıkra uyarınca bebek ile soybağı kurabilecektir. Keza bir kişinin kendisini doğuran kişi dışında bir başkası ile arasında soybağı kurulmasında hukuken bir engel yoktur. Ancak bilindiği gibi küçüğün evlat edinilme prosedürü hukukumuzda epey zahmetli olup –örneğin evlat edinmek isteyen kişinin küçüğe bir yıl süreyle bakmış ve onu eğitmiş olması gerekmektedir– birçok durumda ayrıca ebeveynlerin rızasına tâbidir.

Baba ise TMK 285'e göre temel olarak annenin kocası; boşanma söz konusu ise de evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun -anne bu esnada bir başkası ile evlenmediyse- babasıdır. Buna hukukumuzda babalık karinesi denir. Öte yandan baba ile çocuk arasında soybağı, TMK hükümlerine göre tanıma veya mahkeme kararıyla da kurulabilmektedir. Dolayısıyla gönüllü babanın aynı zamanda biyolojik baba olması halinde baba ile çocuk arasındaki soybağı tanıma veya mahkeme kararı ile de kurulabilecektir. Ancak sperm donörü olmayan, bebek ile genetik bağı bulunmayan gönüllü babanın durumu da aynı gönüllü anneninki gibi muğlaktır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında taşıyıcı annenin aynı *Baby M* vakasında olduğu gibi bebeği doğumdan sonra evlat edinmek isteyen aileye teslim etmekten kaçınması halinde gönüllü annenin evlat edinme yoluyla bebek ile soybağı kurabilmesi oldukça zorlaşacaktır. Bu noktada bebeğin taşıyıcı annenin elinden alınması için kötü muamele görüyor olması ve bu nedenle çocuk hukuku prensiplerinin işlenmesini beklemek gerekecektir. Kaldı ki buna rağmen bebeğin gönüllü anneye evlatlık verileceği kesin değildir. Ayrıca gönüllü annenin aynı zamanda genetik anne olması ve taşıyıcı annenin bebeği buna rağmen teslim etmemesi halinde ise ortaya daha da büyük bir trajedi çıkacaktır. Öte yandan böyle bir durumda genetik ve gönüllü annenin,

<sup>40</sup> *Mater semper certa est*, Roma hukukundan gelen bir prensiptir. Romalılar annenin her zaman belli olduğunu, babanın yani kadını hamile bırakanın kimliğinin ise her zaman bilinmeyeceğini; hatta annenin toprak, babanın ise toprağı süren saban veya tohum ekerek geçen birinden farksız olduğunu belirtmişlerdir. Daha detaylı bilgi için bkz. İpek, Nurcan, **Roma Hukukunda Hısımlık**, MÜHF-HAD, C. 21, S. 1, İstanbul, 2015, s. 194.



hukumumuzda annelik davasına en yakın sonuçları verecek dava olan nüfusun tashihi davasını 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca açabileceği iddia edilebilir. Buna mukabil, taşıyıcı annelik yapmayı kabul eden kadının TMK 311 uyarınca bebeğe karşı özen yükümünü yerine getirmediği hatta getirmeme niyetini önceden açıkça ortaya koyduğu gerekçesiyle rızasının aranmayacağı da pekala iddia edilebilir.

Doktrinde ayrıca taşıyıcı annenin, sözleşmenin batıl olduğunu ileri sürerek çocuğu, evlat edinmek isteyen anne-babaya vermekten kaçınması halinde taşıyıcı anneye karşı herhangi bir yaptırım uygulamanın mümkün olmayacağı; ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca taşıyıcı anneye ödenen ücretin iadesi talep edilebileceğini savunan yazarlar vardır.<sup>41</sup> Bu noktada gönüllü babanın aynı zamanda sperm donörü olması halinde TMK Madde 282/2 uyarınca taşıyıcı anne bebeği teslim etmekte dirense bile baba ile bebek arasında soybağı tanıma yoluyla kurulmasının engellenmeyeceği hatırlatılmalıdır.

Öte yandan gönüllü ebeveynlerin bebeği teslim almaktan vazgeçmesi halinde taşıyıcı annenin elinde hangi imkanların bulunduğu tartışmalıdır. Kanaatimizce böyle bir durumda eğer taşıyıcı anne aynı zamanda genetik anne ise bebek ile taşıyıcı anne arasındaki soybağı sabit kalacak; gönüllü anne aynı zamanda genetik anne ise de taşıyıcı anne nüfusun tashihi talebi edebilecektir. Öte yandan gönüllü babanın aynı zamanda sperm donörü de olması halinde babalık davası açacaktır. Ancak sperm donörünün anonim olması halinde ise bebeğin babası olmayacaktır. Bebeği teslim almaktan kaçınan gönüllü ebeveynlerin işi bir adım ileri götürüp, taşıyıcı anneye sözleşme çerçevesinde yaptığı masrafları taşıyıcı anneden geri isteme talebinde bulunmalarında ise kanaatimizce bu talep hakkın kötüye kullanılması yasağıyla karşılaşacaktır.

Soybağına ilişkin tüm bu karmaşayı gidermek, genetik bağı olmayan gönüllü anneyi evlatlık kurumunun çetrefilli kuralları ile muhatap etmemek, genetik bağ var ise de nüfusun tashihi davası açılmasına lüzum bırakmamak, bebeği de bakmak için doğurmamış taşıyıcı anneye tâbi kılmamak adına kanunen aynı babaya tanındığı gibi anneye de bebeği tanıma imkanı ve “annelik davası” bahşedilmesi gerektiği aşikardır.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Şıpka, Şükran, **Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar**, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_537.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm), (1 Kasım 2015).

<sup>42</sup> Benzer görüşte bkz. Nomer, N. Haluk, **Suni Dölllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 568; Çam, Gülçin, **Taşıyıcı Annelik ve Soybağı İlişkisi**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, s. 168.

### 2.3.2. Gerçek bir yasak?

*Mater semper certa est* prensibinin taşıyıcı anneliğe başvurulmasını engelleyici nitelikte olmadığını ve bir başkasının rahminde taşınan bebek ile evlat edinen anne arasındaki soybağının kurulmasının evlatlık hükümleri çerçevesinde pekala mümkün olacağını gördük. O halde Türk hukukunda var olduğu iddia edilen yasağın<sup>43</sup> kaynağı nedir?

Sağlık Bakanlığı'nın yayınladığı 2014 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliği<sup>44</sup> ("ÜYTE") anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin döllenmeye elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan uygulamaları düzenler. Bu, Sağlık Bakanlığı'nın kabaca tüp bebek uygulaması ile ilgili yaptığı ilk düzenleme değildir. 1987 yılında İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği<sup>45</sup> tüp bebek teknolojisine dair ilk düzenleme olup, 2010 yılında Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği<sup>46</sup>, 2014'te ise ÜYTE yürürlüğe girmiştir.

ÜYTE ve 2010 tarihli mülga yönetmelik temelde benzese de ÜYTE'nin mülga yönetmelikle yasaklanan bazı hususları farklı şekilde düzenlediğini hatta hiç düzenlemediğini söyleyebiliriz. Şöyle ki eski yönetmeliğin 18. maddesinin 5. bendinde *in vitro* döllenme yönteminin yalnızca eşlere ait üreme hücreleri kullanılarak tatbik edileceği, herhangi bir şekilde donör kullanılması veya adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda kullanılması açıkça yasaklanmıştı. Bu yasağın ihlalinin müeyyidesi ise başkasına ait yumurta ve/veya sperm ile gebe kalan kadın, eşi ve/veya donörlere değil, ilgili sağlık merkezine uygulanmaktaydı. Eski yönetmeliğin ilgili maddesinde söz konusu sağlık Merkezinin kapatılacağı ve işlemi yapan sağlık mensuplarının artık üremeye yardımcı sağlık hizmeti sunmalarına izin verilmeyeceği belirtilmişti.

ÜYTE'de ise mezkur ifadeye, yalnızca yönetmelik eklerinden 17 no.lu ek, Müeyyide Formu'nda rastlanır. Hatta Müeyyide Formu yalnızca donör kullanılmasının yasak olduğunu ve bu yönde bir uygulama yapan sağlık mensuplarının ve kurumlarının artık üremeye yardımcı tedavi dalında faaliyet gösteremeyeceğini değil ayrıca adayların bu kişi ve kurumlarca, yurtiçi veya yurtdışında bulunan ve mevzuata aykırı işlemler yapan sağlık kurumlarına yönlendirilmeleri halinde de yönlendirenlere bir

<sup>43</sup> Bkz Şıpka; Metin, s. 43; Bağın, Cem, **Soybağı Hukuku**, İstanbul, 2010, s. 15.

<sup>44</sup> 30.09.2014 tarihli ve 29315 sayılı Resmî Gazete.

<sup>45</sup> 21.08.1987 tarihli ve 19551 sayılı Resmî Gazete.

<sup>46</sup> 06.03.2010 tarihli ve 27513 sayılı Resmî Gazete.

müeyyide tatbik edileceğini açıkça düzenlemiştir. O halde yönetmelikteki bu düzenleme ile yalnızca gebeliğin donör kullanılarak sağlanması değil, böylesi bir işlemi yapan sağlık kurumlarına –yurtdışında, o ülke kanunlarına uygun şekilde kurulmuş ve faaliyet gösteriyor olmaları halinde bile- hastaların yönlendirilmesinin dahi önü alınmaya çalışılmıştır. Halbuki hekimin hastasının sorununu çözmekte tıp biliminin mümkün kıldığı etik olan tüm uygulamaları uygulaması, kendisi bu teknolojiye sahip değil veya herhangi bir nedenle bunları uygulayamıyorsa da hastasını, sorununu çözebilecek gerekli mercilere yönlendirmesi hasta-doktor ilişkisinin doğal bir sonucudur.<sup>47</sup>

Yine mülga yönetmelikteki gibi ÜYTE’de de üreme tedavisinin yalnızca evli çiftlere uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir. Hatta adayların evlilik cüzdanlarını ibraz etmeleri de bir zorunluluktur. Kaldı ki ÜYTE’de kural olan üreme hücrelerinin yok edilmesi olup, hücrelerin saklanması istisnai hallerle sınırlanmıştır. Bu kuralın da evlilik dışı döllemeyi ve donörlüğü engellemeyi hedeflediği açıktır.

Bir an için Türk mahkemelerinin kamu düzeni, ahlak, Türk ananeleri, kişisel değerler ve kişilik hakkı noktalarında tutucu davranmayacağını ve individualist bir yaklaşımla, toplumu oluşturanların menfaatini teker teker, birey bazında arayacağını hayal edelim. Böylesi bir tutum sergileyen mahkemenin, taşıyıcı annelikle ilgili olarak önüne gelen bir uyuşmazlıkta sözleşmenin batıl olduğuna hükmedebilmesinin tek yolu kanuna aykırılık olacaktır. Peki taşıyıcı annelikle ilgili belki de tek pozitif düzenleme diyebileceğimiz yönetmelik ekindeki bu hüküm, sözleşmenin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 27 uyarınca, kanunun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulması için yeterli olacak mıdır?

Oğuzman’a göre sözleşmeler yalnızca geniş anlamıyla borçlar kanunu hükümlerine değil, hukuk düzenindeki herhangi bir emredici hukuk kuralına aykırılık halinde de batıl addedilecektir.<sup>48</sup> Bu noktada cevaplanması gereken soru yönetmeliklerin emredici hukuk kurallarından sayılıp sayılmayacağıdır.

Öte yandan anayasa hukukunun temel esaslarına göre yönetmelikler yürütmenin düzenleyici işlemlerinden olup yalnızca tâli ve uygulayıcı kuralları konu edebilecektir.<sup>49</sup> Temel hak ve özgürlükler ise Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca yalnızca yasa ile, ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlandırılabilir. ÜYTE’nin ise idarenin düzenleyici bir işleminden ibaret olduğu ve düzenleyici işlemlerin tâli ve uygulamaya ilişkin konuların ötesine geçmemesi gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, Sağlık Bakanlığı’nın maksadını ve yetkisini aştığı ortaya çıkmaktadır. İnsanın en temel içgü-

<sup>47</sup> Benzer şekilde Gönenç, Fulya İlçin, **Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukukî Sorunlar**, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Lefkoşa 2014, s. 80.

<sup>48</sup> Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.1, İstanbul 2013, s. 83.

<sup>49</sup> Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2005, s. 14.

dülerinden üreme içgüdüsünün ne şekilde tatmin edileceği, kişisel değerlerden vücut bütünlüğü ve özel hayatla bu denli yakından ilgili bir konuda, donör ve taşıyıcı anne kullanılmasına ilişkin getirilen kısıtlayıcı hükümlerin Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle teknik olarak bir yasaktan söz edilemeyecekse de hukuk güvenliği açısından söz konusu düzenlemelerin Danıştay tarafından iptal edilerek mevzunun sınırlarının yasa ile çizilmesi gerekmektedir. Gerçekten de taşıyıcı anneliğin yasak olduğu yabancı ülke mevzuatlarına baktığımızda, bu yasağın idarenin değil, kanun koyucunun iradesiyle ortaya konduğunu görüyoruz.<sup>50</sup>

Ayrıca bu noktada Türkiye'nin AİHS'ye taraf devlet olduğunu ve Anayasa'nın da usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar ile ulusal kanun hükümleri arasında uyumsuzluk halinde, milletlerarası anlaşma hükümlerinin uygulanacağını ifade eden 90. maddesinin son fıkrasını hatırlamak gerekir. Bu minvalde, AİHM'nin 2015 yılında verdiği ve taşıyıcı annelik vasıtasıyla doğan çocuğun resmi otoritelerce nüfusa kaydedilmemesinin kişisel değer olarak nitelendirilen özel hayatın ihlalini oluşturacağına dair kararları göz önünde bulundurulduğunda ÜYTE artık yalnızca anayasaya değil, milletlerarası anlaşmalara da aykırı hale gelmiş olmaktadır.

Nihayet yasak olarak algılanabilecek bir diğer düzenleme olan ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ("TCK") çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişilere hapis cezası tazyik edilmesini hüküm altına alan 321. maddesinden bahsederek çalışmamızın sonlandıracağız. Bu maddenin birinci fıkrasına göre bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İkinci fıkra ise özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişinin, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını hüküm altına alır.

O halde doğum sertifikasına, doğum yapan taşıyıcı anne yerine gönüllü annenin bebeğin annesi olarak kaydedilmesi haline suçun faili kim olacaktır? Birinci fıkra düzenlenen suçun fail bakımından bir özellik arz etmediği aşikardır. Zira metinde soybağını değiştiren veya gizleyen kişinin niteliğine dair herhangi bir belirleme yapılmamıştır. O halde gerek taşıyıcı annenin gerekse gönüllü annenin ve/veya babanın doğum sertifikasını taşıyıcı annenin yerine taşıması halinde soybağını değiştirme ve gizleme suçu işlemiş olacağı düşünülebilir. Öte yandan ceza hukuku doktrininde yalnızca sağ doğan çocukların nüfusa kaydolması nedeniyle soybağının taşıyıcının söz konusu olabilmesi

<sup>50</sup> Avrupa Birliği üye ülkelerinden Avusturya, Bulgaristan, Finlandiya, Fransa, Almanya, İtalya, Litvanya, Portekiz, İspanya ve İsveç'te taşıyıcı annelik açıkça bir kanun hükmüyle yasaklanmıştır. Bkz. Frati, Paola; Paolo Busardo, Francesco; Montanari Vergallo, Gianluca; Pacchiarotti, Arianna; Fineschi, Vittorio, *Surrogate motherhood: Where Italy is now and where Europe is going. Can the genetic mother be considered the legal mother?*, Journal of Forensic and Legal Medicine 30 (2015), s. 6.

için çocuğun sağ doğmuş olması gerektiği, bu nedenle embriyonun soybağının değiştirilmesi hallerinde suçun işlenmiş sayılmayacağı; yani üremeye yardımcı tedavi esnasında embriyonun karı-koca anne-baba dışında üçüncü şahısların üreme hücreleri kullanılarak oluşturulması durumunda TCK'nın 321. maddesinin uygulama alanı bulamayacağı görüşü vardır.<sup>51</sup>

## SONUÇ

Kanaatimizce doğal yollarla çocuk sahibi olamayan çiftlerin veya bir partneri olmaksızın anne veya baba olmak isteyen kişilerin, taşıyıcı anne vasıtasıyla biyolojik çocuklarını dünyaya getirmeleri, devletin veya herhangi bir üst otoritenin engel olacağı veya teşvik edeceği bir konu olmaktan ziyade doğrudan kişinin vicdani tercihleriyle alakalıdır. Kimileri için ebeveyn olabilmekte genetik aktarım önem arz eder. Kimileri ise anne-babalığı bebekle benimser, paylaştıkça öğrenir. Kişinin yapısına bu denli sıkı sıkıya bağlı bir konuda, yalnızca halihazırda ebeveyni olmayan çocuklara yuva kazandırabilmek için tarafları belki de hiç benimsemeyecekleri çocukları evlat edinmeye zorlamak hem o çocuk hem de potansiyel ebeveynleri için ezadır. Üreme teknolojileri bu denli gelişmiş ve tıbben böylesi bir imkan mevcutken, anne-baba adaylarına bu yola başvurmayı hukuken yasaklamak gerçekçi olmayacak; günümüzde de görüldüğü gibi anne-babayı daha liberal hukuk sistemlerine sahip ülkelere de işlemi gerçekleştirmeye itmekten başka bir şeye yaramayacaktır.

Taşıyıcı anneliğin doğaya aykırı bir yöntem olduğu söylenegelmektedir. Gerçekten de doğada başka bir türdeşinin ve hatta başka bir türün yavrusunu büyüten hayvanlar olsa da kendisinden olmayan yavruyu rahminde büyüterek doğuran bir memeli yoktur. Ancak insanın aklı onu diğer memelilerden ayırır. İnsan dış etmenlerden arı olarak kendisini koşullayabilen tek hayvandır. Kaldı ki doğal hayata uygun yaşamak, doğaya ve doğal döngüye zarar vermemek koşuluyla insanların kendi tekelinde olmalıdır. Nasıl ki bugün artık anneler –her ne kadar son dönemde genel sağlık sigortası sisteminin defoları nedeniyle aksi bir eğilim gözlenirse de– normal doğuma zorlanmıyor ve sezaryeni tıbbi değil kozmetik veya psikolojik nedenlerle tercih edebiliyorlarsa, dış görünümüne veya sağlığına çok düşkün ve hatta evhamlı bir anne adayının da taşıyıcı annelik yoluna başvurması engellenmemelidir. Kim için neyin önemli olacağına hukuk kuralları karar veremez, vermemelidir.

İnsanların zaman içinde bebeklerini başkalarına taşıtmaya iyiden iyiye alışacağı ve taşıyıcı anneliğin belki de bir meslek haline dönüşebileceği de iddia edilebilir. Ancak ne günümüzde ne de eski zamanlarda bebek doğum ve bakımı ile ilgili

<sup>51</sup> Yenerer Çakmut, Özlem, *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, İstanbul, 2008, s. 193.

yapılacak tüm işlerin öz anneye bırakıldığı söylenemez. Nasıl ki süt annelik, bebek bakıcılığı, dadılık gibi meslekler toplumun ihtiyaç ve/veya tercihlerine göre zaman içinde önem kazanmış veya önemini yitirmiş ise taşıyıcı annelik de serbest bırakıldığı takdirde o toplum içindeki yerini kendisi bulacak, belki çok rağbet görecektir, belki de unutulup gidecektir.

Türk hukukunda ise taşıyıcı anneliğin teknik olarak yasaklanmadığını, ancak uygulanması halinde sağlık kuruluşlarına tazyik edilecek idari yaptırımın yanı sıra ebeveynler ve bebek arasında tesis edilecek soybağı hususunda ciddi sorunlara yol açacağını düşünüyoruz.

Bu minvalde taşıyıcı annenin, gönüllü ebeveyn ailenin rızası hilafına bebekle bir ebeveynlik hukuku geliştirmesini sakıncalı bulduğumuz ifade edelim. Böylesi bir durum adeta bebeğin paylaşamadığı, çekişmeli bir ortam yaratacak; bu da çocuğun duygusal gelişiminde onulmaz yaralar açabilecektir. Boşanan çiftler arasında müşterek velayetin meydana getirebileceği sakıncalar birbirini hemen hemen hiç tanımayan, taşıyıcı annelik sözleşmesi kapsamında bir araya gelmiş taraflar arasında her ne kadar taşıyıcı anne teknik olarak veli sayılmayacaksa da evlilikle baş gösterecektir. Ancak gerek gönüllü ebeveynlerin gerekse taşıyıcı annenin mutabık kalması halinde elbette ki taşıyıcı anneye ziyaret hakkı başta olmak üzere bir takım haklar tanınabilecektir.

Yine sıkça karşılaşılan bir diğer itiraz da kadının kendi bebeğini vermesinin hem gayri ahlaki hem de hamilelik esnasında bebekle kurulacak bağ göz önünde bulundurulduğunda uygulanabilir olmaktan uzak olacağıdır. Ahlak son derece subjektif bir kavram olup, bilhassa bizimkisi gibi heterojen toplumlarda kolayca bir grubun diğer gruba kendi yaşam tarzını direktmesi şeklinde kullanılabilir, sosyal bir silaha dönüşebilmektedir. Bu nedenle taşıyıcı anneliğin ahlaka mugayir olduğu gerekçesiyle yasaklanmasına karşıyız. Ancak bazı annelerde hamilelik esnasında taşıdıkları bebek ile aralarında bir bağ kurulduğu ve bu taşıyıcı annelerin doğum sonrası bebeği gönüllü ebeveynlerine teslim etmekten kaçındıkları/kaçınacakları muhakkaktır. Kanaatimizce bu sorunu çözümenin yolu taşıyıcı annenin aynı zamanda yumurta donörü olduğu ve teknik olarak kendi bebeğini doğurduğu genetik taşıyıcı annelik yönteminden vazgeçilip yalnızca gestasyonel, yani taşıyıcı annenin rahminin, kendisine genetik olarak yabancı bir bebek için organik küvözlük işlemi gördüğü taşıyıcı anneliğin benimsenmesi olacaktır. Taşıyıcı annenin buna rağmen bebeği benimseyip vermek istememesi riski ise insan doğası gereği hiçbir zaman tam olarak bertaraf edilemeyecektir. Dolayısıyla taşıyıcı annelik uygulamasının da her sözleşme gibi bir takım riskler taşıdığını, bu riskleri bertaraf etmenin ise sözleşme serbestisi kapsamında gerek taşıyıcı anneyi seçen gönüllü ebeveynler gerekse ebeveynleri seçen taşıyıcı anneye düştüğünü söyleyebiliriz.

Özetle biz, taşıyıcı anneliğin, sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olması nedeniyle kimsenin sözleşmeye taraf olmaya zorlanamayacağı ve taşıyıcı annelik müessesesinin sosyal ve ailesel ilişkiler bazındaki iyileştirici niteliği göz önünde tutulduğunda serbest bırakılması ve gönüllü ebeveyn ile soybağının kurulmasını kolaylaştıracak gerekli hukuki düzenlemelerin taraftarıyız. Bu minvalde toplumun küçük bir kısmından da olsa taşıyıcı anneliğin önündeki engellerin kaldırılmasına dair bir talep geldiğinde gerekli hukuki düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu uygulamadan vicdanen rahatsız olan ve/veya uygulamanın ahlaka mugayir olduğunu düşünenler zaten taşıyıcı annelik yapmaya veya bu yolla bebek sahibi olmaya kalkışmayacaklardır.

## KAYNAKÇA

- Allen, Anita, **Privacy, Surrogacy and the Baby M Case**, University of Pennsylvania Law School Penn Law: Legal Scholarship Repository, Pennsylvania, 1998, [http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1807&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1807&context=faculty_scholarship)
- Arif, Ali Arif, **Taşıyıcı Anne Veya Kiralanmış Rahim Konusuna İslami Bir Bakış**, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2011 (17), [www.islamhukuku.com/.../islam%20hukuku%20dergisi%2017701.pdf](http://www.islamhukuku.com/.../islam%20hukuku%20dergisi%2017701.pdf)
- Baygın, Cem, **Soybağı Hukuku**, İstanbul, 2010
- Belaisch-Allart, **Gestation pour autrui : crime contre l'humanité ou traitement de l'infertilité utérine?**, Paris, 2014, <http://www.em-consulte.com/en/article/955144>
- Bryant, Joshua J., **A Baby Step: The Status of Surrogacy Law in Wisconsin Following Rosecky v. Schissel**, Marquette Law Review, 2015 (98)(4), <http://scholarship.law.marquette.edu/mlr/vol98/iss4/8/>
- Çam, Gülçin, **Taşıyıcı Annelik ve Soybağı İlişkisi**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2
- Frati, Paola; Paolo Busardo, Francesco; Montanari Vergallo, Gianluca; Pacchiarotti, Arianna; Fineschi, Vittorio, **Surrogate motherhood: Where Italy is now and where Europe is going. Can the genetic mother be considered the legal mother?**, Journal of Forensic and Legal Medicine, 30 (2015)
- Gönenç, Fulya İlçin, **Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukukî Sorunlar**, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Lefkoşa 2014
- Görgülü, Ülfet, **Taşıyıcı Annelik-Fıkhi Bir Bakış**, Journal Of İslamic Law Studies, 2010 (15)
- Helvacı, Serap, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul, 2001
- İpek, Nurcan, **Roma Hukukunda Hısımlık**, MÜHF-HAD, C. 21, S. 1, İstanbul, 2015
- Kopfensteiner, Thomas R., **Ethical aspects of in vitro fertilization and embryo transfer**, Biomed & Pharmacother 1998 (52)
- Margalit, Yehezkel, **In defense of surrogacy agreements: A modern contract law perspective**, William and Mary Journal of Women and the Law, Vol.20, Virginia, 2014
- Metin, Sevtap, **Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümüyle Taşıyıcı Annelik**, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, İstanbul, 2012
- Mortazavi, Sarah, **It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy**, 100 Geo. L.J. 2249, 2250 (2012)
- Nomer, N. Haluk, **Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000
- Olga B.A. van den Akker, **Psycho-social aspects of surrogate motherhood**, Human Reproduction Update, Vol.13, No.1, Birmingham, 2006
- Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.1, İstanbul 2013
- Oğuzman Kemal; Seliçi Özer; Oktay Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2005
- Oğuztürk, Burcu Kalkan, **Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar**, İstanbul, 2011
- Pashmi, Monir; Seyed Tabatabaie, **Evaluating the experiences of surrogate and intended mothers in terms of surrogacy in Isfahan**, Iranian Journal of Reproductive Medicine, 2010 (8), Isfahan
- Şıpka, Şükran, **Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar**, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_537.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm), (1 Kasım 2015)



- Şimşek, Ayşe, İslam Hukuku Açısından Taşiyıcı Annelikte Meşruiyet Tartışmaları, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 24, 2014
- Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2005
- Trembaly, Régine, **Surrogates in Quebec: The Good, the Bad, and the Foreigner**, Canadian Journal of Women and the Law, 2015
- Walker, Ruth; van Zyl, Liezl, **Surrogacy, Compensation, and Legal Parentage: Against the Adoption Model**, Bioethical Inquiry (2015) 12, Yeni Zelanda, 2015
- Yenerer Çakmut, Özlem, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, İstanbul, 2008

#### Diğer Kaynaklar

**AİHM Kararları**, [http://hudoc.echr.coe.int/fre#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{)

**Code Civil** <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>,

**Code Civil du Quebec**

[http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ\\_1991/CCQ1991.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html)

**Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Raporları**,

<http://www.who.int/gho/publications/en/>

Katolik Kilisesi, **Catechism of the Catholic Church**, Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticano, 1994

**Kur'an-ı Kerim**, Diyanet İşleri Başkanlığı

**Larousse Médical**, 2006

Rapport sur "**Le statut de l'embryon et du foetus**",

Université de Droit Paris 5, Şubat 2008 <http://sante-medecine.journaldesfemmes.com/contents/730-statut-de-l-embryon-et-du-foetus-universite-de-droit-paris-5>, (3 Kasım 2015)

Ward, Victoria, **Louise Brown, the first IVF baby, reveals family was bombarded with hate mail**, The Telegraph, 24 Temmuz 2015, <http://www.telegraph.co.uk/news/health/11760004/Louise-Brown-the-first-IVF-baby-reveals-family-was-bombarded-with-hate-mail.html>, (27 Ekim 2015)



# Pechstein V. International Skating Union – Court Of Arbitration For Sport At The Target



Mertcan İPEK\*

## ÖZET

Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (Oberlandesgericht München) 15 Ocak 2015 tarihli kararı, Spor Tahkim Mahkemesi'nin (CAS) verdiği kararların güvenilirliği ve tenfiz kabiliyeti konusunda birçok tartışmaya neden oldu ve özellikle CAS'ın kurumsal yapısı tartışmaya açılmış oldu. Alman sürat patencisi Claudia Pechstein ve Uluslararası Buz Pateni Federasyonu (ISU) arasındaki ihtilafta, Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi (Oberlandesgericht München), taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğuna hükmetti ve dolayısıyla, bu tahkim sözleşmesine dayanılarak verilen CAS kararının, Alman mahkemeleri önünde kesin hüküm niteliği taşımadığını karara bağladı. Bu karar, ISU tarafından, Almanya Federal Adalet Mahkemesi (Bundesgerichtshof) nezdinde temyiz edildi ve temyiz talebi henüz karara bağlanmadı. Eğer Federal Mahkeme, Eyalet Mahkemesi tarafından verilen kararı onarsa, bu CAS'ta çok önemli yapısal reformların habercisi olabilir. Bu makale, Eyalet Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar inceledikten sonra; Avrupa Birliği rekabet hukuku yönünden, davanın olası yorumlarına değinmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Spor Tahkim Mahkemesi, Pechstein, kesin hüküm, kurumsal yapı.

## ABSTRACT

A decision of the Oberlandesgericht München (OLG), dated January 15, 2015, created a lot of controversy on the reliability and enforceability of awards rendered by the Court of Arbitration for Sport (CAS), in particular by opening the institutional structure of the CAS up for discussion. In the dispute between the German speed skater Claudia Pechstein and the International Skating Union (ISU), the OLG decided that the arbitration agreement between the parties was null and void and therefore the award of the CAS Panel, which relied its jurisdiction on this

---

\* Candidate for LL.M. in International Business Regulation, Litigation and Arbitration at New York University

arbitration agreement, did not have *res judicata* effect before German courts.<sup>1</sup> This decision was appealed by the ISU to the German Supreme Court (Bundesgerichtshof) and the latter still has not rendered its decision. If the Bundesgerichtshof upholds the decision of the OLG, this could give rise to important structural reforms in the CAS. This article analyzes the findings of the OLG and lays down possible interpretations of the case from the perspective of the European Union competition law.

**Keywords:** *Court of Arbitration for Sport, Pechstein, res judicata, institutional structure.*

### Introduction and Factual Background

Claudia Pechstein is an Olympic gold medalist speed skater who was held liable for an anti-doping violation by the Disciplinary Commission of the ISU. After a decision imposing two-year disqualification, Pechstein initiated appeal arbitration proceedings before the CAS, which dismissed her appeals and upheld the decision of the international sports federation. After the CAS award, Pechstein made two separate applications to the Swiss Federal Supreme Court. The first one was to set aside the award and the second one was for its revocation. However, both applications of the athlete were dismissed.

Following these proceedings, Pechstein filed an action for damages against the ISU before the Landgericht München I (LG). She claimed for her economic losses due to the two-year disqualification and in order to prevent the *res judicata* effect of the CAS award, she alleged that the arbitration agreement was invalid. The LG granted her motion on the invalidity of the arbitration agreement because it was unilaterally imposed by the sports federation but still recognized the *res judicata* effect of the CAS award, since Pechstein had not raised an objection to the CAS Panel's jurisdiction throughout the proceedings.

Pechstein appealed the decision to the OLG, which rendered an interim decision and stated that the arbitration agreement was invalid and the CAS award would not have *res judicata* effect because its recognition would be a violation of the German public policy on the grounds of the "Act Against Restraints of Competition" (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). The decision of the OLG was based on the findings that the ISU abused its dominant position by imposing the arbitration agreement unilaterally and that the neutrality of the CAS was in question due to its

---

<sup>1</sup> Oberlandesgericht München, 15 January 2015, Az. U 1110/14 Kart., available at <https://openjur.de/u/756385.html> (last visited 2 February 2016).

“structural imbalance in favor of the sports federations”<sup>2</sup>. This interim decision was appealed by the ISU to the German Supreme Court (Bundesgerichtshof) and the latter has not yet decided on the case. Despite that, the decision of the OLG caused an earthquake effect in sports law because if it were upheld by the Bundesgerichtshof, this would open the way for the athletes to challenge the enforceability of CAS awards before national courts. Apparently, it will also trigger the questions related to the compatibility of the rules imposed by the monopolist sports governing institutions with European Union (EU) competition law.

### **Res Judicata Effect of the CAS Award in Germany**

Pursuant to Article R28 of the CAS Code, the seat of arbitration of the CAS is Lausanne, Switzerland and therefore the CAS arbitration proceedings will be governed by the Swiss arbitration law. Chapter 12 of the Swiss Federal Statute of Private International Law (PIL) contains provisions on international arbitration and its Article 176 defines the field of this chapter’s application as follows: “The provisions of this chapter shall apply to all arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland and if, at the time of the conclusion of the arbitration agreement, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland.” As both conditions are fulfilled in the given case, there is no controversy on the application of Chapter 12 of the PIL.

Article 191, which is within the same chapter, prescribes that the sole forum to file an action to set aside an arbitral award is the Swiss Federal Supreme Court. However, as Pechstein’s applications to set aside and revoke the award were dismissed by the Swiss Federal Supreme Court, her solution to challenge the CAS award was to initiate new proceedings with a claim for damages against the ISU before German courts. Although the prayer for relief was different from the one before the CAS Panel, it was obvious that the German court’s analysis would mean a *de novo* review of the matter already decided by the CAS.<sup>3</sup>

Despite that, the OLG did not dismiss the case and declared that the CAS award did not have *res judicata* effect on grounds of Article V (2) (a) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The court’s reasoning was that the unilateral imposition of the arbitration agreement by the ISU constituted a violation of the German public policy, i.e. the antitrust

---

<sup>2</sup> Favre-Bulle, X., ‘Pechstein v. Court of Arbitration for Sport: How Can We Break The Ice’, in *New Developments in International Commercial Arbitration 2015*, Geneva/Zurich 2015, p. 315 at 323 (Müller, C. et al. eds.).

<sup>3</sup> *Id.*, p. 327.

law that “bans an undertaking placed in a dominant position from imposing contractual conditions that differ from what they would be in a normal competitive environment”.<sup>4</sup>

### Monopolistic Position of Sports Governing Bodies

The “Act Against Restraints of Competition” prescribes that an undertaking shall be deemed as dominant in a given market, if “it has no competitors or is not exposed to any substantial competition, or has a paramount market position in relation to its competitors”.<sup>5</sup> In its decision, the OLG determined that the ISU has a monopolistic position given the fact that it is the only supplier in the market for ice skating world championships. It is a matter of fact that almost all national and international sports federations have this monopolistic position in order to maintain the uniformity of the rules and the organization of competitions in the given sports area. This dominant position of the sports federations goes thus far that they are deemed to have a *quasi-state* power over their members, which can be compared to the power of a state over its citizens.<sup>6</sup> Within this framework, it is almost impossible for the athletes not to accept the conditions and rules imposed by the sports federations because otherwise they would not be able to take license or attend the competitions organized by these federations.

It is undisputable that the athletes do not freely consent to arbitration agreements but these are imposed upon them by the sports federations and the Olympic committees.<sup>7</sup> The question is whether this unilateral imposition constitutes *per se* an abuse of the dominant position or can be justified by legitimate purposes given the specificity of sports. The prevailing opinion that was also crystallized in the case law is the second one. The rules and arbitration agreements imposed unilaterally by the sports governing bodies are deemed as valid, as long as they have legitimate objectives such as “good progress and operation of the sport competitions”, “equal opportunities for the athletes” and “timeliness of dispute resolutions”.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Duval, A., ‘The Pechstein Ruling of the Oberlandesgericht München – Time for a New Reform of CAS?’, *Asser International Sports Law Blog* (19 January 2015), available at: <http://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-pechstein-ruling-of-the-oberlandesgericht-munchen-time-for-a-new-reform-of-cas> (last visited 2 February 2016).

<sup>5</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 19, para. 2, *English translation available at* [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/englisch\\_gwb.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html) (last visited 2 February 2016).

<sup>6</sup> Rigozzi, A., ‘L’arbitrabilité des Litiges Sportifs’ in *ASA Bulletin*, Vol:21, No:3, p. 501 at 530-531, available at <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn25118> (last visited 2 February 2016).

<sup>7</sup> Pinna, A., ‘Les Vicissitudes du Tribunal Arbitral du Sport’, *Gaz. Pal.*, 19-20 May 2014, p. 38, quoted in *Maisonneuve, M., L’Arbitrage des Litiges Sportifs*, Paris 2011, p. 292, para. 717.

<sup>8</sup> *Id.* p. 313-314.

The OLG also accepted that the imposition of an arbitration agreement referring to the CAS does not constitute *per se* an abuse of the market power, since this is justified by the necessity of a uniform sports jurisdiction instead of the intervention of different state jurisdictions in the disputes between the athletes and the sports federations related to international competitions. The OLG stated that this would prevent that divergent decisions are rendered in similar cases and thus facilitate to maintain equal opportunities for the athletes.

### Structure of CAS, Its Independence and Neutrality

The OLG first underlined that the imposition of the arbitration agreement by the ISU would not constitute *per se* an abuse of its dominant position but then concluded that there is such abuse in the given case, when one takes the structural imbalance of the CAS into account. According to the OLG, the sports governing bodies have a significant influence on the mechanisms of appointing the arbitrators and this influence threatens the independence and neutrality of the CAS.

Article S6 (3) of the CAS Code prescribes that the list of arbitrators be appointed by the International Council of Arbitration for Sport (ICAS). As this is a closed list, it can be said that there is a limited party autonomy concerning the appointment of arbitrators. However, this does not seem to be the biggest problem about the structure of the CAS, as the the Swiss Federal Supreme Court also rightly stated: There is a long list of arbitrators among which each party can choose the most appropriate one according to different criteria such as nationality, language and sport practiced by the athlete.<sup>9</sup>

According to the OLG, the main problem lies with the composition of the ICAS, which is the sole actor in the compilation of the list of CAS arbitrators. According to Article S4 of the CAS Code, the ICAS is composed of 20 members, among which four members are appointed by the international sports federations; four members are appointed by the Association of the National Olympic Committees; four members are appointed by the International Olympic Committee (IOC); four members are appointed by the twelve members of the ICAS listed above, after appropriate consultation with a view to safeguarding the interests of the athletes and the last four members are appointed by the sixteen members of the ICAS listed above. When this composition is analyzed, it can be clearly seen that the members of the ICAS are mostly appointed by the sports governing bodies, whereas the athletes' unions, clubs or other stakeholders of the sport industry do not have any active role

---

<sup>9</sup> Schweizerisches Bundesgericht, 27 May 2003, BGE 129 III 445, para. 3.3.3.2. available at [http://www.polyreg.ch/bgepub/Band\\_129\\_2003/BGE\\_129\\_III\\_445.html](http://www.polyreg.ch/bgepub/Band_129_2003/BGE_129_III_445.html) (last visited 2 February 2016).

in this process. Taking into consideration that the list of arbitrators is compiled by the ICAS, the OLG concluded that this structure would enable the sports governing bodies to have a greater influence on the appointment of arbitrators and this influence would bring the neutrality of the CAS into question, in particular in the disputes between the sports governing bodies and the athletes, which is the case of Pechstein, who was banned by the ISU from competitions for two years.

Having said that, this is not the only reason emphasized by the OLG. According to the court, another important structural deficiency is that Article 54 of the CAS Code stipulates a direct intervention of the President of the Appeals Arbitration Division of the CAS with the appointment of arbitrators in a given dispute. The provision prescribes that the President of the Appeals Division shall appoint the sole arbitrator, if a sole arbitrator is to be appointed and if three arbitrators are to be appointed, the President of the Appeals Division shall appoint the President of the Panel. As the President of the Appeals Division is one of the twenty members of the ICAS, the OLG concluded that the sports federations can have an indirect influence on the President of the Panel.

Subsequently, the OLG found that Pechstein would not have consented to the arbitration agreement referring to the CAS with its current structural imbalance, if the ISU had not the monopolistic position in the market that allowed it to impose such agreement upon the athlete. As a result, the court decided that the ISU abused its dominant position in the market and the arbitration agreement, which was the consequence of this abuse, was construed as invalid on grounds of the German public policy.

### Evaluation According to EU Competition Law

The possible future impacts of this decision on European sports law should be analyzed within the framework of EU competition law, in particular in terms of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which prohibits the abusive conduct by undertakings of a dominant position. As professional sport constitutes an economic activity, it is evaluated under the scope of EU law<sup>10</sup>.

The first encounter of the EU law and sport was the *Walrave* judgment of the European Court of Justice (ECJ)<sup>11</sup>, where the matter of dispute was a competition rule prescribing that the members of a team must be from the same nationality and

<sup>10</sup> Weatherill, S., *European Sports Law: Collected Papers*, The Hague 2014, p. 150.

<sup>11</sup> European Court of Justice, 12 December 1974, C-36/74, available at <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88848&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=483679> (last visited 2 February 2016).



the rule was claimed to be against the prohibition of national discrimination under EU law. The court found no violation by emphasizing that the restriction based on nationality was of “purely sporting interest” and it would not constitute a violation, as long as it remains limited to its proper objective.<sup>12</sup>

Although there were several sports related disputes before the ECJ after *Walrave*, the *Meca-Medina* judgment<sup>13</sup> became the first one that addressed the application of EU competition law to regulatory rules in sport.<sup>14</sup> In the case, the athletes claimed that certain rules adopted by the IOC and implemented by the International Swimming Federation relating to doping control were incompatible with EU rules on competition and freedom to provide services. The court first underlined that “the mere fact that a rule is purely sporting in nature does not exclude the application of the TFEU”<sup>15</sup>; however then found that the anti-doping rules do not constitute a restriction of competition incompatible with the common market, since they were justified by a legitimate objective, which is to ensure healthy rivalry between athletes, and the rules were proportionate with this purpose.<sup>16</sup>

In conclusion, we can say that the ECJ applies a gradual test in order to determine whether there is a violation when applying the EU law to sports related disputes. First of all, it analyzes whether the rule/practice is of a “purely sporting interest”, but an affirmative answer to this question does not suffice to exclude the application of EU law, unless the rule/practice is related to a non-economic activity. If it reflects a “purely sporting interest” and has an economic effect on the market at the same time, the rule/practice will be subject to EU law.<sup>17</sup>

Then the court would ask whether the rule/practice has a legitimate purpose and whether it is limited to and proportionate with this purpose. The test of proportionality requires a transparent, objective and non-discriminatory application of the rule.<sup>18</sup> In the case that the rule in question passes this test as well, it can escape from the finding of a violation in virtue of the specificity of sports.

<sup>12</sup> Pijetlovic, K., *EU Sports Law and Breakway Leagues in Football*, The Hague 2015, p. 102-103.

<sup>13</sup> European Court of Justice, 18 July 2006, C-519/04 P, available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d55f4d7bbf4b1243bdb8dbf8966a3a76b3.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbn4Oc3aKe0?text=&docid=57022&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=478759> (last visited 2 February 2016).

<sup>14</sup> Pijetlovic, K., p. 179.

<sup>15</sup> European Court of Justice, 18 July 2006, C-519/04 P, para. 27.

<sup>16</sup> *Id.* at para. 45.

<sup>17</sup> Parrish, R., *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester/New York 2003, p. 100.

<sup>18</sup> Siekmann, R.C.R., *Introduction to International and European Sports Law: Capita Selecta*, The Hague 2012, p.121.

The decision of the OLG might motivate the athletes, who are unhappy with the CAS awards, to refer similar cases to their respective national courts.<sup>19</sup> In such a scenario, the gradual test conducted by the ECJ would gain more importance. In the *Pechstein* case, the unilateral imposition of the arbitration agreement may be deemed to have legitimate purposes such as timeliness of the resolution of sports related disputes, the uniformity of the jurisdiction in similar cases and the necessity to provide the athletes with equal opportunities. However, it is disputable whether this practice of the sports federations would pass the last threshold, which is the proportionality test, given the fact that the institutional structure of the CAS is at stake for the first time. It is open to discussion whether the indirect influence of the sports governing bodies on the appointment of arbitrators through the ICAS would suffice to conclude that the imposition of the arbitration agreement is not proportionate with the above stated purposes.

If the Bundesgerichtshof is convinced by the finding of the OLG and upholds its decision, this would be the signal flare of a reform in the CAS and ICAS that would allow other stakeholders of the sport industry, such as the athletes and the clubs, to gain a more active role in the compilation of the list of CAS arbitrators.

---

<sup>19</sup> Favre-Bulle, X., p. 348.

## BIBLIOGRAPHY

- Duval, A.**, ‘The Pechstein Ruling of the Oberlandesgericht München – Time for a New Reform of CAS?’, *Asser International Sports Law Blog* (19 January 2015).
- Favre-Bulle, X.**, ‘Pechstein v. Court of Arbitration for Sport: How Can We Break The Ice’, in *New Developments in International Commercial Arbitration 2015*, Geneva/Zurich 2015 (Müller, C. et al. eds.).
- Maisonneuve, M.**, *L’Arbitrage des Litiges Sportifs*, Paris 2011.
- Parrish, R.**, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester/New York 2003.
- Pijetlovic, K.**, *EU Sports Law and Breakaway Leagues in Football*, The Hague 2015
- Rigozzi, A.**, ‘L’arbitrabilité des Litiges Sportifs’ in *ASA Bulletin*, Vol:21, No:3.
- Siekman, R.C.R.**, *Introduction to International and European Sports Law: Capita Selecta*, The Hague 2012.
- Weatherill, S.**, *European Sports Law: Collected Papers*, The Hague 2014.

## CASE LAW

- European Court of Justice, 12 December 1974, C-36/74
- European Court of Justice, 18 July 2006, C-519/04 P
- Oberlandesgericht München, 15 January 2015, Az. U 1110/14 Kart.
- Schweizerisches Bundesgericht, 27 May 2003, BGE 129 III 445.

## INTERNET SOURCES

- <http://curia.europa.eu>.
- <http://ebooks.cambridge.org>.
- <http://link.springer.com>.
- <https://openjur.de>.
- <http://www.asser.nl>.
- <http://www.gesetze-im-internet.de>.
- <http://www.kluwerarbitration.com>.
- <http://www.oapen.org>.
- <http://www.polyreg.ch>.
- <http://www.tas-cas.org>.



# Assignment Of Contractual Rights And Its Impact On Arbitration Agreements



Mertcan İPEK\*

## ÖZET

Sözleşmesel hakların devredilebilirliği, sözleşmenin şahsiliği yönünden uzun süre tartışılmıştır. Modern hukuk sistemlerinde, sözleşmesel hakların serbestçe devredilebileceği geniş ölçüde kabul edilmiştir. Fakat, sözleşmelerdeki devir yasağı maddeleri ve sözleşmesel hakların şahsa bağlı karakteri gibi durumlar, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Sözleşmesel hakların devrine ilişkin en önemli hususlardan biri de, dava açma hakkıyla doğrudan bağlantılı olan ve dolayısıyla devredilen hakkın ayrılmaz bir parçasını teşkil eden tahkim sözleşmelerinin akibetidir. Bu konudaki tartışma, tahkim sözleşmelerinin, sözleşmesel hakların devriyle beraber otomatik olarak devredilip devredilmediği sorusu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Otomatik devir prensibinin taraftarlarının ve karşıtlarının öne sürdüğü görüşler, bu makalede ayrıntılı olarak incelenmektedir.

***Anahtar Kelimeler:** Devir, sözleşmesel hak, şahsilik, tahkim sözleşmesi, otomatik devir.*

## ABSTRACT

The assignability of contractual rights has long been discussed in terms of the privity of contract. In modern legal systems, it is widely accepted that contractual rights can freely be assigned. However, there are also exceptions to this rule, such as non-assignability clauses in the contracts and personal nature of contractual rights. One of the most important issues as regards the assignment of contractual rights is the fate of arbitration agreements, which are directly related to the right to sue and therefore constitute an accessory of the assigned contractual right. The discussion is focused on the question whether arbitration agreements are automatically transferred through the assignment of contractual rights. The arguments raised by the advocates and opponents of the automatic transfer rule are further analyzed in this article.

---

\* Candidate for LL.M. in International Business Regulation, Litigation and Arbitration at New York University

**Keywords:** *Assignment, contractual right, privity, arbitration agreement, automatic transfer.*

### Introduction

Privity is one of the pillars of contract law, which requires that mutual rights and obligations arising under a contract shall only be binding upon the parties to it. In Ancient Roman law and medieval Common Law, a contractual right was construed as highly personal and it could not be separated from the underlying relationship between the creditor and the obligor.<sup>1</sup> In Common Law, the benefit of a contract was not assignable, if such assignment would enable the assignee to sue the obligor in its own name and this rule was based on the principle that “a chose in action is not assignable”, as it refers to intangible personal property.<sup>2</sup> The reason for the non-recognition of assignments was associated with the fear of Common Law judges that “to permit assignments would both undermine the doctrine of privity of contract and encourage unnecessary litigation, maintenance and champerty”.<sup>3</sup> However, the developments in the financial sector created the necessity to overcome the strict interpretations of the privity doctrine in order to facilitate the transfer of money and entitlements.<sup>4</sup> The freedom of contract gained a wider scope that also covers the assignment of contracts and the legal systems followed the business practice, which required “the objectification of the promise”<sup>5</sup> given in the underlying contract. The assignment of contractual rights is a legal institution accepted by modern jurisdictions, which fulfills the objective of this objectification. As legal remedies and the right to sue are integral parts of a contractual right, the assignment of the latter generated the question what legal consequences it would have on arbitration agreements or clauses between the original parties of the underlying contract.

This article will firstly give a short overview about the assignment of contractual rights and then focus on its impacts on the arbitration agreements or clauses. Throughout the article, the term “arbitration agreement” will mostly be used in its broad sense, i.e. including arbitration clauses involved in the main contract and arbitration agreements concluded separately.

<sup>1</sup> Kötz, H. *European Contract Law: Volume One* (originally published in German and translated by Weir, T.), New York 1997, p. 264.

<sup>2</sup> Beatson, J. et al., *Anson's Contract Law*, New York 2010, p. 661.

<sup>3</sup> *Id.*, p.661,662.

<sup>4</sup> Hatzis, A. N., *Rights and Obligations of Third Parties*, p. 202, available at <http://encyclo.findlaw.com/4800book.pdf> (last visited 2 February 2016).

<sup>5</sup> *Id.* p. 202.

### Assignment of Contractual Rights

Most legal systems allow the parties of a contract to transfer their rights and even the contract in its entirety.<sup>6</sup> Transfers of rights are often made for value, allowing a debtor to “assign to his creditor ‘by way of payment’ a debt owed to him by a third party”.<sup>7</sup> The transfer of contractual rights can also be seen in everyday business transactions, such as merger and acquisitions<sup>8</sup>, factoring contracts<sup>9</sup> and credit security contracts<sup>10</sup>.

Assignment is described as “a transaction whereby a right is transferred by its owner, called the assignor, to another person, called the assignee, as a result of which the assignee becomes entitled to sue the person liable, called the [obligor]”.<sup>11</sup> When the possessor of a contractual right assigns his right to the assignee, the obligor is still under the same duty as before, however the holder of that right is not the assignor any more, but the assignee.<sup>12</sup> Accordingly, the assignment is also defined as “an expression of intention by the assignor that his right shall pass to the assignee”.<sup>13</sup>

An agreement between the old and new creditor (respectively the assignor and the assignee) on the transfer of the right is the *sine qua non* requirement of a valid assignment.<sup>14</sup> It will vary according to the jurisdiction whether this agreement must be in writing or if an oral agreement would suffice for a valid assignment. Many legal systems do not impose such a formal requirement for an effective assignment.<sup>15</sup> This is the case in German and French law. On the other hand, Article 165(1) of

<sup>6</sup> Nwoye, I. S., *Assignment of Contracts, Contractual Rights and Obligations: A Re-Engineering Tool in International Business Transactions*, p. 2, available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2603790](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2603790) (last visited 2 February 2016).

<sup>7</sup> Kötz, H., p. 263.

<sup>8</sup> Dykes, T. et al., *Assigning Contracts in the Context of M&A Transactions*, available at <https://www.theventurealley.com/2012/10/assigning-contracts-in-the-context-of-ma-transactions/> (last visited 2 February 2016).

<sup>9</sup> Ringe, W-G., ‘The Law of Assignment in European Contract Law’ in *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law: Essays in Honour of Hugh Beale* (edited by Gulifer, L., Vogenauer, S.), Portland 2014 p. 251.

<sup>10</sup> Kötz, H., p. 264.

<sup>11</sup> Beale H. et al., *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe: Cases, Materials and Text on Contract Law*, Portland 2010, p. 1293.

<sup>12</sup> Corbin, A., *Assignment of Contract Rights*, p. 209, available at [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2858/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2858/) (last visited 2 February 2016).

<sup>13</sup> *Id.*, p. 210.

<sup>14</sup> Kötz, H., p. 266; Beale et al., p. 1295.

<sup>15</sup> Beale H., et al., p. 1295.

the Swiss Code of Obligations prescribe that an assignment will be valid, only if it is done in writing.<sup>16</sup> Unlike other jurisdictions, English law contains a distinction between legal and equitable assignments. The requirements for a legal assignment, which are defined in Section 136 of the Law of Property Act 1925<sup>17</sup>, include that the assignment shall be absolute and in writing by the assignor and that an express notice shall be given to the other party, i.e. the obligor.<sup>18</sup> Under English law, it is a prerequisite of the validity of legal assignments that there is a written assignment agreement; whereas such agreement does not have to be in writing for the validity of equitable assignments.

The mutual consent of the assignor and the assignee is sufficient for the assignment, neither consent of nor notice to the obligor is a requirement for its validity because the obligor is adequately protected in spite of the change of the creditor, since all the defenses he had against the assignor can also be claimed against the assignee, as long as these defenses existed before the notice to the obligor.<sup>19</sup> Therefore, the notice to the obligor would rather serve as a protection for the assignee so that the obligor will not be able to validly discharge his debt to the assignor upon the notification of the assignment.<sup>20</sup> However, under English law, the notice to the obligor is a requirement for the validity of a legal assignment; whereas such notice is not necessary for equitable assignments.<sup>21</sup>

### Assignability of Arbitration Agreements

It has become a common business practice that the parties to a contract refer the disputes arising under such contract to arbitration, especially in the international context. When the assignment of contractual rights is at stake, it constitutes an important question whether the arbitration agreements related to that right are also transferred automatically to the assignee, so that such arbitration agreements become effective and binding in the relationship between the obligor and the assignee.

<sup>16</sup> Swiss Code of Obligations, Article 165, available at <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/201401010000/220.pdf> (last visited 2 February 2016).

<sup>17</sup> Law of Property Act 1925, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/20/section/136> (last visited 2 February 2016).

<sup>18</sup> Hosking, J. M., 'The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent' in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume: 4, Issue: 3, p. 492, available at <http://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1138&context=drlj> (last visited 2 February 2016).

<sup>19</sup> Landrove, J. C., *Assignment and Arbitration: A Comparative Study*, Zürich – Basel – Genf 2009, p. 152.

<sup>20</sup> Tolhurst, G., *The Assignment of Contractual Rights*, Portland 2006, p. 81.

<sup>21</sup> Beatson, J. et al., p. 665, 667.



Despite controversial opinions about the issue, the principle of automatic transfer is recognized by civil law and common law jurisdictions.<sup>22</sup> According to this principle, the arbitration agreement is transferred through the assignment of the main contract or related contractual right in the absence of a contrary provision in the original contract or factual circumstances showing that the agreement between the initial co-contractors was of a personal nature.<sup>23</sup> However, the question is not limited to the automatic transfer of arbitration agreements, but also extend to the law applicable to the issue and the determination of the authority (arbitrator or domestic court) to rule on the matter.<sup>24</sup> It would be useful to analyze the legal nature and particularities of the arbitration agreement in order to answer the questions concerning its transferability through the assignment of contractual rights.

### The Characterization of Arbitration Agreements: Procedural or Substantive

The characterization of arbitration agreements as substantive or procedural is important as regards the question whether it will be subject to automatic transfer, since the rules governing the assignment of substantive rights will also apply to the transfer of the arbitration agreement in the case that it is qualified as substantive; whereas its transfer will be governed by the applicable procedural rules when characterized as procedural.<sup>25</sup> The advocates of the latter view rely their arguments on the decisions rendered in some civil law jurisdictions, such as Austria, France and Switzerland.<sup>26</sup> For example, the Swiss courts found that “arbitration agreements have a procedural nature and they are subsequently subject to cantonal procedural law”<sup>27</sup>. However, again the Swiss courts state that substantive law rules apply to procedural contracts by analogy, when procedural law does not contain any specific rules governing the conclusion of

<sup>22</sup> Vincze, A., ‘Arbitration Clause – Is It Transferred to the Assignee?’ in *Nordic Journal of Commercial Law, Issue: 2003 Volume: 1*, p. 2, available at [http://www.njcl.utu.fi/1\\_2003/article4.pdf](http://www.njcl.utu.fi/1_2003/article4.pdf) (last visited 2 February 2016).

<sup>23</sup> Hosking, J. M., p. 500. available at *U.S. 1 (U.S. 1983)*, decision also *yoype: mmercial Law: Essays in Honour of Hugh Bealeaw to be applied to the arbitrat*

<sup>24</sup> Girsberger, D., Hausmaninger, C., *Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate*, p. 122, available at <http://arbitration.oxfordjournals.org/content/arbint/8/2/121.full.pdf> (last visited 2 February 2016).

<sup>25</sup> Landrove, J. C., p. 12.

<sup>26</sup> *Id.*, p. 11.

<sup>27</sup> See: BGE 101 II 168, 170: “Schiedsabreden sind prozessualer Natur und unterstehen daher dem kantonalen Verfahrensrecht”, available at [http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show\\_document&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F101-II-168%3Ade](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F101-II-168%3Ade) (last visited 2 February 2016), decision also referring to other Swiss court decisions: BGE 41 II 537 ff., BGE 59 I 179, BGE 59 II 188, BGE 60 II 60, BGE 67 II 148, BGE 71 II 116 und 179, BGE 78 II 395, BGE 85 II 150, BGE 88 I 103.

the arbitration agreement.<sup>28</sup> Besides other civil law jurisdictions, this approach is also followed by the US courts, which state that “courts generally should apply ordinary state-law principles that govern the formation of contracts, when deciding whether the parties agreed to arbitrate a certain matter, including arbitrability”.<sup>29</sup> From these statements follows that the characterization of arbitration agreements does not make a difference as regards the automatic transfer rule.

### Autonomy and Severability of Arbitration Agreements

The proponents and opponents of the automatic transfer of arbitration agreements infer different results from the principles of autonomy and severability of arbitration agreements, which prescribe that “the invalidity of either the main contract or the arbitration agreement does not affect the validity of the other”<sup>30</sup>. The view against the automatic transfer of the arbitration agreement emphasize that the latter leads a distinct legal life, it is totally independent from the main contract and therefore, it cannot be automatically transferred with the assignment of a contract, unless the assignee expressly and separately consents to its transfer.<sup>31</sup> On the other hand, the counter-argument is based on the acceptance that the arbitration agreement between the original parties of the contract, i.e. the assignor and the debtor, is an “integral part” of the rights arising under that contract, since the substantive right and the right to sue cannot be separated from each other and thus, whenever such rights are transferred to a third party (assignee) through an assignment agreement, the arbitration agreement will automatically travel with them.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> See: BGE 96 I 334, 340: “[Die Gültigkeit des Schiedsvertrages] beurteilt sich nach den Bestimmungen des anzuwendenden Prozessrechtes über den Abschluss des Schiedsvertrages. Soweit solche fehlen, kommen die Normen des Privatrechts analog zur Anwendung.”, available at [http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=IN&type=show\\_document&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F96-1-334%3Ade](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=IN&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F96-1-334%3Ade) (last visited 2 February 2016).

<sup>29</sup> See: *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (U.S. 1995), available at <https://advance.lexis.com/search/practicepagesearch/?pdmfid=1000516&crd=9933a26f-09c4-4987-bebb-8770767c58f7&pdstartin=hlct%3A1%3A1&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchterms=514+U.S.+938&pdsearchtype=SearchBox&pdqtype=and&pdpsf=&ecomp=ht5hk&earg=pdpsf&prid=8c24dece-f9b8-4810-b6c6-81de240ea119> (last visited 26 December 2015), decision also referring to other US Supreme Court Decisions: *Volt Info. Scis. v. Bd. of Trs.*, 489 U.S. 468 (U.S. 1989), *Perry v. Thomas*, 482 U.S. 483 (U.S. 1987). Also see: *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1 (U.S. 1983), available at <https://advance.lexis.com/search/?pdmfid=1000516&crd=9966ca00-6239-4d74-8361-3f66acb7d709&pdstartin=hlct%3A1%3A1&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchterms=460+U.S.+1&pdsearchtype=SearchBox&pdqtype=and&pdpsf=&ecomp=4jyfk&earg=pdpsf&prid=9933a26f-09c4-4987-bebb-8770767c58f7> (last visited 2 February 2016).

<sup>30</sup> Girsberger, D., Hausmaninger, C., p. 138

<sup>31</sup> Landrove, J. C., p. 54.

<sup>32</sup> *Id.* p. 23, 25.

When analyzing the effect of the autonomy and severability of the arbitration agreement on its automatic transfer, it should always be kept in mind that the main goal of these principles is to uphold the arbitration agreement as much as possible vis-à-vis the invalidity of the main contract.<sup>33</sup> The autonomy concept has been adopted to avoid the parties' bad faith to escape the arbitration proceedings on the basis of the main contract's nullity and therefore, it should not be evaluated as antinomic to the legal rule that the arbitration agreement is the accessory of the principal contract that should follow the latter.<sup>34</sup> An interpretation that deprives the parties of the right to have recourse to arbitration by preventing the automatic transfer of the arbitration agreement does not comply with this ultimate goal. Besides that, there are two general principles of assignment, which are directly related to this issue: One of them prescribes that the assignment shall not allow the assignee to be in a better position than the assignor would be, had such assignment never realized; whereas the other principle sets forth that the assignment shall not aggravate the burdens and obligations of the obligor.<sup>35</sup> It is clear that requiring that the assignee consents to the arbitration agreement separately (apart from his consent to the assignment of the main contract) and depriving the obligor to have recourse to arbitration against the assignee without such consent would violate both of these principles, without serving any purpose aimed by the autonomy and severability of the arbitration agreement. Therefore, its autonomy vis-à-vis the main contract should not be seen as an obstacle to the automatic transfer of the arbitration agreement.

### **Do Arbitration Agreements Involve Duties That Prevent Their Automatic Transfer?**

Another characterization of arbitration agreements, which is applied to decide on the issue of their automatic transfer, is mainly adopted by English and US courts and relies on the question whether arbitration agreements are deemed merely a remedy or a cluster of rights and obligations.<sup>36</sup> In the first case, there would be no doubt that it is automatically transferred with an assignment, as it would not be possible to separate the legal remedy from the substantive right; however if it is

<sup>33</sup> *Id.* p. 391.

<sup>34</sup> Gélinas, P. A., 'Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness' in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (edited by van den Berg, A. J.), ICCA Congress Series Volume: 9, The Hague 1999, p. 62, available at <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn17571> (last visited 2 February 2016).

<sup>35</sup> Tolhurst, G., p. 4.

<sup>36</sup> Girsberger, D., 'The Law Applicable to the Assignment of Claims Subject to an Arbitration Agreement' in *Conflict of Laws in International Arbitration* (edited by Ferrari, F., Kröll, S.), Munich 2011, p. 385.

accepted that the arbitration agreement also involves obligations, the consent of the assignee would be required for the assignment of the arbitration agreement, so that the obligor can have recourse to arbitration against the assignee.<sup>37</sup> The duties that are allegedly involved by arbitration agreements are listed as “to refrain from instituting ordinary, court proceedings, waive some guarantees of the State court proceedings, adhere to an administered arbitration scheme excluding any appeal, nominate an arbitrator, pay advance on costs and pay substantial fees and expenses”.<sup>38</sup>

The rationale behind the view that arbitration agreement should not be transferred automatically because of the duties attributed to it, is the principle that it is not possible to assign obligations, whereas rights can freely be assigned.<sup>39</sup> However, this rationale loses its relevance, when the whole contract is assigned as opposed to single contractual rights because the former assignment must include the transfer of rights and obligations as a whole. Besides that, in the assignment of specific rights, it is disputable whether the duties listed above would constitute contractual burdens upon the assignee that are sufficient to prevent the automatic transfer of the arbitration agreement or if they are merely incumbencies (Obliegenheiten) that should be fulfilled by the assignee who wants to exercise his right to sue. The proponents of the automatic transfer, claim that it should not be possible for the assignee to avoid the application of the arbitration agreement related to the original contract, while he enjoys the benefit of the rights assigned.<sup>40</sup> The UK courts have a uniform approach concerning this issue, which allows the automatic transfer of the arbitration agreement through the assignment of rights and this approach is summarized in the ruling of Hobhouse J in *The Jordan Nicolov*: “[The assignee] is bound by the arbitration clause in the sense that he cannot assert the assigned right without also accepting the obligation to arbitrate.”<sup>41</sup> French courts also generally favored the automatic transfer rule and rejected the view that stipulates the the assignee’s consent to the arbitration agreement because of the duties involved by the latter. The Paris Court of Appeals held that “an arbitration clause appearing in an international contract has a validity

---

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Landrove, J. C., p. 26.

<sup>39</sup> Tolhurst, G., p. 4.

<sup>40</sup> Gaillard, E., Savage, J. (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague 1999, p. 426, available at <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn20056> (last visited 2 February 2016).

<sup>41</sup> Sinclair, A. C., *The Assignment of Arbitration Agreements*, p. 25: referring to *Montepide SpA v. v. JTP-RO Jugotanker*, ‘The Jordan Nicolov’ [1990] 2 Lloyd’s Rep. 11, 15, available at [http://www.giur.uniroma3.it/materiale/didattico/International\\_arbitration/Sinclair%20on%20assignment%20of%20arbitration%20agreements.pdf](http://www.giur.uniroma3.it/materiale/didattico/International_arbitration/Sinclair%20on%20assignment%20of%20arbitration%20agreements.pdf) (last visited 2 February 2016).

and effectiveness of its own, such that its application must be extended to a party succeeding—even partially—to the rights of one of the initial parties”.<sup>42</sup> In the United States, Section 2-210 of the Uniform Commercial Code prescribes a rule that would favor the automatic transfer of arbitration agreements as well:

An assignment of “the contract” or of “all my rights under the contract” or an assignment in similar general terms is an assignment of rights and unless the language or the circumstances (as in an assignment for security) indicate the contrary, it is a delegation of performance of the duties of the assignor and its acceptance by the assignee constitutes a promise by him to perform those duties. This promise is enforceable by either the assignor or the other party to the original contract.

However, it is hard to say that the US courts have adopted a uniform approach pursuant to this rule. On the one hand, the *Hosiery* ruling states that the assignee shall be bound by the arbitration agreement because the latter “would be of no value if either party thereto could escape the effect of such a clause by assigning a claim subject to arbitration between the original parties to a third party”.<sup>43</sup> On the other hand, in the *Lachmar* ruling, the court found that “the assignee of rights under a bilateral contract was not bound to perform the assignor’s duties under the contract unless he expressly assumed to do so”.<sup>44</sup>

In order to decide whether the assignee should be entitled to escape the arbitration agreement concluded between the assignor and the obligor, we must refer to one of the basic principles of the assignment of contractual rights, which stipulates that “an assignee can be in no better position than the assignor was prior to the

<sup>42</sup> Gaillard., E., Savage, J. (eds.), p. 426: referring to Cass. civ., July 12, 1950, *Montané v. Compagnie des chemins de fer portugais*, 77 J.D.I. 1206 (1950).

<sup>43</sup> *Hosiery Mfrs’ Corp. v. Goldston*, 238 N.Y. 22 (N.Y.1924), available at <https://advance.lexis.com/search/praticepage/search/?pdmfid=1000516&crd=515ebb2f-a077-40c8-810e-adad43d076f9&pdstartin=hlct%3A1%3A1&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchterms=238+N.Y.+22&pdsearchtype=SearchBox&pdqtype=and&pdpsf=&ecomp=ht5hk&earg=pdpsf&prid=a7a37387-6881-4534-a333-9b49d485e4cc> (last visited 2 February 2016). Also see: *Banque v. Amoco Oil Co.*, 573 F. Supp. 1464 (S.D.N.Y. 1983), available at <https://advance.lexis.com/search/?pdmfid=1000516&crd=0680ae02-5a89-4bc3-9f7e-db17c53a25f1&pdstartinhlct%3A1%3A1&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchterms=573+F.+Supp.+1464&pdsearchtype=SearchBox&pdqtype=and&pdpsf=&ecomp=4Jyfk&earg=pdpsf&prid=515ebb2f-a077-40c8-810e-adad43d076f9> (last visited 2 February 2016).

<sup>44</sup> *Lachmar v. Trunkline LNG Co.*, 753 F.2d 8 (2d Cir. N.Y.1985), available at [https://advance.lexis.com/document/?pdmfid=1000516&crd=3f682142-9848-4db7-b1b1-5e23ea746798&pdcontentcomponentid=6386&pdshpeid=urn%3AcontentItem%3A3S4X-JT70-0039-P0H5-00000-00&pdcontentcomponentid=6386&pdshpeid=urn%3AcontentItem%3A7XWP-RV81-2NSD-M2GX-00000-00&pdshpecat=initial&pdteaserkey=sr0&ecomp=\\_thhk&earg=sr0&prid=c725c42a-2b56-466d-96d5-e6f31f2d1708](https://advance.lexis.com/document/?pdmfid=1000516&crd=3f682142-9848-4db7-b1b1-5e23ea746798&pdcontentcomponentid=6386&pdshpeid=urn%3AcontentItem%3A3S4X-JT70-0039-P0H5-00000-00&pdcontentcomponentid=6386&pdshpeid=urn%3AcontentItem%3A7XWP-RV81-2NSD-M2GX-00000-00&pdshpecat=initial&pdteaserkey=sr0&ecomp=_thhk&earg=sr0&prid=c725c42a-2b56-466d-96d5-e6f31f2d1708) (last visited 2 February 2016).

assignment” (*nemo plus iuris potest quam ipse habet*).<sup>45</sup> As the assignor would be bound by the arbitration agreement had he not assigned his contractual right to the assignee, the assignee shall not be in a better position than him by being entitled to escape the arbitration agreement.<sup>46</sup> Therefore, even if it is accepted that the arbitration agreement involves duties in addition to rights, these duties are an indivisible part of the right to sue, which is deemed as an accessory of the substantive right assigned and they should not be an obstacle to the automatic transfer of the arbitration agreement.

### ***Intuitu Personae* Character of Arbitration Agreements**

Another argument raised against the automatic transfer of the arbitration agreement is based on the claim that the latter has an *intuitu personae* character, i.e. the parties of the original contract concluded the arbitration agreement in consideration of each other’s identities.<sup>47</sup> The general principle underlying this argument is that the personal contractual rights may not be assigned without the consent of the obligor.<sup>48</sup> If it is accepted that the obligor has a reasonable expectation not to be bound by the arbitration agreement, unless the counter-party of the arbitration is the assignor with whom he entered into the arbitration agreement; the latter will be deemed as non-transferable by the courts.<sup>49</sup> This expectation may be grounded on the relationship of personal confidence between the initial co-contracting parties<sup>50</sup>, to the extent that such personal confidence played a significant role in the conclusion of the arbitration agreement.

There is no uniformity among jurisdictions on the question whether the arbitration agreement should be characterized by its nature *intuitu personae* or not. In England, the court in *Cottage Club Estates v. Woodside Estates Co.* held that the assignment did not give rise to the transfer of the arbitration clause contained in the main contract to the assignee because the arbitration clause was defined by the court as a “personal covenant”.<sup>51</sup> On the other hand, in *Shayler v. Woolf*, the court did not follow the above mentioned precedent and concluded that the arbitration clause was transferable and the assignee would be bound by it.<sup>52</sup> The lack of uniformity can also

<sup>45</sup> Tolhurst, G., p. 7.

<sup>46</sup> Landrove, J. C., p. 34.

<sup>47</sup> Gaillard., E., Savage, J. (eds.), p. 432.

<sup>48</sup> Tolhurst, G., p. 212.

<sup>49</sup> Kötz, H., p. 269.

<sup>50</sup> Beatson J. et al., p. 674.

<sup>51</sup> Girsberger, D., Hausmaninger, C., p. 125: referring to [1928] 2 KB 463, 466; 97 L.J.K.B. 72, 74.

<sup>52</sup> *Id.*: referring to [1946] Ch. 320; 115 L.J.Ch.D. 131.

be seen in the civil law jurisdictions. In France, in *CIMAT* judgment, the Court of Cassation first set forth the general principle of transferability of the arbitration clause but then pointed to the *intuitu personae* character of the latter that would justify the finding that it is not transferred to the third party through an assignment.<sup>53</sup> However, the German Federal Supreme Court stated that such a personal dimension would rarely be found in the commercial context because the reasons, that lead parties to refer the disputes arising under commercial transactions to arbitration, are mostly objective rather personal: celerity, cost-efficiency, flexibility, expertise of arbitrators etc.<sup>54</sup> On the other hand, it is always possible, albeit very rare in practice, that the initial co-contractors clearly state in the arbitration agreement that the latter shall not be assignable to a third party.<sup>55</sup>

Apart from such an express statement, the personal character of the arbitration agreement can also be inferred from the given facts and circumstances. The *intuitu personae* character of the arbitration agreement would come into question, when the arbitrator is already appointed in the arbitration agreement by the initial co-contractors.<sup>56</sup> The selection of arbitrators is of critical importance because the value of arbitration is directly proportional to the determination of qualified and neutral arbitrators.<sup>57</sup> If the assignee does not get involved in the selection of arbitrators, he could argue that he shall not be bound by such arbitration agreement, as his deprivation of involvement in the appointment process would endanger his right to a fair trial. However, even if such argument is accepted, it should not give the assignee the right to refuse arbitration as a method of dispute resolution; but should grant him merely the right to maintain the nomination of a new arbitrator or a new arbitral tribunal.<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> Cour de cassation, Chambre civile 1, 28 mai 2002, 00-12144;99-10741: “Mais attendu qu’en matière internationale, la clause d’arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels ; que la cour d’appel, qui a souverainement relevé que la convention d’arbitrage stipulée dans le contrat initial n’avait pas été contractée par la *CIMAT* en considération de la personne de la société *Pragoinvest* ce qui eût pu faire obstacle à sa transmission à un tiers a légalement justifié ses décisions sur ce point”, available at <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20020528-0012144> (last visited 2 February 2016).

<sup>54</sup> Landrove, J. C., p. 37: referring to 68 BGHZ 356, 365 (1977).

<sup>55</sup> Gaillard, E., Savage, J. (eds.), p. 433.

<sup>56</sup> Boissésou, M. de, *Le Droit Français de L’arbitrage: Interne et International*, Paris 1990, p. 546.

<sup>57</sup> Gélinas, P. A., p. 63.

<sup>58</sup> Landrove, J. C., p. 40.

### Privity and Its Effects on Assignability of Arbitration Agreements

The doctrine of privity requires that mutual rights and obligations arising under a contract shall only be binding upon the parties to it. According to the principle of privity, the arbitration agreement becomes effective and binding in the obligor-assignee relationship, only if the assignee can be deemed as a “privity” of the obligor. At this point, the assignment of contractual rights must be distinguished from third party beneficiary cases because unlike the latter, in the assignment, the assignee is not evaluated as a “third party” to the contract between the obligor and the assignor, but he replaces the assignor partly or totally in this contractual relationship.<sup>59</sup> The total replacement would be the case, when the contract is assigned as a whole; whereas the assignment of a specific contractual right would give rise to a partial substitution. Therefore, the doctrine of privity will not prevent the arbitration agreements from being binding upon the assignee.

The privity of contracts would play a significant role in the context of a chain of successive contracts because in such cases, the arbitration agreement will not circulate, unless the parties have expressly provided otherwise.<sup>60</sup> In the *Fraser* case, there was a successive sale of diesel fuel and the question was whether the intermediate seller could rely on the arbitration clause included in the contract of another intermediate seller and its buyer. The French Court of Cassation’s answer to this question was negative because there was no contractual assignment to justify such reliance.<sup>61</sup>

### Consent of the Assignee and the Obligor

In the assignment of arbitration agreements, there are two basic rules concerning the consent of the assignee: The first rule prescribes that the assignee’s consent is a *sine qua non* requirement for the assignment of the arbitration agreement and the second rule is that the latter is presumed to exist, if the assignee has accepted the assignment of the main contract underlying the arbitration agreement.<sup>62</sup> The rationale behind this presumption is that the arbitration agreement is an attribute of the claim, which travels automatically with the main contract.<sup>63</sup> This is called “the

<sup>59</sup> *Id.*, p. 163.

<sup>60</sup> Gaillard., E., Savage, J. (eds.), p. 424, 425.

<sup>61</sup> *Id.*, p. 424: referring to Cass. 1e civ., Nov. 6, 1990, *Fraser v. Compagnie européenne des Pétroles*, decision also available at <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007025255> (last visited 2 February 2016).

<sup>62</sup> Gaillard., E., Savage, J. (eds.), p. 424.

<sup>63</sup> Girsberger, D., Hausmaninger, C., p. 127: referring to Stein et al., *Kommentar zur Zivilprozessordnung* § 1025 BGB, Nr. 40-41; § 1027 BGB, Nr. 7 (20th ed. 1987).



automatic transfer rule”. The contrary of this rule is “the express assignment rule”, which requires that the assignee clearly consents to the arbitration agreement to be bound by it.<sup>64</sup> The express assignment rule is based on an erroneous interpretation of the principle of autonomy and severability of arbitration agreement.<sup>65</sup> Most jurisdictions and arbitral tribunals accept the automatic transfer rule, which is also adopted by some national legislative authorities, as can be seen in the Norwegian Arbitration Act. The Act prescribes the automatic transfer with the following statement<sup>66</sup>:

Unless otherwise agreed between the parties in the arbitration agreement, the arbitration agreement shall be included in case of assignment of the legal relationship to which the arbitration agreement applies.

Landrove argues that the frequency of arbitration clauses in international transactions renders them a part of the *naturalia negotii*, i.e. a part of the legal nature of the contract, and therefore, it becomes legitimate not to require the express consent of the assignee for the transfer of the arbitration agreement.<sup>67</sup>

Arbitration agreements require a mutual consent but as regards the relationship between the obligor and the assignee after the assignment of the contractual right, the consent of the obligor is not a requirement for the arbitration agreement to be effective. Bilateral consent between the assignor and the assignee is sufficient for the assignment of rights, which has, on the other hand, trilateral effects by being effective also vis-à-vis the debtor.<sup>68</sup>

Actually, the consent is also trilateral but as the obligor already accepted to be bound by the arbitration agreement when he entered into such agreement (or when he concluded the main contract, if there is an arbitration clause instead of a separate arbitration agreement), it is not required that he repeats his consent at the time of the assignment.<sup>69</sup> At that point, the validity of assignment should not be affected by the obligor’s state of mind.<sup>70</sup> The consent of the obligor is required

---

<sup>64</sup> *Id.*, p. 136.

<sup>65</sup> Landrove, J. C., p. 153.

<sup>66</sup> Act of 14 May 2004 No. 25 relating to Arbitration, Chapter 3, § 10, para. 2, *English translation available at* [http://www.chamber.no/wp-content/uploads/2014/02/Norwegian\\_Arbitration\\_Act.pdf](http://www.chamber.no/wp-content/uploads/2014/02/Norwegian_Arbitration_Act.pdf) (last visited 2 February 2016).

<sup>67</sup> Landrove, J. C., p. 155.

<sup>68</sup> Girsberger, D., p. 381.

<sup>69</sup> Landrove, J. C., p. 157.

<sup>70</sup> Hatzis, A. N., p. 206.

only in exceptional cases, such as *intuitu personae* claims, specific legal provisions prohibiting the assignment of specific claims and non-assignability clauses in the contracts.<sup>71</sup> Another exception, where the obligor should be considered not bound by the assigned claim in absence of his consent, would be the case, in which the obligor is harmed by the assignment.<sup>72</sup> The rationale behind this exception is the rule that “an obligor should be no worse off by virtue of an assignment”<sup>73</sup>, which is also reflected in the Uniform Commercial Code of the United States as follows<sup>74</sup>:

Unless otherwise agreed all rights of either seller or buyer can be assigned except where the assignment would materially change the duty of the other party, or increase materially the burden or risk imposed on him by his contract, or impair materially his chance of obtaining return performance.

Since the mutual consent of the assignor and the assignee is sufficient for the validity of the assignment, neither consent of nor notice to the obligor is a requirement for validity.<sup>75</sup> The notice of the assignment can even be given to the obligor simultaneously with the initiation of the arbitral proceedings, in which case the request for arbitration would also serve as a sufficient notice to the obligor.<sup>76</sup>

### Non-Assignment Clauses

An original contracting party is allowed to transfer his contractual rights to third parties without the consent of the other original contracting party.<sup>77</sup> However, the parties may prefer to prohibit the assignment of contractual rights to prevent a third party to intervene in their legal relationship. The motive of such preference is in most cases based on the fear that there could be additional burdens on the obligor because of the assignment.<sup>78</sup> Although the general principle governing the law of assignment prescribes that “an obligor should be no worse off by virtue of

---

<sup>71</sup> Roels, W., ‘La Cession et la Mise en Gage des Créances en Droit Belge Suite à la Loi du 6 Juillet 1994’ in *Revue de Droit des Affaires Internationales, International Business Law Journal, Issue: 1995 Volume: 1*, p. 32, available at [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ibuslj11&div=3&g\\_sens=1&collection=journals](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ibuslj11&div=3&g_sens=1&collection=journals) (last visited 2 February 2016).

<sup>72</sup> Girsberger, D., Hausmaninger, C., p. 147.

<sup>73</sup> Tolhurst, G., p. 7.

<sup>74</sup> Uniform Commercial Code, § 2-210, available at <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-210> (last visited 2 February 2016).

<sup>75</sup> See supra note 13 and 14.

<sup>76</sup> Landrove, J. C., p. 152.

<sup>77</sup> Girsberger, D., p. 381; Landrove, J. C., p.127.

<sup>78</sup> Epstein, R. A., “Why Restrain Alienation?” in *85 Columbia Law Review* 970 (1985), p. 982, available at [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2380&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2380&context=journal_articles) (last visited 2 February 2016).

an assignment”<sup>79</sup>, the parties might want to bar the possibility of an assignment at the time of the conclusion of the contract because they are reluctant to face an unknown and unfavorable assignee.<sup>80</sup> Epstein expresses that “the obligor may not have any informal leverage against the assignee that he has vis-à-vis the assignor, or the assignee may have a greater willingness to breach in the hope of getting some collateral gain” and therefore it could be advantageous for the obligor to prohibit the assignment.<sup>81</sup> It could also be a reason of such prohibition that the obligor wants to avoid the possibility that the creditor assigns his right to a competitor of the obligor. When a contract is assigned as a whole, it will not be only the rights that are assigned but also the duties under the contract, towards which case the parties would be more reluctant, as they chose the other contracting party in consideration of confidence, its capacity and personal qualities to perform. Taking into consideration the above mentioned risks and other possible drawbacks of a future assignment, the parties can include a non-assignment clause to their contract, whereby they clarify in writing precisely that the contract would only be effective and binding between themselves.<sup>82</sup> Such a clause would read as follows<sup>83</sup>:

Neither party may assign any of its rights under this agreement, either voluntarily or involuntarily, whether by merger, consolidation, dissolution, operation of law, or any other manner, except with the prior written consent of the other party. Neither party may delegate any performance under this agreement, except with the prior written consent of the other party. Any purported assignment of rights or delegation of performance in violation of this section is void.

Besides a general non-assignment clause, it is also possible for the parties to expressly limit the transferability of the arbitration agreement. In so doing, the arguments in favor of transferability of the arbitration agreement due to its autonomous and separable character or on other grounds can be eliminated. A sample non-assignment clause prohibiting specifically the assignment of the arbitration agreement would be as follows<sup>84</sup>:

---

<sup>79</sup> Supra note 65.

<sup>80</sup> Vincze, A., p. 4.

<sup>81</sup> Epstein, R. A., p. 982.

<sup>82</sup> Vincze, A., p. 4.

<sup>83</sup> Adams, K., *Rethinking the “No Assignment” Provision*, posted on: 20 November 2012, available at <http://www.adamsdrafting.com/rethinking-the-no-assignment-provision/> (last visited 2 February 2016).

<sup>84</sup> Born, G., *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, p. 107, available at <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-1320005-n> (last visited 2 February 2016).

This agreement to arbitrate is binding only upon the signatories hereto and not, unless otherwise agreed in writing by the signatories hereto, their successors, assigns, or affiliates.

However, as such a specific clause directly addressing the assignability of the arbitration agreement would be concluded in rare circumstances in practice, it is critical to answer the question whether a general non-assignability clause in the contract would apply to the arbitration agreement. The answer will vary according to the approach towards non-assignability clauses in a given jurisdiction. In most jurisdictions, a great deference is given to non-assignment clauses, which have an absolute effect and in these jurisdictions, arbitration agreements will share the same fate with other contractual rights, which are strictly forbidden to be assigned.<sup>85</sup> On the other hand, there are also jurisdictions, in which non-assignability clauses are not given any effect (absolute invalidity); or a relative effect, whereby the assignor will be responsible vis-à-vis the obligor for his breach, although the assignment will be valid (relative invalidity).<sup>86</sup> In these cases, the arbitration agreement will travel with the assigned right; however in the case of relative invalidity, the assignor will be held liable towards the obligor due to his breach of contract.<sup>87</sup>

### Form of the Arbitration Agreement and Assignment

Incompliance with formal requirements can give rise to the invalidity of a legal transaction and therefore it constitutes an important question whether the formal requirements applied to arbitration agreements will have any effect on their automatic transfer through the assignment of contractual rights. Would it be enough that the initial co-contractors have fulfilled the formal requirements concerning the arbitration agreement or should the assignee's consent also include such formalities so that the arbitration agreement is transferred? The main focus of this analysis is on the "in writing" requirement of the arbitration agreement.

The worldwide accepted rule in international arbitration stipulates that it is a *sine que non* requirement that the arbitration agreement be "in writing". The 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention) clearly states the "in writing requirement" in Article II. The first two paragraphs of this article read as follows<sup>88</sup>:

<sup>85</sup> See: Landrove, J. C., p. 134, 135, note 695.

<sup>86</sup> Girsberger, D., p. 389.

<sup>87</sup> *Id.*, p. 389.

<sup>88</sup> 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Article II., available at [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII\\_1\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf) (last visited 2 February 2016).

Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration. The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

If the parties do not comply with the “in writing” requirement, it may be a valid ground for the state courts to refuse the recognition and enforcement of the award according to the Article V of the New York Convention.

The 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Model Law) also stipulates that the arbitration agreement shall be “in writing”<sup>89</sup>. Accordingly, national legislatures in many countries have adopted the same principle in their laws governing international arbitration.<sup>90</sup>

The opponents of the automatic transfer principle claim that the arbitration agreement shall not travel with the assigned right, unless the assignee consents to the arbitration agreement in compliance with the “in writing” requirement of the arbitration agreement; whereas the proponents of the automatic transfer rule argue that the initial co-contractor’s compliance with such requirement would be enough and they would not apply to the subsequent transfer of the arbitration agreement.<sup>91</sup> The rationale behind the view opposing the automatic transfer is to protect the assignee because the advocates of this view are convinced that the objective of the “in writing” requirement is “to ensure that a party entering into an arbitration agreement is sufficiently put on notice of the consequences which flow from an agreement to submit a dispute to arbitration”.<sup>92</sup> However, as stated by the German Federal Supreme Court, in the transfer of an already existing arbitration agreement, it should be accepted that the assignee is adequately warned, since the latter would have the chance to examine the arbitration agreement before accepting the assignment.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006, Article 7, available at [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf) (last visited 2 February 2016).

<sup>90</sup> Landrove, J. C., p. 177, note 895.

<sup>91</sup> Girsberger, D., Hausmaninger, C., p. 142.

<sup>92</sup> *Id.*, p. 144.

<sup>93</sup> Habegger, P. A., *Note - Federal Tribunal (1st Civil Court)*, 16 October 2003 (4P.115/2003); *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories and Requirements of Form*, note 49, available at <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn25742#footnote-ref-a0073> (last visited 2 February 2016), referring to: 71 BGHZ 162, 166 (1978): “[A]uch der Erwerber eines mit einer

Moreover, the assignor does not have a duty to inform the assignee about the existence of an arbitration agreement related to the initial contract between him and the obligor; on the contrary, the obligation of the assignor is limited to behave in good faith during the negotiations and not to distort the assignee's consent by erroneous or ambiguous declarations.<sup>94</sup>

On the other hand, in some instances the arbitration agreement may be concluded between the initial co-contractors with an incorporation by reference, i.e. with the reference in the contract to another document involving an arbitration clause. Article 7(6) of the UNCITRAL Model Law recognizes this method as an equivalent of a written arbitration agreement.<sup>95</sup> If such a reference is made to a document, which is unknown by the assignee or to which the assignee cannot be expected to have access (e.g. a framework agreement between the assignor and the obligor), then it should be presumed that the arbitration agreement should not be transferred automatically through the assignment of the contractual right and the assignee should consent to the arbitration agreement separately, in compliance with the "in writing" requirement. This requirement can be extended to other circumstances, whereby the assignee cannot be deemed to be aware of the existence or the content of an arbitration agreement at the time of the assignment.

However, as a general rule, the "in writing" requirement should not prevent the automatic transfer of the arbitration agreement and it should be accepted that the formal requirements stipulated for the arbitration agreement should apply merely to the initial conclusion of such agreement but not to its assignment<sup>96</sup> because in the assignment of contractual rights, the assignee only replaces the original position of the assignor<sup>97</sup> and therefore shall be bound by the arbitration agreement, which forms the accessory of the initial contract<sup>98</sup>.

---

Schiedsklausel verbundenen Rechts [bedarf] der Warnung vor einem nicht hinreichend bedachten Verzicht auf den gesetzlichen Richter ... Dieser Schutz ist jedoch hinreichend gewährleistet, wenn – wie hier – bereits eine in einer gesonderten Urkunde vereinbarte Schiedsklausel besteht. Da sich die Schiedsklausel als eine Eigenschaft des abgetretenen Rechts darstellt, es also nicht in das (einseitige) Belieben des Erwerbers des Rechts gestellt ist, ob er dieses mit oder ohne diese Eigenschaft erwerben will [citation omitted], ist es ihm grundsätzlich zuzumuten, sich über den Inhalt dieses Rechts, also auch über eine möglicherweise mit ihm verbundene Schiedsklausel, zu informieren. Ein schutzwürdiges Interesse, das Recht unter Wegfall der Bindung an die Schiedsklausel ohne Zustimmung der anderen Vertragspartner zu erwerben, ist grundsätzlich nicht anzuerkennen."

<sup>94</sup> Landrove, J. C., p. 185.

<sup>95</sup> UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.39, available at [http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add39\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add39_en.pdf) (last visited 2 February 2016).

<sup>96</sup> Sinclair, p. 8.

<sup>97</sup> Supra note 51.

<sup>98</sup> Supra note 24.

### Authority to Decide on the Issue of Transfer of Arbitration Agreements

The question whether arbitrators or courts will be competent to solve the issue of transfer of the arbitration agreement is of paramount importance, since arbitrators may apply different conflict-of-laws rules and thus the findings could vary according to the authority to rule on the issue.<sup>99</sup> According to the doctrine of Kompetenz-Kompetenz, the arbitral tribunal has the authority to rule on its own jurisdiction.<sup>100</sup> Kompetenz-Kompetenz is a worldwide accepted principle that is adopted by most national legislations and prescribed by international conventions and institutional arbitration rules.<sup>101</sup> Gaillard expresses that it has been largely accepted in comparative law and thus has become a transnational principle of international arbitration.<sup>102</sup> On the other hand, the US courts are reluctant to recognize the doctrine of Kompetenz-Kompetenz as widely as in civil law countries and require that the parties consensually agree on such power of arbitrators in the arbitration agreement.<sup>103</sup>

The advantages of the arbitral competence are listed as the higher level of confidentiality in comparison to the proceedings before state courts, from the initial co-contractors' perspective and the avoidance of the risks that the resort to foreign courts would bring, from the assignee's perspective; whereas the most significant drawback would be the burden on the parties in the case of a possible review by state courts, since the the arbitrator's competence is in general not final.<sup>104</sup> However, the arbitrators reduce the effect of such drawback in practice, whereby they rule on the question whether the arbitration agreement was validly transferred through the assignment in the form of an interlocutory award, which can be appealed by parties to domestic courts without having to wait for the final award.<sup>105</sup>

<sup>99</sup> Girsberger, D., Hausmaninger, C., p. 161.

<sup>100</sup> Weigand, F-B. (ed.), *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, Oxford 2010, p. 363, available at [https://books.google.com/books?id=Z-Bbba13DZAC&pg=PA954&lpg=PA954&dq=UNCITRAL+Model+Law+on+International+Commercial+Arbitration+25+years&source=bl&ots=p-sVgSoEzq&sig=\\_bnW0sKe3biU3x\\_\\_CYXqV-HEDtZA&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwJXqunZ0PDJAhWMox4KHRQ2DAIQ6AEISTAH#v=onepage&q=kompetenz&f=false](https://books.google.com/books?id=Z-Bbba13DZAC&pg=PA954&lpg=PA954&dq=UNCITRAL+Model+Law+on+International+Commercial+Arbitration+25+years&source=bl&ots=p-sVgSoEzq&sig=_bnW0sKe3biU3x__CYXqV-HEDtZA&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwJXqunZ0PDJAhWMox4KHRQ2DAIQ6AEISTAH#v=onepage&q=kompetenz&f=false) (last visited 2 February 2016).

<sup>101</sup> Landrove, J. C., p. 70.

<sup>102</sup> Gaillard, E., 'La Reconnaissance, En Droit Suisse, de la Seconde Moitié du Principe d'Effet Négatif de la Compétence-Compétence' in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (edited by Aksen, G. et al.), Paris 2015, p. 312, available at [http://www.shearman.com/~/\\_/media/Files/NewsInsights/Publications/2005/01/La-reconnaissance-en-droit-suisse-de-la-seconde-\\_\\_\\_/Files/IA\\_Competence-competence\\_Mel-Briner\\_040308\\_27/FileAttachment/IA\\_Competence-competence\\_Mel-Briner\\_040308\\_27.pdf](http://www.shearman.com/~/_/media/Files/NewsInsights/Publications/2005/01/La-reconnaissance-en-droit-suisse-de-la-seconde-___/Files/IA_Competence-competence_Mel-Briner_040308_27/FileAttachment/IA_Competence-competence_Mel-Briner_040308_27.pdf) (last visited 2 February 2016).

<sup>103</sup> Landrove, J. C., p. 71, note 344.

<sup>104</sup> Girsberger, D., Hausmaninger, C., p. 163.

<sup>105</sup> *Id.*, p. 163.

### Applicable Law Governing the Assignment of Arbitration Agreements

The substantive law rules governing the assignment of arbitration agreements show diversity in different jurisdictions, which creates unpredictability in the international context.<sup>106</sup> There is no uniform rule adopted by international instruments such as the New York Convention, the European Convention on International Commercial Arbitration (1961) or the UNCITRAL Model Law and the issue will be resolved by the domestic law or set of rules to be applied according to the conflict of law rules.<sup>107</sup>

The conflict of law rules to apply will be determined according to the characterization of transfer of the arbitration agreement, which depends on whether the issue constitutes a question of assignability or arbitrability or a combination of both.<sup>108</sup> Another aspect of the characterization will rely on the evaluation of arbitration agreements as procedural or substantive.<sup>109</sup> These characterizations would help the courts or arbitrators to decide which law to apply among the alternatives of the *lex fori* (the law of the forum), the *lex arbitri* (the law of the seat of arbitration), the *lex compromissi* (specific law selected by the parties to be applied to the arbitration agreement)<sup>110</sup> or the *lex contractus* (the law of the main contract concluded between the assignor and the obligor).<sup>111</sup> According to a second approach, the courts or arbitrators are not obliged to choose one of the above mentioned laws and may also apply a combination of them.<sup>112</sup> The application of the law governing the assignment agreement between the assignor and the assignee would not be at stake at all because otherwise the expectations of the obligor, who is totally unfamiliar to the assignment agreement, would be excluded and thus the principle that “an obligor should be no worse off by virtue of an assignment”<sup>113</sup> would be violated.

Firstly, we should analyze which law would be the most appropriate one to apply, according to the approach that accepts the exclusive application of one law to the dispute. The application of the *lex fori* would come into question in the case that the issue of the assignment of the arbitration agreement is characterized

---

<sup>106</sup> Landrove, J. C., p. 97.

<sup>107</sup> Hosking, J. M., p. 499.

<sup>108</sup> Girsberger, D., Hausmaninger, C., p. 150.

<sup>109</sup> *Id.*, p. 150.

<sup>110</sup> If the parties do not express any specific law governing the arbitration agreement, the law applicable to the arbitration agreement will be the law governing the main contract (*lex contractus*).

<sup>111</sup> Landrove, J. C., p. 99.

<sup>112</sup> Girsberger, D., p. 395.

<sup>113</sup> *Supra* note 65.



as procedural.<sup>114</sup> However, it is hard to advocate for the application of the *lex fori* because it would encourage forum shopping, since the assignee or the obligor would choose the most favorable forum for their purposes and it may well be the case that the forum does not have any relation with the parties or the dispute and thus its application would not comply with the expectation of the parties.<sup>115</sup> The application of the law of the seat of the arbitration (*lex arbitri*) or the *lex compromissi* would also be inadequate because they only govern the issues related to the arbitration agreement but do not have any relation with the impacts of the assignment of the contractual right underlying the arbitration agreement.<sup>116</sup> On the other hand, the *lex contractus* would be appropriate to resolve the issue of the validity of the assignment of the contractual right as well to decide on the transfer of the arbitration agreement.<sup>117</sup>

The application of the *lex contractus* would definitely protect the initial co-contractors, as their expectation would be satisfied by deciding the issue pursuant to the law applicable to their contractual relationship. The assignee would also be aware of the *lex contractus* at the time of the assignment agreement he concludes with the assignor and the application of the law governing the underlying contract could not be evaluated as a surprise to him. However, the advocates of a combined application of different laws raise the argument that in rare circumstances such as the choice of a specific *lex compromissi* other than the *lex contractus*, the obligor's expectations would be harmed through the exclusive application of the *lex contractus*, since the assignor would be able to circumvent his obligation to be bound by the arbitration agreement by assigning his contractual right to a third person.<sup>118</sup>

One method of applying various laws is based on the approach favoring the validity of the arbitration agreement ("*in favorem validitatis*" approach), which can be seen in the Swiss Private International Law that prescribes an alternative application of different laws to increase the possibility of upholding the arbitration agreement<sup>119</sup>:

[A]n arbitration agreement is valid if it conforms either to the law chosen by the parties, or to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the main contract, or to Swiss law.

---

<sup>114</sup> Girsberger, D., Hausmaninger, C., p. 154.

<sup>115</sup> Landrove, J. C., p. 108, 109.

<sup>116</sup> Girsberger, D., p. 397; *supra* note 24.

<sup>117</sup> Landrove, J. C., p. 125.

<sup>118</sup> Girsberger, D., p. 400.

<sup>119</sup> Swiss Private International Law, Article 178(2), *English translation available at* [https://www.swissarbitration.org/sa/download/IPRG\\_english.pdf](https://www.swissarbitration.org/sa/download/IPRG_english.pdf) (last visited 2 February 2016).

The most significant drawback of such an approach would be to create the risk of the assignment of a “naked arbitration agreement” by the application of one of the alternatively listed laws, although the underlying contractual right is not validly transferred due to the inobservance of such transfer with the *lex contractus*.<sup>120</sup> However, the Swiss Federal Supreme Court refused such a possibility by holding that the fate of the arbitration agreement would be bound to the assignability of the main contract and an assignment prohibition governing the latter would also prevent the transfer of the related arbitration agreement.<sup>121</sup>

Another form of applying various laws is based on a gradual approach, which can be justified with the principle of *dépeçage* that allows different issues within one case to be governed by different laws. Firstly, the *lex contractus* will apply to the question whether the contractual right was validly assigned and if the answer to this question is affirmative, the *lex compromissi* will govern the issue of the extension and effect of this assignment to the arbitration agreement.<sup>122</sup> Such a gradual approach would come into question, only when the initial co-contractors have agreed on the application of a specific *lex compromissi* to the arbitration agreement instead of the *lex contractus* governing the underlying contract. However, if the assignee is unaware of the choice of *lex compromissi* by the initial co-contractors and if he cannot be expected to know such a choice; his expectations would not be protected in the application of the *lex compromissi* to the assignment of the arbitration agreement.<sup>123</sup> In such a case, the *lex contractus* should be applied to both the assignment of the contractual right and the arbitration agreement because otherwise the assignee would be forced to be subject to a law, the existence of which was unknown to him at the time of the assignment agreement. At this point, it may be discussed whether the assignee has the burden of proof to show that he did not know and could not be expected to know about the choice of the law governing the arbitration agreement by the initial co-contractors or whether the obligor shall be obliged to prove the contrary. Girsberger rightly states that the burden of proof should be upon the obligor according to the principle known as “*negative non sunt probanda*”, i.e. the negative facts cannot be proven.<sup>124</sup>

<sup>120</sup> Landrove, J. C., p. 103.

<sup>121</sup> BGE 117 II 94, 100, available at <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm> (last visited 2 February 2016).

<sup>122</sup> Girsberger, D., p. 403.

<sup>123</sup> Girsberger, D., Hausmaninger, C., p. 159.

<sup>124</sup> Girsberger, D., p. 405.

### Conclusion and Summary

Most legal systems used to refuse the assignability of contractual rights because it was accepted that an assignment would violate the privity of contract. However, as the transfer of money and entitlements has been indispensable for the maintainability of the financial system, it became a worldwide accepted rule that contractual rights can freely be assigned. The most known exceptions to the assignability of contractual rights are circumstances, whereby the parties include non-assignability clauses to the contracts or the contractual right is of a personal nature, which does not allow a third party to intervene in the contractual relationship between the parties. For an assignment to be valid, there must be an assignment agreement between the assignor and the assignee; however, the consent of the obligor or a notice to the him is not needed for an effective assignment. Despite that, the notification of the obligor would be important for the protection of the assignee, since the obligor will not be able to discharge his debt to the assignor after such notice. It would depend on the jurisdiction whether it is required that the assignment agreement be in writing. In some jurisdictions, the written form is a prerequisite for the validity of assignment; where in others there is no such requirement. At this point, the English law shows a particularity and prescribe that legal assignments shall be in writing; whereas the validity of equitable assignments does not rely on a written form.

The popularity of arbitration as a method of dispute resolution in commercial transactions, especially in the international context, raises the issue of assignability of arbitration agreements related to the assigned right. Arbitration agreements are directly related to the right to sue, which is deemed as an accessory of the assigned contractual right. Therefore, the widely accepted principle is that arbitration agreements are automatically transferred through the assignment of contractual rights.

The opponents of such automatic transfer set forth various arguments based on the particularities of arbitration agreements. The first argument makes a distinction between procedural rules and substantive rules, whereby it is claimed that arbitration agreements are of procedural nature and therefore they should be subject to a different law than the substantive law governing the assignability of contractual claims. However, such a distinction would be artificial in most cases, as substantive law rules apply to procedural contracts by analogy, when procedural law does not contain any specific rules governing the conclusion of the arbitration agreement.

Another argument of the opponents of the automatic transfer relies on the principles of autonomy and severability of arbitration agreements. According to this argument, arbitration agreements are independent from the main contract, they

have a distinct legal life and therefore, it cannot be presumed that they travel with the assigned right. The proponents of the automatic transfer rule successfully refute this argument, whereby they state that the ultimate purpose of the autonomy and severability is to uphold the arbitration agreement as much as possible vis-à-vis the invalidity of the main contract and that the view preventing its automatic transfer would harm this purpose instead of serving it. Besides that, the autonomy principle does not fit in this context, as the arbitration agreement is directly related to the right to sue, which cannot be separated from the assigned substantive right.

It is also argued that arbitration agreements do not only involve rights but also duties, which are non-assignable through the assignment of contractual rights, unless the assignee shows express consent to it. However, arbitration agreements should be defined as a legal remedy rather than a combination of rights and obligations. Besides that, in general, the duties attributed to arbitration agreements are actually mere incumbencies (*Obliegenheiten*) that should be fulfilled by the assignee who wants to exercise his right to sue. Even if it is accepted that arbitration agreements involve duties, they should bind the assignee in the assignment of a contractual right, as the latter cannot assert the assigned right without also accepting the obligation to arbitrate.

The personal character of arbitration agreements (*intuitu personae* character) is also set forth as an obstacle to their automatic transfer. According to this argument, the parties of the original contract concluded the arbitration agreement in consideration of each other's identities. This conclusion is based on the analogy with the rule that personal contractual rights may not be assigned without the consent of the obligor. Although there are court decisions that approved this approach by defining the arbitration agreement as a "personal covenant"; the prevailing view is that such a personal dimension would rarely be found in the commercial context because the reasons, that lead parties to refer the disputes to arbitration, are mostly objective rather personal. If the arbitrators are already selected in the arbitration agreement, the assignee could validly claim that it would violate his right to a fair trial, if he were bound by the selection of arbitrators. In such a case, although the assignee would still be bound by the arbitration agreement, he should be entitled to maintain the nomination of a new arbitrator or a new arbitral tribunal.

The doctrine of privity should not prevent the assignment of arbitration agreements either because in the assignment, the assignee is not evaluated as a "third party" to the contract between the obligor and the assignor, but he replaces the assignor in this contractual relationship. On the other hand, the privity of contracts would be important in the context of a chain of contracts because in such cases, the

arbitration agreement will not circulate, unless the parties have expressly provided otherwise.

In the assignment of arbitration agreements, the assignee's consent is a *sine qua non* requirement and if the assignee has accepted the assignment of the main contract underlying the arbitration agreement, it is presumed that he also consented to the assignment of the arbitration agreement. This is defined as "the automatic transfer rule". The contrary of this rule is "the express assignment rule", whereby the assignee's express consent to the assignment of the arbitration agreement is required. The automatic transfer rule is accepted by most jurisdictions and arbitral tribunals because the arbitration agreement is accepted as an attribute of the assigned claim. Bilateral consent between the assignor and the assignee is sufficient for the assignment of the arbitration agreement, the obligor's consent is not required. As the obligor already consented to the arbitration agreement when concluding such agreement with the assignor, he does not have to repeat his consent at the time of the assignment. The consent of the obligor is required only in exceptional cases, such as *intuitu personae* claims, non-assignment clauses and circumstances where the obligor is accepted to be harmed by the assignment.

Non-assignment clauses are very frequent in practice, as parties want to avoid the possibility of additional burdens upon the obligor in the case of an assignment. Non-assignment clauses may prohibit the assignment of any right in the contract or specifically address the assignability of the arbitration agreement. In most jurisdictions, an absolute effect is given to non-assignment clauses, whereby the latter would strictly prohibit the assignment of the arbitration agreement. On the other hand, in other jurisdictions, there can be a hostile approach towards non-assignability clauses, whereby they are not granted any effect (absolute invalidity). The compromise of these two approaches would be the case of the relative effect of non-assignment clauses (relative invalidity). When the absolute or relative invalidity of non-assignment clauses is accepted, the arbitration agreement will travel with the assigned right; however, in the case of relative invalidity, the assignor will be held liable towards the obligor due to his breach of contract.

As regards the formal requirements of the assignment, the question of paramount importance is whether it would be enough that the initial co-contractors have fulfilled the formal requirements of the arbitration agreement or should the assignee's consent also include such formalities so that the arbitration agreement is transferred. The discussions are focused on the "in writing" requirement of arbitration agreements. The prevailing view is that the assignee would have the chance to inquire on the arbitration agreement before consenting to the assignment and therefore, he should be bound by the arbitration agreement, if there is a valid

arbitration agreement at the time of the assignment. However, in the presence of special circumstances, whereby the assignee is not and cannot be expected to be aware of the existence or the content of an arbitration agreement at the time of the assignment, the arbitration agreement shall not be transferred automatically and the assignee should consent to the arbitration agreement separately, in compliance with the “in writing” requirement.

The competent authority to decide on the transferability of the arbitration agreement and the applicable law are the last but not least important issues to be solved within the scope of this article. According to the doctrine of *Kompetenz-Kompetenz*, arbitrators have the authority to rule on their own jurisdiction and should decide whether the arbitration agreement was validly transferred through the assignment. When deciding about the issue, arbitrators should render an interlocutory award so that the parties can appeal it to domestic courts without having to wait for the final award. In order to determine the applicable law, the conflict of law rules will depend on the characterization of the issue. According to the view supporting for the exclusive application of one law to all issues concerning the assignment of the arbitration agreement, there are four alternative laws to be applied: the *lex fori* (the law of the forum), the *lex arbitri* (the law of the seat of arbitration), the *lex compromissi* (specific law selected by the parties to be applied to the arbitration agreement) and the *lex contractus* (the law of the main contract concluded between the assignor and the obligor). The prevailing view supports the application of the *lex contractus*, as it would protect the expectations of all parties. The initial co-contractors' expectations would be satisfied, as the issue will be resolved pursuant to the law applicable to their contractual relationship. The assignee's expectation would also be protected, as he is accepted to be aware of the *lex contractus* at the time of the assignment agreement.

On the other hand, the opponents of the exclusive application of one law developed different approaches. One of these approaches is based on an alternative application of different laws to increase the possibility of upholding the arbitration agreement; whereas the other one adopts a gradual and complementary application of the *lex contractus* and the *lex compromissi*. The latter case will only come into question, if the initial co-contractors have chosen a specific law to be applied to the arbitration agreement other than the *lex contractus*. The *lex contractus* will apply to the question whether the contractual right was validly assigned and if the answer to this question is affirmative, the *lex compromissi* will govern the issue of the extension and effect of this assignment to the arbitration agreement.

## BIBLIOGRAPHY

- Adams, K., *Rethinking the “No Assignment” Provision*, posted on: 20 November 2012.
- Beale H. et al., *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe: Cases, Materials and Text on Contract Law*, Portland 2010.
- Beatson J., et al., *Anson’s Contract Law*, New York 2010.
- Boissésou, M. de, *Le Droit Français de L’arbitrage : Interne et International*, Paris 1990.
- Born, G., *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*.
- Corbin, A., *Assignment of Contract Rights*.
- Dykes, T. et al, *Assigning Contracts in the Context of M&A Transactions*.
- Epstein, R. A., ‘Why Restrain Alienation?’ in 85 *Columbia Law Review* 970 (1985).
- Gaillard, E., Savage, J. (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague 1999.
- Gaillard, E., ‘La Reconnaissance, En Droit Suisse, de la Seconde Moitié du Principe d’Effet Négatif de la Compétence-Compétence’ in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (edited by Aksen, G. et al.), Paris 2015.
- Gélinas, P. A., ‘Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness’ in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (edited by van den Berg, A. J.), ICCA Congress Series Volume: 9, The Hague 1999.
- Girsberger, D., ‘The Law Applicable to the Assignment of Claims Subject to an Arbitration Agreement’ in *Conflict of Laws in International Arbitration* (edited by Ferrari, F., Kröll, S.), Munich 2011.
- Girsberger, D. Hausmaninger, C., *Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate*.
- Habegger, P. A., *Note - Federal Tribunal (1st Civil Court)*, 16 October 2003 (4P.115/2003); *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories and Requirements of Form*, note 49.
- Hatzis, A. N., *Rights and Obligations of Third Parties*.
- Hosking, J. M., ‘The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent’ in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume: 4, Issue: 3.
- Kötz, H., *European Contract Law: Volume One* (originally published in German and translated by Weir, T.), New York 1997.
- Landrove, J. C., *Assignment and Arbitration: A Comparative Study*, Zürich – Basel – Genf 2009.
- Nwoye, I. S., *Assignment of Contracts, Contractual Rights and Obligations: A Re-Engineering Tool in International Business Transactions*.
- Ringe, W-G., ‘The Law of Assignment in European Contract Law’ in *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law: Essays in Honour of Hugh Beale* (edited by Gulifer, L., Vogenauer, S.), Portland 2014.
- Roels, W., ‘La Cession et la Mise en Gage des Créances en Droit Belge Suite à la Loi du 6 Juillet 1994’ in *Revue de Droit des Affaires Internationales, International Business Law Journal*, Issue: 1995 Volume: 1.
- Sinclair, A. C., *The Assignment of Arbitration Agreements*.
- Tolhurst, G., *The Assignment of Contractual Rights*, Portland 2006.
- Vincze, A., ‘Arbitration Clause – Is It Transferred to the Assignee?’ in *Nordic Journal of Commercial Law*, Issue: 2003 Volume: 1.
- Weigand, F-B. (ed.), *Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration*, Oxford 2010.

**CASE LAW**

[1928] 2 KB 463, 466; 97 L.J.K.B. 72, 74.

[1946] Ch. 320; 115 L.J.Ch.D. 131.

68 BGHZ 356, 365 (1977).

71 BGHZ 162, 166 (1978).

BGE 117 II 94, 100

*Banque v. Amoco Oil Co.*, 573 F. Supp. 1464 (S.D.N.Y. 1983).

BGE 96 I 334, 340.

BGE 101 II 168, 170.

Cass. 1e civ., Nov. 6, 1990, *Fraser v. Compagnie européenne des Pétroles*.

Cass. civ., July 12, 1950, *Montané v. Compagnie des chemins de fer portugais*, 77 J.D.I. 1206 (1950).

Cour de cassation, Chambre civile 1, 28 mai 2002, 00-12144;99-10741.

*First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (U.S. 1995).

*Hosiery Mfrs' Corp. v. Goldston*, 238 N.Y. 22 (N.Y. 1924).

*Lachmar v. Trunkline LNG Co.*, 753 F.2d 8 (2d Cir. N.Y. 1985).

*Montepide SpA v. JTP-RO Jugotanker*, 'The Jordan Nicolov' [1990] 2 Lloyd's Rep. 11, 15.

*Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1 (U.S. 1983).

*Perry v. Thomas*, 482 U.S. 483 (U.S. 1987).

*Volt Info. Scis. v. Bd. of Trs.*, 489 U.S. 468 (U.S. 1989).

**INTERNET SOURCES**

<http://arbitration.oxfordjournals.org>

<https://advance.lexis.com>

<http://www.bger.ch>

<https://books.google.com>

<http://chicagounbound.uchicago.edu>

<http://digitalcommons.law.yale.edu>

<http://digitalcommons.pepperdine.edu>

<http://encyclo.findlaw.com>

<http://heinonline.org>

<http://papers.ssrn.com>

<http://relevancy.bger.ch>

<http://www.adamsdrafting.com>

<https://www.admin.ch>

<http://www.chamber.no>

<http://www.giur.uniroma3.it>

<http://www.juricaf.org>

<http://www.kluwarbitration.com>

<https://www.law.cornell.edu>

<http://www.legifrance.gouv.fr>



<http://www.legislation.gov.uk>

<http://www.njcl.utu.fi>

<http://www.shearman.com>

<https://www.swissarbitration.org>

<https://www.theventurealley.com>

<http://www.uncitral.org>



# Ötanazi Üzerine



Muhammed SULU\*

*Ölüm olmasaydı, onu icat etmek zorunda kalırdık.*

**Voltaire**

## ÖZET

Mevcut tıbbî verilere göre iyileşmesi mümkün olmayan ve şiddetli ızdıraplar veren bir hastalığa yakalanan hastanın tıbbî yollarla öldürülmesi veya tıbbî yardımın kesilerek ölüme terk edilmesi hali anlamına gelen ötanazi; hukuk, ahlak, din gibi birçok disiplini ilgilendiren bir kavramdır. Ötanazinin ölüme yol açan fiil açısından ve hastanın iradesiyle gerçekleşmesi açısından farklı türleri bulunmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda ötanazi kavramı onu etkileyen tarihsel süreci de kapsayacak biçimde sunulmuş; türleri açıklayıcı örnekler tartışılarak incelenmiştir. En temel kişilik hakkı olan hayat hakkının aynı zamanda bir zorunluluk olup olmadığı ve kişilerin hayat hakkı ile birlikte “ölme hakkı”nın da bulunup bulunmadığı ötanazi konusunun belirleyici unsurları olarak çalışmamızda yer almaktadır. Bu bağlamda ötanazi kavramına başlıca hukuk sistemlerinin bakışı, bunu bir hak olarak görüp görmemesi ve izin verip vermemesi bakımından araştırılmıştır. Hukuk sistemlerinin en önemli unsurlarından biri olan dinlerin de konuya bakışları çalışmada bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Ötanazi, Hayat Hakkı, Ölme Hakkı

## ABSTRACT

Euthanasia which means; the killing of the patient who has disease impossible to be cured regarding to current medical parameters and causes severe pain or it means leaving the patient to dead by ceasing the medical attention, is a notion involves several disciplines such as law, ethic and religion. Euthanasia has different types with regard to the action that causes the death and with regard to its actualization by the will of the patient. Therefore in our work, euthanasia is presented comprising the historical process affected this notion and its types are analyzed by discussing the explanatory examples. Our work includes the issues as the determining factors of the euthanasia, whether the right to life which is the most fundamental personal right is an obligation and whether right to life simultaneously makes people possess “the right

\* Marmara Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, İstanbul Barosu Avukatı

to die". In this sense, we investigated the view of primary legal systems regarding the notion of euthanasia and whether they considered this as a right and gave permission to its actualization. The work also includes the perspective of religions as one of the most important factors of the legal systems regarding this issue.

**Keywords:** *Euthanasia, Right to Life, Right to Die*

## GİRİŞ

Ötanazi, yüzyıllardan bu yana insanlığın net cevaplar veremediği sorunsallardan biri olarak önümüzde durmaktadır. Mevcut tıbbî verilere göre iyileşmesi mümkün olmayan ve dayanılamayacak derecede şiddetli ızdıraplar çeken bir hastanın tıbbî yollarla öldürülmesi veya tıbbî yardımın kesilerek ölüme terk edilmesi hali demek olan ötanazi; hukukî, ahlakî ve dinî bir çok veçhesi olan bir kavramdır. Bu bakımdan ötanazi konusu, ön yargılardan arınmış bakış açısı ile çok yönlü bir şekilde irdelenmeye muhtaçtır. Öncelikle ötanazinin ne olup ne olmadığını belirlenmesi kavramsal karmaşaların önüne geçecektir.

Çağdaş hukuk sistemlerinde ötanaziye izin verme hususunda birlik bulunmamaktadır. Bazı ülkeler, kişilere belirli durumlarda ötanazi *hakkını* tanıerken, bir çok hukuk sistemi bu "hak"ı kesinlikle kabul etmemektedir. Çalışmamızda Türk hukukunun yanında, başlıca çağdaş hukuk sistemlerindeki ötanazi ile ilgili düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenecektir. Bununla birlikte, her ne kadar laik hukuk sistemlerinde hukukî düzenlemelerin dine dayandırılması mümkün olmasa da, özellikle hayatî konulardaki hukukî düzenlemelerin ihdası aşamasında din öğretilerinin yüksek ölçüde belirli olduğu görülmektedir. Bu bakımdan çalışmamızda belli başlı dinlerin ötanaziye olan bakışları da incelenecektir.

En temel kişilik hakkı olan hayat hakkının bir hak olmasının yanında bir zorunluluk da olup olmadığı, kişilerin belirli durumlarda ötanazi kararı alıp alamayacağı, başka bir deyişle hayat hakkı ile birlikte ölme hakkının da mevcut olup olmadığı çalışmada ana hatları ile incelenecektir.

## I. ÖTANAZİ KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Ötanazinin bilinen tarihi, antik Yunan ve Roma dönemlerine kadar gitmektedir. Etimolojik köken olarak antik Yunanca "Eue=güzel" ve "Tanasium=ölüm" köklerinden oluşan ötanazi, antik çağlardan bu yana bir çok filozof, hukukçu ve din adamının üzerinde tartışageldiği bir konu olmuştur<sup>1</sup>. "Euthanasia" kelimesinin bilinen ilk kullanımı Roma dönemindedir. Tarihçi Suetonius (M.S. 69-130)'a göre; "İmparator

<sup>1</sup> Kudret Güven, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, Ankara 2000, s. 5.

Augustus, birinin çabuk ve ızdırapsız bir şekilde öldüğünü duyduğu zaman, tam bu kelimeyi kullanarak, kendisi ve ailesi adına ötanazi için dua ederdi.”<sup>2</sup>

Batı tıbbının kurucusu olduğu kabul edilen Hipokrat (M.Ö. 460-M.Ö. 370)’ın yazdığına inanılan Hipokrat Yemini’nin özgün metninde yer alan; “İsteyen hiç kimseye öldürücü bir eczayı ne vereceğim ne de bunu tavsiye edeceğim.”<sup>3</sup> şeklindeki ifade, ötanazinin o dönemlerde gündemde olduğunun ve Hipokrat’ın ötanaziye açık bir şekilde karşı olduğunun göstergesidir.

Kişinin herhangi bir gerekçe ile intihar etmesi eski çağlardan bu yana hoş karşılanmayan bir davranış olmuştur. Öyle ki eski Türklerde, intihar edenler diğer insanlardan ayrı bir mezarlığa gömülmekteydi<sup>4</sup>. Ancak tarihsel gelişim içerisinde intihara ve ötanaziye ön yargısız bir şekilde bakılmaya başlanmıştır. 1935 yılında Papalık tarafından “aziz” ilan edilen Thomas More<sup>5</sup>, 1516 yılında yazdığı Utopia adlı eserinde, çaresiz ve ızdıraplı bir hastalığa tutunan kişilere ölümü önermektedir<sup>6</sup>: “Hastalar Ütopya’da büyük şefkat görürler. Tekrar sağlıklarına kavuşabilmeleri için kendilerinden hiçbir şey esirgenmez. Çaresiz hastalığı olanlara her türlü manevi yardımı yapabilmek için birbirleri ile yarışır, ancak hastalık hem çaresiz hem ızdırap verici ise o zaman şöyle bir yol izlerler. Böyle bir hasta yaşayan ölü olduğu için hem başkalarına yük olur, hem de kendi acı çeker. Böyle hastalara rahipler ve devlet adamları ölümüne razı olup, acılarından kurtulması için öğüt verirler. Eğer hasta hayatına kendi eliyle son veremiyorsa, o zaman kendi adına başka birisinin yapmasına izin verirler. Bu erdemli bir davranıştır ve Ütopya’da yüksek saygı görür.”<sup>7</sup>

Günümüze yakın anlamı ile ilk defa ötanazi terimini kullanan ise Francis Bacon’dur<sup>8</sup>. 1623 yılında Bacon, doktorun görevinin hastanın sağlığını yeniden kazanmasına yardımcı olmanın yanında, hastanın acılarını da dindirmek olduğunu savunmuştur. Doktorun acıları dindirme görevi ise yalnızca hastalığın iyileşmesini sağlayacağı zaman değil, “kolay ve adil” bir ölümü sağladığı zaman da vardır<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Bülent Özaltay, *Ötanazi ve Getirdiği Etik Sorunlar*, İstanbul 1996, s. 11.

<sup>3</sup> Hipokrat yemininin özgün metni için bkz. <http://www.pbs.org/wgbh/nova/body/hippocratic-oath-to-day.html> (erişim: 25.11.2015)

<sup>4</sup> Sadri Maksudi Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul 1947, s. 72.

<sup>5</sup> <http://www.biography.com/people/thomas-more-9414278> (erişim: 25.11.2015)

<sup>6</sup> Sibel İnceoğlu, *Ölme Hakkı (Ötanazi)*, İstanbul 1999, s. 86.

<sup>7</sup> Thomas More, *Ütopya*, çev. T. Gökçen Sağnak, İstanbul 1999, s. 77-78.

<sup>8</sup> M. Emin Artuk/A. Caner Yenidünya, *Ötanazi*, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011, s. 108.

<sup>9</sup> Özaltay s. 14.

Ötanazi tartışmalarının yoğun bir şekilde başladığı ve sempatiyle bakılmaya başlandığı dönem XIX. yüzyıl sonlarıdır. Bu dönemde, Darwin'in evrim teorisi ve filozof Friedrich Nietzsche'nin görüşlerinden beslenen bir anlayışla bazı yaşamların yaşanmaya değmez olduklarını biyolojik olarak kanıtlama eğilimi doğdu. Nietzsche, 1889 yılında yazdığı "Moral für Arzte" (Hekimler için Ahlak) adlı yazısında; "Hasta, toplum için parazittir. Belli bir durumda, artık daha fazla yaşamak uygun değildir." diyerek ötanazinin gerekliliğini savunmuştur<sup>10</sup>. Bu görüşlerden de beslenen ve böylece kendisine meşruiyet sağladığını düşünen Nazi Almanyası'nda 8.000'e yakın çocuk ve 70.000'den fazla yetişkin, ötanazi gerekçesi ile öldürüldü<sup>11</sup>. Bu durum, uzun yıllar insanların ötanazi konusuna ön yargılı bakmalarında önemli bir etken oldu.

Ötanaziyi meşrulaştırma amacı güden ilk topluluklar, İngiltere'de "Voluntary Euthanasia Society" adıyla 1935'de, Amerika Birleşik Devletleri'nde ise "Euthanasia Society of America" adıyla 1938'de kuruldu. Bu kuruluşların ötanazinin yasallaşması yönündeki çalışmaları başarısızlıkla sonuçlandı<sup>12</sup>. Dünyadaki tüm ötanazi kuruluşları, 1980'de İngiltere'de yaptıkları bir uluslararası konferansta "Dünya Ölme Hakkı Dernekleri Federasyonu" ("World Federation of Right to Die Societies") adı altında birleşti. Bu federasyon, her yıl farklı bir ülkede uluslararası programlar düzenleyerek ötanazinin tanınmasını ve meşrulaşmasını savunmaktadır. Federasyonun sloganı; "şerefli bir ölüm için çözümler sağlamak" ("*ensuring choices for a dignified death*")tır<sup>13</sup>. Ötanazinin bir hukuk düzeninde uygulanabilirlik kazanması ise XX. yüzyılın ikinci yarısından sonra olmuştur. İlk olarak Hollanda'da iradeye bağlı ötanazi filen uygulanmaya başlanmıştır<sup>14</sup>.

## II. ÖTANAZİ KAVRAMI

Türk Dil Kurumu'nun Türkçe Sözlük'üne göre ötanazi, kendi ölümünü isteme hakkıdır<sup>15</sup>. TDK, yaptığı bu sığ tanımları resmî internet sitesindeki tanımlarda değiştirmiş gözükmektedir. Buna göre TDK, ötanaziyi "Güncel Türkçe Sözlük'te "ölme hakkı", "Veteriner Hekimliği Terimleri Sözlüğü"nde ise "Tedavisi mümkün olmayan hastalıklarda, canlıyı ağrı ve acı vermeden öldürme, uyutma" olarak tanımlamak-

<sup>10</sup> Arın Namal, **Türk Tıp Etiği Çevrelerinde Ötanazi Tartışmaları-Neden Henüz Küçük Bir Alev?**, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011, s. 74.

<sup>11</sup> Namal s. 74.

<sup>12</sup> Ana Britannica, C.17, İstanbul 1989, s. 312. (Aktaran: Gül Altay, **Nitelikli Yaşam Hakkı İçin Ötanazi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s. 13.

<sup>13</sup> Federasyon hakkında detaylı bilgi için bkz. <http://www.worldrtd.net> (erişim: 25.11.2015)

<sup>14</sup> Güven s. 7.

<sup>15</sup> Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Ankara 2005, s. 1550.

tadır<sup>16</sup>. “Ölme hakkı” ifadesinin de tam olarak ötanazi kavramının karşılığı olduğu kanaatinde değiliz. Zira bu ifade, kişinin kendi hayatına son vermesi hususunda iradesi/hakkı olduğu gibi bir anlama geleceğinden dolayı intihar gibi ötanazi ile ilgili olmayan hayata son verme yöntemlerini de kapsayabilir<sup>17</sup>. Genel bir ifade ile ötanazi, mevcut tıbbî verilere ve imkanlara göre iyileşmesi mümkün olmayan ve bu hastalıktan dolayı şiddetli acılar çeken veya sakat doğmuş bir hastanın hayatının aktif veya pasif bir hareket ile sona erdirilmesidir<sup>18</sup>. Burada icraî veya ihmalî bir hareketle ölümün amaçlandığı gözden uzak tutulmamalıdır. Hastaya karşı yapılan aktif veya pasif hareketin onu öldürme kastı ile yapılmaması halinde ötanaziden bahsetmek mümkün değildir. Bu bakımdan ileride inceleyeceğimiz şekilde kemoterapi gibi kesin sonuç getirmeyecek tedavilerin reddedilmesi kanaatimizce pasif ötanazi kapsamında değerlendirilmemelidir.

Ötanazi, kavramsal olarak tıp ve hukuk bilim dallarını birlikte ilgilendiren bir konudur. Bununla birlikte ötanazinin felsefî, vicdanî ve dinî yönleri olması hasebiyle birden fazla disiplinin birlikte incelenmesi, ötanazi hususunda “doğru”ya ulaşma adına önemli bir adım olacaktır. Konuya tıp bilimi açısından bakıldığında; ölüm tıbbî yollardan sağlanmaktadır ve kullanılan vasıtalar açısından ötanazi, Güven’in ifadesi ile “teknik ölüm”dür<sup>19</sup>. Bu ifadenin kabul edilebilirliği veya edilemezliği bir yana, insana olumsuz hisler hissettirdiği açıktır. İnsan hayatının hangi gerekçe ile olursa olsun, vasıtalar kullanılarak “teknik” bir şekilde sona erdirilmesinin insan onuru ile bağdaşıp bağdaşmadığı son derece tartışmaya açıktır. Hukuk bilimi ise, insanın hayat hakkının yanında “ölme hakkı”nın da bulunup bulunmadığı noktasında ötanazi konusu ile ilgilenmektedir. Konuya felsefî ve vicdanî açıdan bakanlar ise, hayatın niteliği ve kişinin kendi hayatı üzerinde tasarrufta bulunma hakkının olup olmadığı hususları ile ilgilenmektedir<sup>20</sup>. Ötanazi kavramını dinî eksende tartışanlar ise, hayatın ve bedeninin, Allah-Tanrı tarafından insana verilen bir “emanet” olduğu ve bu bakımdan hayatın kutsallığı/dokunulmazlığı bağlamında ötanazi kavramına olumsuz bir şekilde bakmaktadır. Ayrıca ötanazi; uygulanacak kişi (ayırt etme gücüne sahip olan/

<sup>16</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5653656e78e900.96115964](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5653656e78e900.96115964) (erişim: 23.11.2015)

<sup>17</sup> Aynı yönde bkz. Yusuf Yaşar/İşıl Turan, **Alman, Avusturya Ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi**, MÜHF-HAD C. 19 S. 1, İstanbul 2013, s. 42.

<sup>18</sup> Ötanazi tanımları için bkz. Güven s. 11; Muharrem Özen/Meral Ekici Şahin, **Ötanazi**, Ankara Barosu Dergisi S. 2010/4, Ankara 2010, s. 17; Yaşar Yiğit, **İslâm Hukukuna Göre Ötanazi**, Ankara 2013, s. 9; Esra Alan Akcan, **Ötanazi**, İÜHF C. LXXI, S.1, İstanbul 2013, s. 3; Altay s. 3; Hamdi Kalyoncu, **Ölümsüzlük İhtiyacı**, İstanbul 2011, s. 83-85.

<sup>19</sup> Güven s. 12.

<sup>20</sup> İnceoğlu s. 15.

olmayan kişiler gibi), ötanazi isteğinin açıklandığı zaman (hastanın bilinci açık/kapalı iken, hastalığa yakalanmadan önce/sonra gibi) ve ötanazinin uygulanma biçimine göre farklı biçimlerde kavramsallaştırılabilir<sup>21</sup>. Hal böyle olunca, ötanazi kavramına ilişkin yapılacak bir hukukî düzenleme, fazlasıyla ayrıntılı olmalıdır.

### A. Ötanazi Türleri

Ötanazi, ölüme yol açan kasıtlı fiilin işlenişi yönünden ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bunlar aktif ve pasif ötanazidir. Çalışmamızda inceleyeceğimiz ikinci ayırım ise, ötanazi kararının alınmasında hastanın iradesinin bulunup bulunmadığı yönü ile iradeye bağlı ötanazi ve irade dışı ötanazidir.

#### i. Aktif Ötanazi-Pasif Ötanazi

Doktrinde aktif ötanazi, ölümü sağlayan tıbbî yöntemin doğrudan doğruya kullanılması hali olarak tanımlanmaktadır<sup>22</sup>. Yine aktif ötanazi, ani ölüme neden olan ölümcül dozda ilacı enjekte etmek olarak da görülmektedir<sup>23</sup>. Kanaatimizce ani ölüme neden olmayan, ancak hastanın hayat süresini kısaltacağı kesin olan maddelerin hastaya verilmesi de aktif ötanazi kapsamında kabul edilmelidir. Anlaşılacağı üzere burada etkin bir şekilde hayatın sonlandırılması amaçlanmaktadır. Aktif ötanazide, hastaya yönelik hareketin niteliği çok önemlidir. Bu bağlamda, hareket hastaya silahla ateş etmek veya bıçaklamak değil, hekimlik faaliyetleri sırasında gerçekleştirilebilecek bir hareket olmalıdır<sup>24</sup>. Aktif ötanazinin uygulandığı bir hasta, öncelikle hekim tarafından sedasyona<sup>25</sup> maruz bırakılır ve daha sonra ölümcül dozdaki ilaç vücuduna enjekte edilir<sup>26</sup>. Buradan anlaşılacağı üzere, usulüne uygun bir şekilde uygulanan aktif ötanazide önce hasta bir anestezi uzmanı tarafından uyutulmakta ve akabinde ölüme sebebiyet veren ilaç hastaya enjekte edilmektedir. İleride de inceleyeceğimiz üzere aktif ötanazi, hukukumuzda Türk Ceza Kanunu'nun 82/1-a hükmü kapsamındaki tasarlara kasten öldürme suçu olarak değerlendirilmektedir<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Bertil Emrah Oder, **Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme**, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011 s. 4.

<sup>22</sup> Artuk/Yenidünya s. 115; Akcan s. 6.

<sup>23</sup> İnceoğlu s. 135.

<sup>24</sup> Özen/Şahin s. 19.

<sup>25</sup> Sedatif ilaçlarla sağlanan ve derinliği hekim tarafından kontrol edilebilen uyku hali. Bu durumda bilinç açıktır, fakat geçici bir hafıza kaybı söz konusu olur. Bkz. <http://www.tibbisozluk.com/arama.php?terim=sedasyon&x=-773&y=-140> (erişim: 26.112015)

<sup>26</sup> Erdem Özkara, **Ötanaziye Farklı Bir Bakış:Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum**, TBB Dergisi S. 78, Ankara 2008, s. 106.

<sup>27</sup> Yener Ünver, **Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi**, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011, s. 57, İnceoğlu s.139, Artuk/Yenidünya s. 137:Yazarlara göre aktif ötanazi,



Pasif ötanazide ise hareketsiz kalmak suretiyle ölüm sonucu meydana getirilmektedir<sup>28</sup>. Önemle belirtilmelidir ki, hareketsiz kalınan fiil sonucunda ölümün meydana gelmesi kesin ise ve ölüm amaçlanmış ise pasif ötanaziden bahsedilebilir. Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda hastanın öleceğini öngörmesine rağmen hastanın talebi üzerine doktorun tedaviyi sona erdirmesi TCK m. 85 kapsamında taksirle öldürme kapsamında değerlendirilmektedir<sup>29</sup>. Doktrinde baskın olan görüşe göre pasif ötanazi, hastanın bir müddet daha yaşamasını sağlayan yaşam destekleyici tedaviyi sunmayarak veya yaşam destekleyici tedaviyi sona erdirerek ölümü hızlandırmaktır<sup>30</sup>. Pasif ötanaziye örnek olarak ise, yaşam destek ünitesinin fişinin çekilmesi, gastrotomi tüpünün çekilmesi, respiratörün çekilmesi gibi durumlar gösterilmektedir<sup>31</sup>. Kanaatimizce bu durumlar ve doktrinde yapılan pasif ötanazi tanımı uygun değildir. Zira özellikle yaşam destek ünitesine bağlı olarak hayatını devam ettiren hastalara verilen yaşam desteğinin çekilmesi kanaatimizce belirgin bir “aktif” hareketi içermekte ve böylece hekim, hareketsiz kalarak değil de, doğrudan bir müdahale ile hastanın hayatının sona ermesine sebebiyet vermektedir<sup>32</sup>. Belirtildiği üzere pasif ötanazi, hareketsiz kalınan fiil sonucunda mutlak olarak ölüm beklenmiş ve istenmiş ise söz konusu olur. Bu bağlamda, çokça tartışılan kemoterapi gibi sonuç garantisi olmayan tedavilerin reddedilmesi veya uygulanmaması halinin pasif ötanazi olup olmadığı hususu da netlik kazanacaktır. Kanaatimizce kemoterapi gibi sonuç garantisi olmayan ve genellikle faydasından çok zararı olan yöntemlerin reddedilmesi kesinlikle pasif ötanazi değildir. Buna mukabil, yaşam destek ünitesinin fişinin çekilmesi ise yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı aktif ötanazi kapsamında değerlendirilmelidir.

Günümüzde doktorlar, pasif ötanaziye -yaşam destek ünitesinin fişinin çekilmesi dahil- aktif ötanaziden daha olumlu bakmaktadır. Örneğin ülkemizde 300 doktorun katıldığı bir araştırmaya göre, doktorların % 11’i aktif ötanaziyi desteklerken, bu oran pasif ötanazide %48’e kadar çıkmaktadır<sup>33</sup>. Kanaatimizce aktif ötanazi-pasif ötanazi ayrımı suni bir ayırmadır ve sonuçlarına bakıldığında da ikisi arasında herhangi bir fark yoktur<sup>34</sup>.

---

tasarlayarak kasten öldürme suçunun yanında TCK m. 82/1-e’deki kasten öldürme fiilinin “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi” bağlamında suçun nitelikli halini oluşturabilir.

<sup>28</sup> Güven s. 15.

<sup>29</sup> İnceoğlu s. 136.

<sup>30</sup> İnceoğlu s. 135; Güven s. 15-16; Özen/Şahin s. 19.

<sup>31</sup> Güven s. 16.

<sup>32</sup> Aynı yönde bkz. Artuk/Yenidünya s. 117. Karşı yönde bkz. Güven s. 16, Yiğit s. 17.

<sup>33</sup> İnceoğlu s. 136.

<sup>34</sup> Aktif-pasif ötanazi ayrımına ahlakî ve felsefî bakış için bkz. Erol Kuyurtar, **Aktif ve Pasif Ötanazi Ayrımı Ahlaksal Bir Ayrım mıdır?**, FLSE, Bahar 2014, Ankara, S. 17, s. 47-69.

## ii. İradeye Bağlı Ötanazi-İrade Dışı Ötanazi

Ötanazi kararı verilirken hastanın içinde bulunduğu durum dikkate alındığında ötanazi iki farklı şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki, hastanın bilincinin açık olduğu ve sarıh bir şekilde ötanazi iradesinin bulunduğunu beyan ettiği iradeye bağlı ötanazi durumudur. Buna istemli (“voluntary”) ötanazi de denilmektedir<sup>35</sup>. Bu durumda hasta, temyiz kudretine sahip olmalı ve iradesi hata, hile veya tehdit gibi durumlarla fesada uğratılmamış olmalıdır. Diğer durumda ise, hastalığın şiddeti nedeni ile hastanın bilinci yerinde değildir ve hasta koma veya bitkisel hayat gibi bir durumdadır. Ötanazi ile ilgili olumlu veya olumsuz iradenin beyan edilemeyeceği bu gibi durumlarda uygulanan ötanaziye irade dışı veya istem dışı ötanazi denir. İrade dışı ötanazi, hasta yakınlarının veya hastayı kanunen temsil etmeye yetkili kişinin talebi ile gerçekleştirilir. Görüldüğü üzere irade dışı ötanazi, hasta iradesini hiçe sayan ve kötüye kullanımların en fazla olabileceği bir durumdur. Hastayı kendilerine yük (!) olarak gören aile bireyleri, irade dışı ötanazinin kabul edildiği hukuk düzenlerinde kolaylıkla hastanın hayat hakkını elinden alabileceklerdir. Çocukken yakalandığı bir hastalık neticesinde hareket kabiliyetini tamamen yitiren ve 12 yıl boyunca komada kalan Güney Afrika’lı Martin Pistorius’un, 12 yıl sonra komadan çıktığında annesine; “ ‘Umarım ölürsün’ demen de dahil her şeyi duydum anne”<sup>36</sup> demesi, irade dışı ötanazinin kabul edildiği durumlardaki istismarların ne kadar büyük olacağına dair ipuçları vermektedir.

Araştırmalara göre doktorlar, iradeye bağlı (istemli) ötanazileri yerine getirirken kendilerini daha rahat hissetmektedirler<sup>37</sup>. Özellikle terminal dönemde olmayan ve terminal dönem<sup>38</sup>e girildiği dönem için verilen ötanazi talepleri, sempati ile karşılanmaktadır<sup>39</sup>.

Doktrinde ayrıca istemsiz (involonter) ötanaziden bahsedilmektedir. İstemsiz ötanazi; hastanın ve hasta yakınının iradesinin olmadığı, yalnızca doktorun iradesine bağlı olarak uygulanan ötanazidir<sup>40</sup>. Bunun en tipik ve uç örneği, önceki bölümlerde de belirttiğimiz üzere Nazi Almanyası’nda uygulanmış ve kronik hastalar, sakatlar,

<sup>35</sup> İnceoğlu s. 157.

<sup>36</sup> 20 Mart 2015 Tarihli Hürriyet Gazetesi: <http://www.hurriyet.com.tr/12-yil-sonra-komadan-cikti-ve-soyledikleri-sok-etti-28501297> (erişim: 27.11.2015)

<sup>37</sup> Altay s. 29.

<sup>38</sup> Terminal dönem, ölümcül hastalığın son evresi, yani ölüm öncesi dönemdir. Terminal dönem kavramı ve kanserli bir hastanın terminal dönemdeki durumu için bkz. <http://onkder.org/text.php?id=790#r1> (erişim:27.11.2015)

<sup>39</sup> Güven s. 14.

<sup>40</sup> Özkara s. 108; Güven s. 14.

yaşlılar ve yaşamları “değersiz” bulunan Yahudi ve Çingene gibi ırklara mensup olanlar gaz odalarında “ötanazi” adı altında katledilmişlerdir<sup>41</sup>.

### III. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ÖTANAZİ

Ötanazi, kavramsal olarak hukukumuzda tanımlanmış değildir. 1998 tarih ve 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesine göre, “*Ötanazi yasaktır./ Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.*” Bu yönetmelik hükmünden hareketle, ötanazinin, kişinin veya bir başkasının talebi ile, tıbbî gerekler veya başka bir nedenle yaşamın sonlandırılması demek olduğu sonucu çıkartılabilir. Ancak anlaşılacağı üzere bu tanımlama fazlasıyla yetersizdir.

Hukukumuzda hayat hakkı, en temel kişilik hakkı olarak kabul edilmektedir. Hayat hakkı üzerinde hiç kimsenin tasarruf etme hakkı bulunmamaktadır<sup>42</sup>. Hiç kimse ne kendisinin ne de bir başkasının hayatına son verme hakkına sahip değildir. Bu yönde gösterilen rıza da hangi gerekçe ile olursa olsun hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir unsur olmayacaktır<sup>43</sup>. Buna mukabil rızanın varlığı Türk Borçlar Kanunu m. 52 ve TCK m. 62 uyarınca tazminatın ve cezanın indirilmesinde takdiri bir neden olarak kabul edilebilir<sup>44</sup>.

TCK'da ötanazi ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışmanın başında da belirtildiği üzere hukukumuzda, hastanın mutlak rızası ve talebi olsa dahi ötanazi uygulayan bir doktor, kasten öldürme suçunu işlemiş kabul edilecektir. Zira TCK m. 26/2 hükmüne göre, yalnızca “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” Hayat hakkı ise, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak değildir.

1989'da TCK Öntasarısının ikinci komisyon tarafından hazırlanan metninin 135. maddesinde “Talep üzerine öldürme” başlıklı bir düzenleme mevcuttu. İlgili düzenlemeye göre; “*İyileşmesi olanağı bulunmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ızdıraplarına son vermek maksadıyla öldürme filini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*” Anla-

<sup>41</sup> Özkara s. 108.

<sup>42</sup> Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, İstanbul 2013, s. 112.

<sup>43</sup> Helvacı *Gerçek Kişiler* s. 112.

<sup>44</sup> Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul 2001, s. 51; Helvacı *Gerçek Kişiler* s. 112-113.

şılacağı üzere buradaki düzenleme “talep üzerine öldürme”den ziyade tam anlamı ile ötanazidir. Görüleceği üzere burada hastanın rızası yeterli görülmemiş ve temyiz kudretine sahip olduğu dönemde ısrarlı taleplerinin olması aranmıştır. Tasarıdaki bu düzenleme, TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilmemiş ve metinden çıkartılmıştır. Doktrinde de bu düzenleme, hayat hakkının önemi dikkate alındığında talep üzerine öldürme (ötanazi) fiilinin hafif bir ceza ile geçiştirildiği gerekçesi ile eleştirilmiştir<sup>45</sup>. Yine düzenlemeye getirilen bir başka eleştiri ise, hastanın bu ısrarlı talepleri bilinç ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yapması beklenirken, ölümcül bir hastalığa yakalanan kişilerin bu bilinç ve hareket serbestliğine zaten sahip olamayacakları gerekçesidir<sup>46</sup>. Aynı hüküm TCK 1997 Öntasarısında da “acıyı dindirme saiki” ile öldürme başlığı altında tekrarlanmıştır<sup>47</sup>, fakat sonuç olarak yasa koyucu bu tasarıyı kabul etmemiş ve mevcut düzenin devamı olan, ötanaziye kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmasına devam edilmesine karar vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da ötanazinin hukukumuzda kesinlikle yasak olduğuna dair şu kararı vermiştir: “...Ayrıca mağdurun rızası suçu ortadan kaldırmaz. Yasa müessir fiil suçunda hukuka uygunluk sebebi olarak mağdurun rızasını kabul etmemiştir. Beden bütünlüğü ile ilgili haklar üzerinde kişinin sınırsız tasarruf yetkisi yoktur. Beden bütünlüğüne zarar veren, kişinin toplumsal görevlerini yerine getirmesini engelleyecek eyleme ilişkin rıza, geçerli olamaz. Öğretide çoğunlukla mağdurun rızası takibi şikayete bağlı müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edildiği halde, re’sen kovuşturulan müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edilmemektedir. Bu suçta mağdurun rızasını kabul etmek bizi sonuçta ötanaziye kabul etmeye kadar götürebilecektir ki Türk Hukukunda ötanazi, kasten adam öldürme şeklinde cezalandırılmaktadır...”<sup>48</sup> Bu karara göre ötanazi uygulayan doktor, yaptırımı müebbet hapis cezası olan kasten öldürme suçunu işlemiş olacaktır. Hatta bazı durumlarda ötanazi, TCK m. 82/1-a ve m. 82/1-e kapsamlarında, “tasarlayarak kasten öldürme” veya “..beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı kasten öldürme” suçu kabul edilerek ötanazi uygulayan doktora ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası uygulanabilecektir.

#### IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN ÖTANAZİ

Ötanazi hususunda karşılaştırmalı hukuka bakıldığında bazı ülkelerin Türkiye gibi ötanaziye izin verme konusunda çok katı oldukları ve yasakladıkları görülürken,

<sup>45</sup> Ahmet Gökçen/Murat Balcı, **Kasten Öldürme Suçu (TCK. M. 81)**, MÜHF-HAD C. 17 S. 1-2, İstanbul 2011, s. 110;

<sup>46</sup> Ömer Ömeroğlu, Ötanazi, TBB Dergisi 1993/2, Ankara 1993, s. 203.

<sup>47</sup> Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2008, s. 325.

<sup>48</sup> YCGK 2004/9-213 E. 2005/3 K. 01.02.2005 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim: 28.11.2015)

bazı ülkelerde yine yasak olduğu ancak yaptırımının hafif olduğu görülmektedir. Son olarak bazı ülkelerde ise ötanazi yasal ve belirli durumlarda ötanaziye izin verilmektedir. Hatta bazı ülkelerde ötanazi fazlasıyla geniş yorumlanmaktadır. Örneğin, 1933 Uruguay ve 1935 Kolombiya Ceza Yasalarına göre, acıma saikiyle adam öldürülmesinde mahkemenin ceza vermeme yetkisi vardır<sup>49</sup>. Kanaatimizce ülkeden ülkeye değişen bu durum, ülkelerin en başta dinî öğretileri ve dine bağlılıkları ile ilgilidir. Çalışmanın V. bölümünde başlıca dinlerin ötanaziye bakışı incelenecektir.

### A. Kıta Avrupası Hukukunda Ötanazi

Ötanazi bağlamında kıta Avrupasını incelediğimizde, ötanazinin Hollanda, Belçika ve Lüksemburg dışındaki ülkelerde yasal olmadığını görmekteyiz. 2015 yılında 11 milyon nüfusa sahip olan ve 2013 yılında 1807 kişinin ötanazi olduğu Belçika’da, ötanazi kapsamının fazlasıyla genişlediği görülmektedir. 30 senedir hapis hapsede bulunan müebbet hapis mahkumuna 2014 yılında, “çektığı dayanılmaz psikolojik acılar” nedeniyle hastahanedeki ötanazi hakkının tanınması ile yeni bir tartışma başlamıştır<sup>50</sup>.

Hollanda’da ötanazi günümüzde hem aktif hem de pasif haliyle serbesttir. Hollanda’da yargıya yansıyan ilk dava 1984 yılındaki *Alkmaar* davasıdır. Bu davada, 95 yaşındaki kalçası kırık, sağır ve kör olan bir hastanın ısrarlı istemleri sonucu kendisine yüksek dozda morfin vererek hayatını kaybetmesine neden olan doktor yargılanmıştır. Hollanda Yüksek Mahkemesi verdiği kararda; “*vicdanlı bir hekimin görevleri arasında, tercihini ölümden yana kullanmak da vardır.*” diyerek doktorun suçsuzluğuna hükmetmiştir<sup>51</sup>. Bu davadan sonra Hollanda Kraliyet Tabipler Birliği bir bildiri yayınlamış ve bir hastaya ötanazi uygulanmasının şartlarını açıklamıştır. Ayrıca Tabipler Birliği, çoğunluklu bir toplumda kürtaj ve ötanazi gibi konularda hiçbir zaman bir konsensüsün oluşamayacağını belirterek, belirli koşullarda ötanazinin serbest olduğunu bildirmiştir<sup>52</sup>. Bu koşullar şunlardır:

- 1- *Ötanazi talebi hastadan gelmelidir. Bu talep aydınlatılmış bilgiye dayanan hiçbir şüpheye yer vermeyecek kadar açık, bağımsız ve ısrarlı bir isteme dayanmalıdır.*
- 2- *Tedavisi olanaksız bir hastalık söz konusu olmalı ve hastanın katlanılmaz acı ve ızdırabları bulunmalıdır. Bu acı ve ızdırabın dindirilmesinin hiçbir koşulu kalmamış olmalıdır.*

<sup>49</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 324

<sup>50</sup> <http://www.dw.com/tr/belçikalı-mahkûma-ölme-hakkı-tanındı/a-17924036> (erişim: 30.11.2015)

<sup>51</sup> Margaret F. A. Otlowski, *Voluntary Euthanasia and the Common Law*, Oxford 1997, s. 398.

<sup>52</sup> İnceoğlu s. 196.

- 3- *Hekim bu karara varırken titiz davranmalı, bu alanda tecrübeli ve bağımsız başka bir hekimle birlikte değerlendirme yaptıktan sonra uygulamaya geçmelidir.*<sup>53</sup>

Ötanazi, günümüzde Hollanda’da yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Öyle ki, 15 milyon nüfuslu Hollanda’da her yıl yaklaşık 3500 kişinin ötanazi yoluyla öldüğü tahmin edilmektedir<sup>54</sup>. 2002 yılında ötanazi ile ilgili kabul edilen yasaya göre, hastanın ölümcül bir hastalığa yakalanmış olması gerekmemektedir. Hastanın dayanılmaz ve sürekli acılar içinde olması, mevcut verilere göre iyileşme imkanının olmaması ve ölüm isteğini açıkça yerine getirmesi yeterlidir<sup>55</sup>. Yine ilgili yasaya göre, 12 yaşından küçüklerin ötanazi talebi yerine getirilmeyecektir. 12 ilâ 16 yaş arasındakilerin ise anne ve babanın izni gereklidir. Ancak anne-baba bu izni vermemekte haksız ise ve bu durum çocuğun ciddi bir şekilde zararına sebebiyet verecek ise izin gerekmemektedir<sup>56</sup>.

İsviçre’de ötanazi, yardımcı intihar (“Assistierter Suizid”) (“Assisted Suicide”) kavramı bağlamında tartışılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, **İsviçre’de aktif veya pasif ötanazinin serbest olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır ve Hollanda’daki gibi bir ötanazi düzenlemesine yönelik herhangi bir çalışma da mevcut değildir**<sup>57</sup>. Bununla birlikte, İsviçre Ceza Kanunu’nun 115. maddesine<sup>58</sup> göre, “*Kişisel menfaat elde etmek için, bir kişiyi intihar etmeye teşvik eden veya intihar etmesine yardım eden kişi, intiharin gerçekleşmesi veya intihara teşebbüs edilmesi halinde 5 yıla kadar hapis veya para cezasına çarptırılır.*” Bu hükmün karşıt anlamından (*argumentum a contrario*), intihara -veya ötanaziye- yardım eden kişinin, bu yardımı kişisel menfaat elde etmek için yapmıyor olması durumunda yardımcı intiharın mümkün olduğu sonucuna varılabilir<sup>59</sup>. **İsviçre’de yardımcı intihar hadiseleri oldukça yaygındır. Öyle ki, İsviçre’de yasal dört tane yardımcı intihar hizmeti veren örgüt bulunmaktadır. Bunlardan en büyüğü olan EXIT-Deutsche Schweiz örgütünün 90.000’den fazla üyesi bulunmaktadır**<sup>60</sup>. Yıllık 45 İsviçre Frangı üyelik ücreti bulunan örgütün<sup>61</sup>, “kişisel menfaat elde

<sup>53</sup> Peter Singer, *Rethinking Life and Death*, New York 1994, s. 146; İnceoğlu s. 196.

<sup>54</sup> Altay s. 69.

<sup>55</sup> F. Pınar Ölçer, *A Contextual Perspective on Dutch Law and Practice Regarding Euthanasia and Assisted Suicide*, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011, s. 247.

<sup>56</sup> Ölçer s. 249.

<sup>57</sup> Julian Mausbach, *İsviçre Hukukunda Yardımlı İntihar*, (çev. Işık Önay/Sendi Yakuppur), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011, s. 161’deki 2 nolu dn.

<sup>58</sup> <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201501010000/311.0.pdf> (erişim: 29.11.2015)

<sup>59</sup> Aynı yönde bkz. Mausbach s. 163.

<sup>60</sup> <https://www.exit.ch/en/who-is-exit/> (erişim:29.11.2015)

<sup>61</sup> <https://www.exit.ch/en/exit-at-a-glance/> (erişim:29.11.2015)

etmek” amacı gütmeyeceği, üyelik aidatı ile idarî masrafların karşılanması amaçlandığı iddia edilmektedir<sup>62</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, madde metnindeki “kişisel menfaat” ifadesinden hastanın ölümünden sonra meydana gelecek olan miras, malî destek yükümünden kurtulma gibi durumlar da anlaşılmalıdır<sup>63</sup>. İsviçre hukukunda ötanazi ile ilişkilendirilebilecek bir diğer hüküm de İsviçre Ceza Kanunu’nun 114. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, “*Acıma duygusu gibi insani nedenlerle bir kişiyi ondan gelen ciddi ve ısrarlı talep üzerine öldüren kişi üç yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılır.*”<sup>64</sup> Görüleceği üzere, her ne kadar hukukumuzdaki kadar yaptırımını ağır olmasa dahi İsviçre’de de ötanazi suçtur.

Alman hukukunda da aktif **ötanazinin suç olarak nitelendirildiğini görmekteyiz**. Alman Ceza Kanunu’nun Gönüllü Ötanazi (*Tötung auf Verlangen*) başlıklı 216. maddesine göre<sup>65</sup>, “*Bir kişinin açık ve ısrarlı, ciddi talebi üzerine onu öldüren kişi altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır/Teşebbüs aşamasında da cezalandırılır.*” Ancak belirtmek gerekir ki, Alman Federal Yüksek Mahkemesi 2007 yılında verdiği bir kararda, gastrostomi ile yapay beslenme sağlayan **düzenegün fişinin çekilmiş olmasından dolayı hastanın talebini yerine getiren hasta yakınlarına ve avukatına herhangi bir ceza vermemiştir**<sup>66</sup>. Alman Federal Meclisi, 6 Kasım 2015 tarihinde yaptığı düzenleme ile “istisnai” durumlarda, pasif ötanazi olarak nitelendirilebilecek tedavinin kesilmesi durumlarının yasal olduğunu belirlemiştir. Bununla birlikte, kâr amaçlı ticarî ötanazi desteği yasaklanmıştır Bu şekilde pasif ötanaziye kar amacı güdeyerek yardımcı olan kişiler üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır<sup>67</sup>.

Norveç’te de ötanazi kasten öldürme suçundan ayrı bir şekilde ve daha hafif yaptırımla suç olarak belirlenmiştir. Norveç Ceza Kanunu’nun 229 ve 235. maddelerine göre, “umutsuz” bir hastalığa yakalanan kişinin ölümüne yardımcı olan kişi üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır<sup>68</sup>.

Bir diğer kıta Avrupası ülkesi olan İtalya’da da ötanazi yasaktır ve cezası diğer ülkelere göre daha ağırdır. İtalyan Ceza Kanunu’nun 579. maddesine göre, “Her kim,

<sup>62</sup> Mausbach s. 165.

<sup>63</sup> Bemzer yönde bkz. Yaşar/Turan s. 51.

<sup>64</sup> <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201501010000/311.0.pdf> (erişim:29.11.2015)

<sup>65</sup> [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p1812](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1812) (erişim: 29.11.2015)

<sup>66</sup> Gunnar Duttge, **Alman Hukukunda Ötanazi**, (çev. Beril Özcanlı/Zeynep Elilbol) Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011, s. 215.

<sup>67</sup> “Ötanazi Yardımına Yasak” <http://www.dw.com/tr/ötanazi-yardımina-yasak/a-18832620> (erişim: 29.11.2015)

<sup>68</sup> <http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19020522-010-eng.pdf> (erişim: 29.11.2015)

*mağdurun rızası ile onun ölümüne sebebiyet verirse, altı yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Ayrıca yine aynı maddenin 3. fıkrasına göre öldürme fiili; 1) 18 yaşından küçük birine karşı işlenmiş ise, 2) Akıl hastası veya isnat yeteneğini kaldıran başka bir ruhsal eksiklik koşullarında ya da rıza dışı alkol, uyarıcı veya uyuşturucu maddeler verilen kişi üzerinde işlenmiş ise, 3) Cebir, şiddet veya tehdit sonucu elde edilen rızaya dayanılarak işlenmiş ise, hastanın verdiği rıza geçerli olmayacak ve fail hakkında kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>69</sup>.*

## B. Anglo-Sakson Hukukunda Ötanazi

Amerika Birleşik Devletleri’nde ötanazinin ciddi bir şekilde tartışılmaya başlanması 1980’li yılların başlarına tekabül etmektedir. Bu yıllarda down sendromlu olarak doğan çocuklarını aç bırakarak ölüme terk eden anne-babaların sayısının artması ile 1981 yılında Başkan Reagan tarafından seçilen bir komisyon, tıp alanındaki etik problemleri ve çözüm yollarını araştırmaya başlamıştır. Komisyon, bu çalışmalarını sonucunda, *“olağan bir bakım (tedavi) verilmek suretiyle yaşayacak olan hiçbir çocuğun, hayatlarının yaşamaya değmeyeceğinden bahisle yaşama imkanının reddedilemeyeceği, ancak bu sınırı aşan müdahalelerden kaçınma hakkının bulunduğu”* yönünde karar almıştır<sup>70</sup>. Yani bir başka deyişle, anne-babalar “olağan”dan daha fazla bakım gerektiren hasta çocuklarını tedavi ettirmekten kaçınabilecek ve bir nevî pasif ötanazi uygulayabileceklerdir. Günümüzde Amerika’daki tüm eyaletlerde tedaviyi reddetme hakkı bağlamında pasif ötanaziye izin verilmektedir. ABD’deki eyaletlerin büyük çoğunluğunda ise istemli aktif ötanazi, ceza yasaları açısından cinayet olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca hastanın rızası, cezayı kaldıran veya hafifleten bir neden olarak da görülmemektedir<sup>71</sup>. Ancak bazı eyaletler, aktif ötanaziye izin veren yasalar çıkartmaya başlamıştır. Örneğin, Ekim 2015’te Kaliforniya’da ötanazi yasal hale gelmiştir. Kaliforniya valisi Jerry Brown, *“Tercihimi yaparken, ‘aynı durumda ben olsaydım ne yapardım?’ sorusuna yanıt aradım”* demiştir<sup>72</sup>.

Bir diğer Anglo-Sakson hukuk disiplinine tâbi ülke olan İngiltere’de ötanazi yasal değildir. Ancak mahkeme bazı çok istisnai durumlarda ötanaziye izin verebilmektedir. Ötanaziyi İngiltere’de yasallaştırma çalışmaları 2004 yılında “Ölümcül Hastalara Yönelik Ölmeye Yardım Etme Yasa Tasarısı” ile başlamıştır. Ancak tasarı,

<sup>69</sup> Özen/Şahin s. 27.

<sup>70</sup> M. Laurin, *Pediatric Neurosurgery*, Matchmaker of Law and Medicine, 1990, s. 136 (aktaran Güven s. 35.)

<sup>71</sup> İnceoğlu s. 196.

<sup>72</sup> <http://www.dw.com/tr/kaliforniyada-ötanazi-serbest-bırakıldı/a-18763150> (erişim: 30.11.2015)



alt yasama meclisi olan Avam Kamarası tarafından çoğunluk oylarla reddedilmiştir<sup>73</sup>. Yine, 11 Eylül 2015 tarihinde İngiliz parlamentosunda ötanazinin yasal hale gelmesi-ne ilişkin tasarı, 118'e karşı 330 oy ile reddedilmiştir<sup>74</sup>.

### C. AİHM Kararlarında Ötanazi

Ötanazi konusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gelişmekte olan zengin bir içtihadının olduğu görülmektedir. Zira ötanazi talebi, ülkesi tarafından kabul edilmeyen hastaların bir sonraki başvuru mercii genellikle AİHM olmaktadır. Bu bağlamda inceleyeceğimiz ilk karar, 29 Nisan 2002 tarihli *Pretty v. the United Kingdom*<sup>75</sup> davasıdır. Bu davaya konu olan olayda, ALS olarak bilinen motor nöron hastalığının mevcut tıp bilgisine göre tedavisi bulunmayan ileri bir evresinde olan hasta, intihar edemediğinden dolayı kocasının yardımı ile ötanazi yoluna başvurmak ve kocasının kendisine ölmesi için yardım ettiğinde hakkında kovuşturma başlatılmayacağı konusunda teminat istemiştir. Bu talebi İngiltere tarafından kabul edilmeyen hasta, ötanazi talebine *İngiltere devletinin* olumlu cevap vermeyerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. (Yaşama hakkı), 3. (İşkence yasağı), 8. (Özel hayatın ve aile hayatının korunması), 9. (Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), ve 14. (Ayrımcılık yasağı) maddelerini ihlâl ettiği gerekçesi ile AİHM'de dava açmıştır. Mahkeme, tüm maddeler bakımından hastanın talebini reddetmiş ve İngiltere'yi haklı bulmuştur. Ayrıca AİHM'e göre, AİHS'nin 2. maddesindeki yaşama hakkı, tersine bir yorum ile ölme hakkının da mevcut olduğu şekliyle yorumlanamaz<sup>76</sup>.

5 Haziran 2015 tarihli *Lambert and Others v. France*<sup>77</sup> davasına konu olan olayda ise, 7 yıldır komada olan 38 yaşındaki Vincent Lambert'in doktorları ve eşi, hastaya su ve gıda takviyesi yapmayı ve yaşam desteğini sona erdirmeyi, yani "pasif ötanazi"<sup>78</sup>yi talep etmişlerdir. Fransız mahkemeleri de bu talebi haklı görmüştür. Bunun üzerine hastanın anne ve babası konuyu AİHM'e taşımıştır. AİHM, ilk önce 25 Haziran 2014'te ihtiyati tedbir kararı vererek ötanazinin uygulanmamasını istemiştir.

<sup>73</sup> Akcan s. 18.

<sup>74</sup> <http://tr.euronews.com/2015/09/11/ingiltere-de-otanaziye-ret/> (erişim: 30.11.2015)

<sup>75</sup> Kararın tam metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448#{"itemid":\["001-60448"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448#{) (erişim: 30.11.2015)

<sup>76</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf) (erişim: 30.11.2015)

<sup>77</sup> Kararın tam metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352#{"itemid":\["001-155352"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352#{) (erişim: 30.11.2015)

<sup>78</sup> Daha önce de belirttiğimiz üzere, kanaatimizce bu desteğin sona erdirilmesinde hastanın öleceği kesin ise burada bir müdahale sonucu ölüm söz konusudur ve aktif ötanaziden söz etmek gerekir.

Ancak 5 Haziran 2015 tarihinde verdiği nihai kararında AİHM gıda takviyelerinin ve yaşam desteğinin durdurulması yönünde Fransız mahkemesini haklı bulmuştur<sup>79</sup>.

## V. DİNLERİN ÖTANAZİYE BAKIŞI

Ötanazi, temelde hukuk ve tıp bilimlerini ilgilendiren bir konu olsa da, kanaatimce hem birey hem de devlet düzeylerinde ötanaziye olan bakışı belirleyen en önemli unsur dindir. Zira genel anlamda bakıldığında ötanaziye izin vermeyen dinin dindar olan mensuplarının da ötanaziye *şiddetle karşı çıktıkları görülmektedir*. Yine, devlet yönetiminde mensup oldukları dinin istemli veya istemsiz etkisi altında olan *ülkelerin* ötanaziye bakışları bu çerçevede belirlenmektedir kanaatindeyiz. Bu denli önemi haiz olan dinlerin ötanaziye nasıl baktıkları bu başlık altında çalışmanın hacmi de düşünülerek genel hatları ile incelenecektir.

### A. İslamiyet Açısından Ötanazi

İslam dini, -mensubu olduğu iddia edilen bazı insan ve gruplardan bağımsız olarak- insanların hayat haklarına büyük önem vermiş ve kişilerin canlarının dokunulmaz olduğunu bildirmiştir<sup>80</sup>. Dokunulmaz olan bu hayat hakkı İslam'a göre daha anne karnında başladığından dolayı kürtaj, anne hayatının tehlikede olduğu durumlar hariç olmak üzere kesinlikle yasaktır. Hatta kişinin hayat hakkının tehlikede olduğu durumlarda tehlikeyi savuşturmak için Yaratıcı'yı inkâr etmesi dahi caiz görülmüştür<sup>81</sup>. Yine bir başka Kur'an emrine göre, aç veya susuz kalan bir kimsenin hayatta kalabilmek adına normalde yasak olan şeyleri (şarap, domuz eti vs.) hayatta kalacak kadar yiyip içmesine izin verilmiştir<sup>82</sup>. Hatta bu durumdaki kişi söz konusu şeyleri yemediği için hayatını kaybederse dinen sorumlu olur<sup>83</sup>. İslam Hukukunun birincil kaynağı olan Kur'an'ın bir başka ayeti şu şekildedir; *"Kim, bir insanı, bir can karşılığı veya yeryüzünde bir bozgunculuk çıkarmak karşılığı olmaksızın öldürürse, o sanki bütün insanları öldürmüştür. Her kim de birini (hayatını kurtararak) yaşatırsa, sanki bütün insanları yaşatmıştır."*<sup>84</sup> Buradan anlaşılacağı üzere Kur'an iki yerde kişinin hayat hakkının elinden alınmasına izin vermektedir. Bunlardan birincisi, haksız yere bir kişinin öldürülmesi sonucu ortaya çıkan kısas cezası, ikincisi ise yeryüzünde "bozgunculuk" yapma

<sup>79</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf) (erişim: 01.12.2015). Ayrıca bkz. "AİHM'den Fransa'da Pasif Ötenazi Kararına Onay" <http://www.hurriyet.com.tr/aihmden-fransada-pasif-otenazi-kararina-onay-29204876> (erişim: 01.12.2015)

<sup>80</sup> Servet Armağan, **İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, Ankara 2001, s. 83.

<sup>81</sup> Bkz. Kur'an-ı Kerim Nahl Suresi 106. Ayet

<sup>82</sup> Kur'an-ı Kerim Bakara Suresi 173. Ayet

<sup>83</sup> Osman Kaşıkçı, **Hukuk Tarihinde Ötanazi**, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi S. 6 Güz 2008, s. 95.

<sup>84</sup> Kur'an-ı Kerim Maide Suresi 32. Ayet

durumudur. Bunların dışında, ötanazi de dahil olmak üzere kişinin hayat hakkına dokunulamaz<sup>85</sup>. İslâm hukukunun ikincil kaynağı olan Hz. Muhammed'in söz ve davranışlarını içeren disiplin olan hadislere bakıldığında da ötanazi olarak yorumlanacak hadiselerin kesin bir şekilde reddedildiği görülmektedir. Peygamberin savaşlarından biri olan Hayber Savaşı'nda Kuzmân ez-Zufurî isimli müslüman asker yaralanmıştır ve şiddetli acılar çekmektedir. Bunun üzerine Kuzmân yarasının acısına dayanmak istemez ve kılıcının sapını yere, keskin ucunu da göğsüne yaslayarak üzerine yüklenir ve bir nevî ötanazi yaparak hayatına son verir<sup>86</sup>. Bunun üzerine Peygamber; "Bu kişi cehennemliktir." demiştir<sup>87</sup>. Hatta İslâm'a göre kişinin herhangi bir gerekçe ile hayatına son vermesinin kesin yasak olmasının yanında ölümü temenni etmesi dahi hoş karşılanmamaktadır. Bu bağlamda Peygamberin "*İçinizden hiç kimse, maruz kaldığı bir zarar sebebiyle sakın ölümü temenni etmesin...*"<sup>88</sup> şeklindeki sözü kişinin ölümü istemesinin dahi yasaklandığını göstermektedir<sup>89</sup>.

### B. Hristiyanlık Açısından Ötanazi

Dayanılmaz acılar çeken bir hastanın acılarından dolayı hayatına son vermek istemesi Hristiyan öğretisi ile bağdaşmaz. Zira Hristiyan inancına göre, acı çekmek Hz. İsa'nın çarmıha gerilirken yaşadıklarını hissetmek ve ona yakın olmak bağlamında insanı kurtuluşa erdirici sebeplerden biri olarak görülür<sup>90</sup>. Ancak İncil'e bütüncül olarak bakıldığında İncil'in ötanaziye yasakladığına ilişkin bir ifade görülmemektedir. Buna mukabil hayatın kutsallığı ve Yaratıcı'nın önemine ilişkin ifadelerin varlığı Hristiyan din adamlarınca ötanazinin yasak olduğu yönünde yorumlanmıştır<sup>91</sup>. Ötanazinin Hristiyanlıkta yasak kabul edilmesinin bir başka nedeni de insanın hastalık sebebi ile çektiği acıların onu olgunlaştıracağı, bu acıların günahlarına kefarete olacağı ve Yaratıcı'nın bu acıların sonunda hastaya hazırladığı bir ödülün olduğu düşünceleridir<sup>92</sup>. Bu düşüncelerin benzerlerinin Müslüman din adamları tarafından da savunulduğu görülmektedir. Hristiyan mezhepleri arasında bakıldığında Protestanların ötanazi konusunda Katoliklere göre çok daha ılımlı oldukları görülmektedir. Nitekim Protestan kilisesi 1976 yılında pasif ötanaziye izin vermiş ve sadece fiziksel olarak

<sup>85</sup> Yiğit s. 62.

<sup>86</sup> Kaşıkçı s. 94; Yiğit s. 87.

<sup>87</sup> <http://hadis.ihya.org/kutubusitte/konu/680.html> (Buharî Hadis No:4936) (erişim: 01.12.2015)

<sup>88</sup> <http://hadis.ihya.org/kutubusitte/konu/152.html> (Buharî Hadis No: 979) (erişim: 01.02.2015)

<sup>89</sup> Yaşar Yiğit, **İslâm Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukukî Sonuçlarının Değerlendirilmesi**, İslâmî Araştırmalar Dergisi C. 16 S. 3, 2003, s. 345.

<sup>90</sup> Güven s. 65.

<sup>91</sup> James Rachels, **The End of Life**, Oxford 1986, s. 162.

<sup>92</sup> Rachels s. 164.

bu dünyada bulunmanın ahlâkî ve sosyal açıdan savunulamayacağını, Yaratıcı'nın da isteğinin bu olmadığını açıklamıştır<sup>93</sup>. Katolik kilisesi ise 1980 yılında, normal tıbbî tedavinin devam etmesi gerektiğini, fakat hastanın acısını dindirmeyen, eziyet çekmesini uzatan olağan dışı girişimlerin yapılmamasını önermiştir. Vatikan, 1974 yılında yayınladığı "Ötanazi Üzerine Beyanname"nin sonuç bölümünde net ifadelerden kaçınarak ancak ötanazi tartışmalarına da kapıyı kapatarak şunları söylemiştir: *"Yaşam Allah vergisidir ve öte yandan ölüm kaçınılmazdır; bu yüzden, ölüm anının gelişini hiç bir surette hızlandırmadan, ölümü tam bir sorumluluk ve onur ile kabul edebilmemiz gerekir. Şu bir gerçektir ki ölüm bizim yeryüzüne ilişkin olan varlığımızın sona erdiğini gösterir, ancak aynı zamanda o ölümsüz yaşama kapı açar. Bu yüzden, herkesin insani değerler ışığında kendisini bu olaya hazırlaması gerekir, ve Hristiyanınn ise iman ışığında daha da çok hazırlanması gerekir."*<sup>94</sup>

### C. Diğer Dinler Açısından Ötanazi

Ötanaziye Yahudilik açısından bakıldığında ilk olarak Hz. Musa'ya Tur Dağı'nda bildirilen ve "on emir" olarak nitelendirilen emirlerden altıncısı olan "Öldürmeyeceksin."<sup>95</sup> emri karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca ötanazi ile veya bir başka şekilde kendi hayatına son veren Yahudilerin arkasından kaside okunmaması, Yahudi mezarlığının ana bölgesine gömülememesi Yahudilerin bu konuda ne kadar kesin çizgilerinin olduğunu göstermektedir. Yine Yahudi inancına göre insan, Tanrı'nın "imajıdır" ve 72 saat ömrü kalmış, çok şiddetli acılar içinde kıvranan bir hastanın dahi öldürülmesi cinayettir<sup>96</sup>.

Budizm öğretisine göre, bir hastalıktan veya başka bir nedenden dolayı acı çekmek olağandır ancak ızdıraplı hastalıktan kurtulmak için istemli ötanazi yapılmasına olumlu bakılmaktadır. Hatta ızdıraplı hastalıktan kurtulmak için intihar etmenin "Nirvana"ya ulaşmayı engellemediği belirtilmektedir<sup>97</sup>. Sonuç olarak bakıldığında; Şintoizm, Budizm gibi uzak doğu din öğretilerinin haricindeki dinler, ötanaziye olumsuz bir şekilde bakmaktadır.

<sup>93</sup> Yaşar, İslam Hukukuna Göre Ötanazi, s. 47.

<sup>94</sup> Austin Flannery, O. P. , "Ötanazi Üzerine Beyanname" (çev. Osman Taştan), AÜİFD C. XLIII S. 2, Ankara 2002, s. 412.

<sup>95</sup> Eski Ahit Mısır'dan Çıkış 20/13

<sup>96</sup> "Euthanasia: A Jewish View" <http://www.myjewishlearning.com/article/euthanasia-a-jewish-view/> (erişim: 01.12.2015)

<sup>97</sup> İnceoğlu s. 56.

## VI. HAYAT HAKKI KARŞISINDA ÖTANAZİ

Çalışmanın başında da belirtildiği üzere hayat hakkı, en temel kişilik hakkıdır. Zira diğer kişilik haklarının kullanılabilmesi temelde hayat hakkının bulunmasına bağlıdır. Kişilik hakları, mutlak ve tekelci niteliklere sahiptir<sup>98</sup>. Hayat hakkı, T.C. Anayasası'nın 12. maddesinde de belirtildiği üzere, kişinin *kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez* bir haktır. Yine Anayasa'nın 15/2 hükmü uyarınca, "... savaşı hukukuna uygun füller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz..." Görüldüğü üzere hukukumuzda hayat hakkı dokunulamaz ve üzerinde tasarruf edilemez bir haktır. Hayat hakkının bu tasarruf edilemezlik özelliği hem kişinin bizzat kendisi için hem de diğer kişiler için geçerlidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi<sup>99</sup> de Yaşam Hakkı başlığını taşımaktadır. Bu maddeye göre;

- “1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.
2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:
  - a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;
  - b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;
  - c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması”

Madde metninde hayat hakkının hangi zamanlarda kasten sona erdirilebileceği tahdidî bir şekilde belirtilmiştir ve ötanazî bu sayılanlar arasında yer almamaktadır. Bu maddenin karşıt anlamından (*argumentum a contrario*) kişinin hayat hakkı olduğu gibi ölme hakkının da olduğuna dair yorumlara AİHM, *Pretty v. the United Kingdom* davasında, bu hükmün dili tahrif edilmeden böyle bir yoruma ulaşamayacağını belirtmiştir<sup>100</sup>.

Kanaatimizce vazgeçilemez, devredilemez ve dokunulmaz nitelikte olan hayat hakkının ötanazî gerekeşi ile dahi sona erdirilmesi hem hukuken hem de ahlâken birçok sorunu beraberinde getirecektir. Özellikle hukukumuzda ötanazîye kesinlikle cevaz verilme-

<sup>98</sup> Kişilik hakkının nitelikleri için bkz. Helvacı, Gerçek Kişiler s. 109-111.

<sup>99</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf) (erişim: 01.12.2015)

<sup>100</sup> Bkz. Kısım IV. C.

mesi ve kasten öldürme olarak nitelendirilmesi hukuka aykırılığı net bir şekilde göstermektedir. Öte yandan bir hastalığın mevcut tıbbî verilere göre iyileşmesinin mümkün olmaması, o hastanın hiçbir zaman iyileşmeyeceğini, tıp biliminin bir sonraki gün dahi o hastalığa tedavi bulamayacağını göstermemektedir. Zira ötanazi konusunda karar vermenin siyah ile beyaz kadar net olmadığı ve gri bir alanda bulunduğu iddia edildiği gibi, hastalıktan kurtulma ümidinin hiç olmadığı hususunun da siyah ile beyaz kadar net olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim kısa sürede ölmesi beklenen hastaların çok uzun yıllar komada kalıp önceki sağlıklı hayatlarına döndüklerine hemen her gün şahit olunabilir<sup>101</sup>. Bu bağlamda, sağlıklı hayatına geri dönebilecek bir insana ötanazi uygulamak ciddi vicdanî problemleri de beraberinde getirecektir. Yine, ötanazi yolunun açılması ile günümüzde “şiddetli psikolojik acılar” çeken kişilerin de ötanazi yolu ile hayat hakkının sona erdirilmeye başlanması<sup>102</sup> konunun ne kadar istismara açık olduğunun göstergesidir. Ayrıca günümüzde tedavi giderlerinin yüksek meblağlara ulaşması nedeni ile, maddî durumu zayıf olan insanların ötanaziye yönelmeleri/yöneltilmeleri gibi ahlaksal büyük bir sorun da ötanazi tartışmalarının içinde yer almaktadır.

## SONUÇ

Mevcut tıbbî verilere ve imkanlara göre iyileşmesi mümkün olmayan ve bu hastalıktan dolayı şiddetli acılar çeken bir hastanın hayatının aktif veya pasif bir hareket ile sona erdirilmesi demek olan ötanazi, birkaç ülke dışındaki hukuk sistemlerinde hukuka aykırıdır ve kasten öldürme olarak nitelendirilmektedir. Ötanazi en temelde; aktif ötanazi ve pasif ötanazi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aktif ötanazi, ölümü sağlayan yüksek dozda morfinin hastaya enjekte edilmesi gibi bir tıbbî yöntemin doğrudan doğruya kullanılması hali olarak tanımlanmaktadır. Pasif ötanazi ise kastedilen ölüm sonucunun hareketsiz kalmak suretiyle meydana getirilmesi halidir. Doktrinde yaşam destek ünitesinin fişinin çekilmesi gibi durumlar da pasif ötanaziye örnek olarak gösterilmektedir. Ancak kanaatimizce, yaşam destek ünitesinin fişinin çekilmesi gibi fiiller, doğrudan doğruya aktif bir hareketi gerektirmektedir ve aktif ötanazi kapsamında değerlendirilmelidir. Aktif ve pasif ötanazi ayrımının hukukî bir sonucu olarak bazı hukuk sistemlerinde fiile göre kasten öldürme ve taksirle öldürme gibi farklı suçlar ortaya çıkmaktadır. Fakat aktif-pasif ötanazi ayrımı suni bir ayrımdır.

<sup>101</sup> “20 Yıl Komada Kaldı ama Herşeyi Duydu” (13 Şubat 2005-Vatan Gazetesi) <http://www.gazetevatan.com/20-yil-komada-kaldi-ama-her-seyi-duydu-46915-yasam/> (erişim: 01.12.2015); “12 Yıl Sonra Komadan Çıktı ve Söyledikleri Şok Etti!” (20 Mart 2015-Hürriyet Gazetesi) <http://www.hurriyet.com.tr/12-yil-sonra-komadan-cikti-ve-soyledikleri-sok-etti-28501297> (erişim: 01.12.2015); “20 Yıllık Uykudan Uyandı” (05.07.2006- Radikal Gazetesi) <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=192081> (erişim: 01.12.2015); “11 Yıl Sonra Komadan Uyandı” (24 Eylül 2015-Milliyet Gazetesi) <http://www.milliyet.com.tr/11-yil-sonra-komadan-uyandi-ilk---2122059-skorerhaber/> (erişim: 01.12.2015)

<sup>102</sup> Bkz. <http://www.dw.com/tr/belçikalı-mahkûma-ölme-hakkı-tanıldı/a-17924036> (erişim: 30.11.2015)

Zira kastedilen ve istenilen sonuç ikisinde de aynı olup ölüm meydana getirilmektedir.

Türk hukuku bakımından ötanazi yasaktır. Ancak ötanazi, kanun ile değil, Hasta Hakları Yönetmeliği ile yasaklanmıştır. Bununla birlikte, 2005 tarihli bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında ötanazinin kabul edilemez olduğu ve hukukumuzda kasten öldürme suçu olarak cezalandırıldığı belirtilmiştir.

Karşılaştırmalı hukukta ötanazi; Hollanda, Belçika, Lüksemburg, Kanada ve ABD'nin bazı eyaletlerinde yasal iken, geri kalan hemen hemen tüm ülkelerde hukuksal aykırı olarak kabul edilmektedir. İsviçre gibi bazı ülkelerde ise, kişisel menfaat elde etme amacı gütmeyen intihara yardım edilebilmektedir. Ancak bu husus da belirli koşullara tâbidir ve ötanazi İsviçre'de tamamen serbest değildir. AİHM'in, ötanaziye izin vermeyen ülkelerin lehinde kararları mevcuttur. Ancak AİHM, 5 Haziran 2015 tarihinde vermiş olduğu kararda, hastadan yaşam desteğinin çekilmesine izin vermeyen Fransa'nın aleyhinde karar vererek hastadan yaşam desteğinin çekilebileceği yönünde bir karara imza atmıştır.

Dünya üzerindeki belli başlı dinlerin ötanaziye karşı bakışı hemen hemen ortak ve nettir. İslamiyet, Hristiyanlık ve Yahudilik dinlerinde ötanaziye şiddetle karşı çıkmakta ve ötanazinin “günah” olduğu belirtilmektedir. Zira dinlere göre, hayat ve beden, Allah-Tanrı tarafından insana verilen bir “emanet”tir ve bu bakımdan hayatın kutsallığı/dokunulmazlığı bulunmaktadır.

Hayat hakkı, diğer kişilik haklarının üzerine inşa olduğu en temel haktır. Bu hak, her ne kadar günümüzde hem ülkemizde hem dünyada büyük ihlallere maruz bırakılsa da hem hukuken hem de ahlâken dokunulmazdır. Aynı zamanda diğer kişilik hakları gibi vazgeçilemez niteliğe sahiptir. Ötanazi taraftarlarının, ötanazinin “insan onuruna yakışır bir ölüm” olduğu iddiası da, insanın hastalıkla veya bir başka zorlukla mücadeleyi bırak(tırıl)masının insan onuru ile ne ölçüde bağdaştığı hususu karşısında tartışmalıdır. Bir başka açıdan ötanazinin yasal hale gelmesi ile, ötanazi, günümüzde çok yüksek meblağlara ulaşan tedavi masraflarını karşılamak istemeyen ailelerin ve hatta devletlerin elinde büyük bir istismar aracı olabilecektir. Son olarak da ötanazinin gri bir alan olduğunu kabul ederken, ötanazi talep edilen kişinin hastalığının tedavisinin tıbbî verilere göre mümkün olmadığı hususu bu kadar net bir şekilde kabul edilmemelidir. Zira *mevcut* tıbbî veriler ve imkânlar yarın değişebilir.

### KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
çev.	: Çeviren
Derl.	: Derleyen
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Sayısı
FLSF	: Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Sayısı
m.	: Madde
M.Ö.	: Milattan önce
M.S.	: Milattan sonra
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
no	: Numara
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
v.	: Versus (ing.)
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

### KAYNAKÇA

- Akcan, Esra Alan; **Ötanazi**, İÜHFİM C. LXXI, S.1, İstanbul 2013.
- Altay, Gül; **Nitelikli Yaşam Hakkı İçin Ötanazi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005.
- Armağan, Servet; **İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, Ankara 2001.
- Arsal, Sadri Maksudi; **Türk Tarihi ve Hukuk**, İstanbul 1947.
- Artuk, M. Emin / Yenidünya, A. Caner; **Ötanazi**, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011.
- Austin Flannery, O. P., “**Ötanazi Üzerine Beyanname**” (çev. Osman Taştan), AÜİFD C. XLIII S. 2, Ankara 2002.



- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem; **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2008.
- Duttge, Gunnar; **Alman Hukukunda Ötanazi**, (çev. Beril Özcanlı/Zeynep Elibol) Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011.
- Gökçen, Ahmet / Balcı, Murat; **Kasten Öldürme Suçu (TCK. M. 81)**, MÜHF-HAD C. 17 S. 1-2, İstanbul 2011.
- Güven, Kudret; **Kişilik Hakları ve Ötanazi**, Ankara 2000.
- Helvacı, Serap; **Gerçek Kişiler**, İstanbul 2013. (Gerçek Kişiler)
- Helvacı, Serap; **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul 2001.
- İnceoğlu, Sibel; **Ölme Hakkı (Ötanazi)**, İstanbul 1999.
- Kalyoncu, Hamdi; **Ölümsüzlük İhtiyacı**, İstanbul 2011.
- Kaşıkcı, Osman; **Hukuk Tarihinde Ötanazi**, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi S. 6 Güz 2008.
- Kuyurtar, Erol; **Aktif ve Pasif Ötanazi Ayrımı Ahlaksal Bir Ayrım mıdır?**, FLSF, Bahar 2014, S. 17, Ankara 2014.
- Mausbach, Julian; **İsviçre Hukukunda Yardımlı İntihar**, (çev. Işık Önay/Sendi Yakuppur), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011.
- More, Thomas; **Ütopya**, çev. T. Gökçen Sağnak, İstanbul 1999.
- Namal, Arın; **Türk Tıp Etiği Çevrelerinde Ötanazi Tartışmaları-Neden Henüz Küçük Bir Alev?**, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011.
- Oder, Bertil Emrah; **Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme**, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011.
- Otlowski, Margaret F. A.; **Voluntary Euthanasia and the Common Law**, Oxford 1997.
- Ölçer, F. Pınar; **A Contextual Perspective on Dutch Law and Practice Regarding Euthanasia and Assisted Suicide**, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011.
- Ömer Ömeroğlu, **Ötanazi**, TBB Dergisi 1993/2, Ankara 1993.
- Özaltay, Bülent; **Ötanazi ve Getirdiği Etik Sorunlar**, İstanbul 1996.
- Özen, Muharrem / Ekici Şahin, Meral; **Ötanazi**, Ankara Barosu Dergisi S. 2010/4, Ankara 2010.
- Özkara, Erdem; **Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum**, TBB Dergisi S. 78, Ankara 2008.
- Rachels, James; **The End of Life**, Oxford 1986.
- Singer, Peter; **Rethinking Life and Death**, New York 1994.
- Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Ankara 2005.
- Ünver, Yener; **Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi**, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derl. Nur Centel), İstanbul 2011.
- Yaşar, Yusuf / Turan, Işıl; **Alman, Avusturya Ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi**, MÜHF-HAD C. 19 S. 1, İstanbul 2013.
- Yiğit, Yaşar; **İslâm Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukukî Sonuçlarının Değerlendirilmesi**, İslâmî Araştırmalar Dergisi C. 16 S. 3, 2003.
- Yiğit, Yaşar; **İslâm Hukukuna Göre Ötanazi**, Ankara 2013. (İslâm Hukukuna Göre Ötanazi)

#### İNTERNET SİTELERİ

- <http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19020522-010-eng.pdf> (erişim: 29.11.2015)
- <http://hadis.ihya.org/kutubusitte/konu/152.html> (Buharî Hadis No: 979) (erişim: 01.02.2015)

- <http://hadis.ihya.org/kutubusitte/konu/680.html> (Buharî Hadis No:4936) (erişim: 01.12.2015)
- [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352#{"itemid":\["001-155352"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352#{) (erişim: 30.11.2015)
- [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448#{"itemid":\["001-60448"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448#{) (erişim: 30.11.2015)
- <http://onkder.org/text.php3?id=790#r1> (erişim:27.11.2015)
- <http://tr.euronews.com/2015/09/11/ingiltere-de-otanaziye-ret/> (erişim: 30.11.2015)
- <http://www.biography.com/people/thomas-more-9414278> (erişim: 25.11.2015)
- <http://www.dw.com/tr/belçikalı-mahkûma-ölme-hakkı-tanındı/a-17924036> (erişim: 30.11.2015)
- <http://www.dw.com/tr/belçikalı-mahkûma-ölme-hakkı-tanındı/a-17924036> (erişim: 30.11.2015)
- <http://www.dw.com/tr/kaliforniyada-ötanazi-serbest-bırakıldı/a-18763150> (erişim: 30.11.2015)
- <http://www.dw.com/tr/ötanazi-yardımlına-yasak/a-18832620> (erişim: 29.11.2015)
- [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf) (erişim:3011.2015)
- <http://www.gazetevatan.com/20-yil-komada-kaldi-ama-her-seyi-duydu-46915-yasam/> (erişim:01.12.2015)
- [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p1812](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1812) (erişim: 29.11.2015)
- <http://www.hurriyet.com.tr/12-yil-sonra-komadan-cikti-ve-soyledikleri-sok-etti-28501297> (erişim: 27.11.2015)
- <http://www.hurriyet.com.tr/12-yil-sonra-komadan-cikti-ve-soyledikleri-sok-etti-28501297> (erişim: 01.12.2015);
- <http://www.milliyet.com.tr/11-yil-sonra-komadan-uyandi-ilk---2122059-skorerhaber/> (erişim: 01.12.2015)
- <http://www.myjewishlearning.com/article/euthanasia-a-jewish-view/>(erişim: 01.12.2015)
- <http://www.pbs.org/wgbh/nova/body/hippocratic-oath-today.html> (erişim: 25.11.2015)
- <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=192081> (erişim: 01.12.2015)
- [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5653656e78e900.96115964](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5653656e78e900.96115964) (erişim: 23.11.2015)
- [https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201501010000/3\\_11.0.pdf](https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201501010000/3_11.0.pdf) (erişim: 29.11.2015)
- <https://www.exit.ch/en/> (erişim:29.11.2015)

# Rekabet Yasağı Sözleşmeleri



Muhammed SULU\*

## ÖZET

Bir işçinin, iş ilişkisi içerisinde işverenin müşterilerine nüfuz etmesi yahut iş sırlarını öğrenmesi nedeniyle iş sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içerisinde işverenle rekabet teşkil eden davranış içerisinde girmesini yasaklayan rekabet yasağı sözleşmesi, İş Hukukunun temel amacı olan sözleşmenin “zayıf” tarafı işçiyi işverene karşı korumanın bir nevî istisnasını teşkil etmektedir. Bu bağlamda işverenin haklı menfaatlerinin korunmasının amaçlandığı rekabet yasağı sözleşmelerinin hukukumuzdaki düzenlemesi çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır. Hem işverenin haklarını hem de işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü ihlâl etmeyecek biçimde yapılması gereken rekabet yasağı sözleşmeleri bu anlamda hukuken belli geçerlilik şartlarına tâbi tutulmuştur. Bu şartlara uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin akıbetleri, yaptırımları ve aşırı yasakların sınırlandırılması da çalışmada yer almaktadır. Tüm şartları yerine getirilmiş hukuka uygun bir rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranan işçinin zararı tazmini, cezai şartı ödemesi ve aykırılığı durdurması gibi durumları da incelenmiştir. Son olarak, karşılaştırmalı hukukta işverenin haklı menfaatini koruyucu rekabet yasağı sözleşmesine benzer uygulamalar değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Rekabet Yasağı, İş Sırrı, Sadakat Borcu, Haksız Rekabet

## ABSTRACT

The non-competition agreement prohibits employee to be involved in an act of competition after the termination of contract of employment, in a certain scope , in a certain geographic domain and in a certain period of time, this comes as a result of his access to customers of the employer or his knowledge regarding the business secrets within the employment relations, and being the primary aim of the labor law it constitutes a sort of exception in protecting the employee who is the “weak” side of the agreement, against the employer. In this context, the main purpose of this work is to explain the non-competition agreements in our legal system which aim to protect the legal interest of the employer. The non-competition agreements which should be organized to protect the rights of the employer and to avoid the violation of right

\* Marmara Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, İstanbul Barosu Avukatı

to work and freedom of contract, is legally subjected to some conditions of validity within this regard. The work also includes the consequences and the sanctions of the contracts which are contravened these conditions and limitations of the extreme prohibitions. The work analyzes compensation of the employee who violated a non-competition agreement that fulfilled all of the necessary conditions, discharging the penal clause and termination of the contrariety. Finally the work examines in comparative law the practices protecting the legal interest of the employer similar to the non-competition agreements.

**Keywords:** *Non-competition, Business Secret, Duty of Loyalty, Unfair Competition*

## GİRİŞ

İşçi ile işveren arasında imzalanan iş sözleşmesi, taraflara çeşitli borç ve yükümlülükler yükler. İşçinin, iş sözleşmesi ile işverene karşı yüklendiği borçlardan biri de sadakat borcudur. Genel bir ifade ile işçinin sadakat borcu; işverenin menfaatlerini koruma, işverene ticarî veya meslekî bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmadır. Hal böyle olunca, işçinin işveren ile rekabet etmemesi sadakat borcunun doğal sonuçlarından. Ne var ki, sadakat borcu, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin işveren ile rekabet etmesini engelleyebilecek hukukî rejimi beraberinde getirmemektedir. İşverenin ticarî sırlarına vâkıf olan bir işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra bu bilgileri işverenin aleyhine kullanması hakkaniyet ile bağdaşmayacağından dolayı rekabet yasağı sözleşmelerine ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak, bir iş sözleşmesinde işverene nazaran daha zayıf konumda bulunan işçinin işveren karşısında haksızlığa uğramasını önlemek amacıyla kanun koyucu, rekabet yasağına ilişkin hükümleri, Türk Borçlar Kanunu'nun 444 ile 447. maddeleri arasında özel ve detaylı bir şekilde düzenlemiştir.

Fiil ehliyetine sahip olan bir işçinin, ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmek şartı ile yazılı olarak yapılacak olan bir rekabet yasağı sözleşmesi ile işverenin ekonomik menfaatleri güvence altına alınmış olur. Uygulamada özellikle üst düzey çalışanlar ile sıkça imzalanan rekabet yasağı sözleşmelerine karşılaştırmalı hukukta da yaygın bir şekilde rastlanmaktadır.

Çalışmada, iş hukuku bağlamında rekabet yasağı sözleşmelerinin koşulları, bu koşullara uyulmamanın yaptırımları, rekabet yasağına aykırı davranışın sonuçları ve rekabet yasağının sona erdiği haller karşılaştırmalı hukuktan ve yargı kararlarından faydalanılarak incelenmeye çalışılmıştır.

## I. GENEL OLARAK REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

Kelime anlamı itibarı ile rekabet, aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış anlamlarına gelmektedir<sup>1</sup>. Hukukî olarak ise rekabet, *mal veya hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış* olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>. Bu yarışın kanun veya sözleşme ile çeşitli nedenlerden dolayı sınırlandırılması mümkündür. Çalışmanın konusu olan rekabet yasağı sözleşmeleri de serbest piyasadaki rekabetin hakkaniyet gereği sınırlandırıldığı durumlardan birisini teşkil etmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmesi öğretilde, işçinin iş ilişkisi içerisinde işverenin müşterilerine nüfuz etmesi yahut iş sırlarına vâkîfiyeti nedeniyle hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içerisinde işverenle rekabet teşkil eden davranış içerisinde girmesini yasaklayan sözleşme olarak tanımlanmaktadır<sup>3</sup>. 2013 tarihli bir Yargıtay kararına göre rekabet yasağı sözleşmesinin amacı; *işçi tarafından işletmede elde edilen bilgilerin kullanılmasında, işverenin rekabet piyasasındaki konumunu tehlikeye düşmekten korumaktır*<sup>4</sup>. Rekabet yasağı sözleşmeleri, işverenin insan sermayesine yapmış olduğu yatırımları da koruyucu mahiyettedir. Zira işçinin işi yapabilmesi için kendilerine iş sırları açıklanmakta ve işçinin söz konusu işi yapabilmesi için iş yeri dışında elde edemeyeceği imkanlara kavuşturulmakta, yine bir çok konuda kendisi ehil hale getirilmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesi ile işverenlerin bu “yatırım”ları korunmaktadır<sup>5</sup>. Günümüzde teknoloji üretimi alanında faaliyet gösteren işletmelerde bu durum daha büyük önem arz etmektedir. Çünkü bu firmalar, sırf yeni teknik ve ticarî yöntemler, know-howlar<sup>6</sup>, patent konusu olabilecek yenilikler üretilmesi amacıyla departmanlar

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Ankara 2005, s. 1650.

<sup>2</sup> Bkz. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 3.

<sup>3</sup> M. Fatih Uşan, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması**, Ankara 2003, s. 49.

<sup>4</sup> Y9HD 2010/25792 E. 2013/10539 K. 28.03.2013 T. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (erişim:10.10.2015) Yüksek Mahkeme, kararın devamında haklı olarak; işverenin rekabet gücünü tehdit edebilecek her olguyu bu sözleşmenin geçerli sayılmasını gerektirecek nitelikte görmenin mümkün olmadığını, çünkü her işletmenin, vasıflı bir işçinin işten ayrılması halinde çoğu kez belirli bir deneyim ve bilgi kaybına uğradığını ve karşılaşılan bu zararı ne hukuka aykırı saymanın ne de önlemenin söz konusu olabileceğini vurgulamaktadır. Böylece, rekabet yasağı sözleşmesinin her zarar tehlikesini değil, ancak “önemli” bir zarara uğrama ihtimalinin bertaraf edilmesinde kullanılabilmesi belirtilmektedir.

<sup>5</sup> Uşan, s. 47-48.

<sup>6</sup> “the knowledge how to do it” (nasıl yapıldığı bilgisi) ifadesinin kısaltılmış hali olan know how, genel bir ifade ile, bir ticarî işletmenin mesleki faaliyetleri ile ilgili olan, teknik ve ticarî alana ilişkin bilgi ve tecrübelerdir. Know-how kavramı için bkz. Mehmet Emin Bilge, **Ticarî Sırların Korunması**, Ankara 2005, s. 36; Ebru Kösealioğlu, **Know-how Sözleşmesi**, Hukuk Gündemi Yaz 2007, s.135; Mustafa Baş, **Teknik Bilgi (Know-how) Lisans Sözleşmesi**, Ankara 2000, s. 29.

kurmakta ve bu amaçla işçilerine ücret ödemektedirler<sup>7</sup>. Bu gibi fikrî ve sınaî hak karakteri taşıyan bilgilerin izinsiz kullanımı her zaman bir zarar ortaya çıkaracaktır<sup>8</sup>. Hal böyle olunca, işverenin haklı menfaatlerinin yapılacak olan bir sözleşme ile korunması, rekabet yasağı sözleşmesinin en temel amacıdır. Bu amaç gerçekleştirilirken, anayasal düzeyde güvence altına alınmış olan çalışma hakkının<sup>9</sup> ihlâl edilmemesi gerekmektedir. Bu denli hassas bir dengenin gözetilmesi gereken rekabet yasağı sözleşmesinin, iş yerinde uygulanan bir iç yönetmelikle veya sözleşmelerde bulunan genel işlem koşulları ile düzenlenmesi mümkün değildir<sup>10</sup>. Zira çalışmanın devamında belirteceğimiz üzere rekabet yasağı sözleşmesinin kurulabilmesi kanun tarafından belirli koşullara bağlanarak, her bir işçi-işveren ilişkisinin ve somut olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi zorunluluğu meydana getirilmiştir. Bu hususta kişilik haklarına ilişkin hükümler ve denkleştirici adalet esasları göz önünde bulundurulmalıdır<sup>11</sup>. Rekabet yasağı şartı daha çok endüstri iş kollarında çalışan hizmetli ve kalifiye işçilerle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır<sup>12</sup>.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile ilgili hükümler, 4857 sayılı İş Kanunu'nda değil, İş Kanunu'na göre genel kanun kabul edilen Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. TBK m. 444/1'e göre, "*Fil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir.*" Hükümde iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki başlıca rekabet halleri; işçinin kendi hesabına rakip bir işletme açması, başka bir rakip işletmede çalışması ve rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmesi olarak belirtilmektedir. Aynı müşterilere, aynı mal veya hizmetleri sunan işletme, rakip işletme olarak kabul edilir. Buna mukabil aynı maddeyi değişik mal veya hizmet üretmek için

<sup>7</sup> Sabah Altay, **Türk Borçlar Kanununun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi C.14 S. 3, İstanbul 2008, s. 179.

<sup>8</sup> Savaş Taşkent/Mahmut Kabakçı, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Sicil İş Hukuku Dergisi S. 16, İstanbul 2009, s. 28.

<sup>9</sup> Bkz. T.C. Anayasası m. 48-49.

<sup>10</sup> Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2015, s. 207; Taşkent/Kabakçı, s. 36; Sarper Süzek, **Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu**, İÜHF D. C. LXXII S. 2, İstanbul 2014, s. 458. Ayrıca bkz. Y9HD 2010/25792 E. 2013/10539 K. 28.03.2013 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim:10.10.2015); "...rekabet yasağının, personel yönetmeliği veya iç yönetmelik gibi adlar altında işveren tarafından tek taraflı olarak düzenlenen kurallara "sadece bir aifta bulunmak suretiyle" kararlaştırmasını da mümkün görmemek gerekir..."

<sup>11</sup> Kudret Ertaş, **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Ankara 1982, s. 66.

<sup>12</sup> Turhan Esener, **İş Hukuku**, Ankara 1973, s. 166.

kullanan işletmeler, rakip işletme olarak kabul edilmemektedir<sup>13</sup>. Somut olayda rekabet yasağı sözleşmesinin bulunmaması halinde ise, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin işverene ait iş yerinde öğrendiği bilgileri, Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabet hükümleri ile çelişmeden kullanabilmesi ve eski işvereni ile rekabet etmesi mümkündür<sup>14</sup>. Zira işçinin rekabet yasağı, işçinin iş görme ve sadakat borçları gibi her iş sözleşmesi için geçerli olan borçlarından değildir. İş görme ve sadakat borcu, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış dahi olsa her iş sözleşmesinde bulunurken, rekabet yasağı ancak iş sözleşmesi taraflarının bunu açıkça kararlaştırmış olması halinde ortaya çıkmaktadır. İşçinin iş sözleşmesi süresince, işvereni rekabet etmeme borcunun temelinde Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan doğruluk ve güven ilkesi vardır. Bunun gibi, İş Kanunu m. 25/II-e hükmünde yer alan “işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışta bulunması” hükmünün rekabet yasağını da kapsadığı kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Yine rekabet yasağının, işçinin diğer borçlarından bir diğer farkı da, rekabet yasağı sözleşmesi ile yüklenilen rekabet etmeme borcunun iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemde hükümlerini doğurmasıdır<sup>16</sup>. Başka bir deyişle, rekabet yasağı sözleşmesi ile, kanundan doğan sadakat borcu sözleşmenin sona ermesinden sonraki belirli bir süre için daha yürürlükte tutulmaktadır.

Rekabet yasağı sözleşmeleri, bir ivaz karşılığında veya ivazsız olarak yapılabilir. Hukukumuzda bir karşı edimin bulunup bulunmamasının bu sözleşmenin geçerliliğine herhangi bir etkisi yoktur<sup>17</sup>. Ancak kanaatimizce, bir karşı edimin yüklenilmediği rekabet yasağı sözleşmelerinde dahi işverenin işçisine yapmış olduğu “yatırım”lar bu sözleşmenin karşı edimi olmasa da, fiilî karşılığını oluşturmaktadır.

Rekabet yasağı sözleşmeleri incelenirken, mevzuatımızda gazetecilere yönelik istisnai durumu belirtmek gerekmektedir. Basın İş Kanunu'nun 13/2 hükmüne göre; “İş akdinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesleğini icra serbestisini takyit eden hükümler batıldır.” Hal böyle olunca, gazeteci ile işvereni arasında yapılan tüm rekabet yasağı sözleşmeleri hukuka aykırıdır ve kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbidir<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Eda Manav, **İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları**, TBB Dergisi S. 87, Ankara 2010, s. 324; Herman Becker, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, çev. A. Suat Dura, Ankara 1993, s. 567-568.

<sup>14</sup> Becker, s. 568.

<sup>15</sup> Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul 2010, s. 326.

<sup>16</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 207.

<sup>17</sup> Alman Hukukunda ise, Federal İş Mahkemesi, rekabet yasağını tacir yardımcıları bakımından düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 74 ve 75/d maddeleri hükümlerinin tüm işçiler hakkında kıyasen uygulanacağını kabul ederek karşı edimin taahhüt edilmediği rekabet yasağı sözleşmelerini geçersiz saymaktadır. Bkz. Polat Soyer, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Ankara 1994, s. 19'daki 75 nolu dn.

<sup>18</sup> Uşan, s. 54.

Rekabet yasağı sözleşmesinin hukukumuzda geçerli olarak kabul edilmesi için gereken şartlara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, bu hükümler nisbî emredici hükümlerdir. Başka bir deyişle, bu hükümlerin aksinin kararlaştırılması ancak işçi lehine olan durumlarda mümkündür<sup>19</sup>.

## II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

İş sözleşmesinde işçi, işverene nazaran daha zayıf durumda bulunduğundan dolayı, kanun koyucu, işverenin haksız menfaatler sağlayarak işçiyi ezmesini önlemek amacı ile rekabet yasağı hakkında belirli geçerlilik koşulları ihdas ederek sözleşme hukununun en temel ilkelerinden biri olan sözleşme serbestisine sınırlamalar getirmiştir<sup>20</sup>. Kanunda belirtilen bu geçerlilik koşulları ile, sözleşmenin sınırları yer, zaman ve konu bakımından ayrıntılı olarak düzenlenecek ve böylece işçi, yasağın kapsamı hakkında tam bilgi sahibi olacaktır<sup>21</sup>. Ayrıca hemen belirtmek gerekir ki, rekabet yasağı sözleşmeleri aşağıda belirtilen geçerlilik koşullarının yanında, diğer sözleşmelerin de tâbi olduğu genel geçerlilik şartlarına tâbi olacaktır. Bu bağlamda TBK'nın 27. maddesinde belirtilen, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağına dair hüküm ve yine aynı kanunun 30-39. maddeleri arasında düzenlenen irade bozuklukları hallerine ilişkin hükümler, rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından da câridir.

### A. İşçinin Fiil Ehliyetine Sahip Olması

TBK m. 444/1 hükmü uyarınca, bir işçinin, işvereni ile rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmesi için işçinin fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 348. maddesi ise, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için işçinin *reşit* olmasını aramakta idi. Bu hususta mülga ve yürürlükteki kanunlar arasında herhangi bir farklılık görünmemektedir. İşçinin fiil ehliyeti, Türk Medeni Kanunu'nun 9 ve devamı maddelerinde düzenlenen hükümlere göre belirlenecektir. TMK m. 10'a göre, "*ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.*" TMK m. 11'e göre on sekiz yaşın doldurulması ile başlayan erginlik, evlenmek ile veya TMK m. 12'de belirtilen şartlar ile mahkeme kararı ile de kazanılabilir. Bu durumlardaki kişiler de rekabet yasağı sözleşmesi yapabilirler<sup>22</sup>. Hal böyle olunca, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, yasal temsilci-

<sup>19</sup> Soyer, s. 19.

<sup>20</sup> Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2014, s. 906.

<sup>21</sup> Altay, s. 207.

<sup>22</sup> Uşan, s. 57; Soyer, s. 44; Altay, s. 197.



lerinin izni veya icazeti bulunsa dahi, rekabet yasağı sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Buna mukabil, ayırt etme gücüne sahip kısıtlının ergin olması halinde yasal temsilcilerinin onayı ile böyle bir sözleşme yapmaları imkân dahilindedir<sup>23</sup>.

### B. Sözleşmenin Yazılı Olarak Yapılması

Rekabet yasağı sözleşmesinin bir diğer geçerlilik koşulu, sözleşmenin yazılı olarak yapılmasıdır. TBK m. 444/1’de düzenlenen yazılı şekil şartı, mülga BK’nın 350. maddesinde, “*Rekabet memnuiyeti, sahih olmak için tahriri mukaveleye merbut olmak lazımdır.*” şeklinde yer almakta idi. Yazılı şekil şartı, anlaşılacağı üzere, rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından bir ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır. İşçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi yazılı olarak yapılmamış olsa dahi, rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunludur<sup>24</sup>. Yazılı olarak yapılmayan rekabet yasağı sözleşmeleri, kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbidir. Kanun koyucunun belirlediği bu yazılı şekil şartı ile, rekabet yasağının kapsamı hakkında tam bilgi almasını sağlayarak işçiyi korumaktır<sup>25</sup>. Yasada belirtilen yazılı şekil şartı, adı yazılı şekildir. Sözleşme metninin herhangi bir surette yazılması mümkündür. TBK’nın 13. maddesine göre, “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur...*” Böylece, rekabet yasağı sözleşmesinde yapılacak her türlü değişiklik de yazılı şekil şartına tâbi olacaktır. Ne var ki, şekil şartının işçiyi korumak amacı ile ihdas edildiği dikkate alındığında, rekabet yasağının şekil şartına tâbi olmaksızın –ispat zorluğuna sebebiyet vermesine rağmen- sözlü olarak da ortadan kaldırılabileceğini kabul etmek en makul çözüm olacaktır<sup>26</sup>.

### C. İşverenin Korunmaya Değer Haklı Bir Menfaatinin Olması

Çalışmanın başında, rekabet yasağı sözleşmesinin amacının; işçi tarafından işletmede elde edilen bilgilerin kullanılması sonucunda, işverenin rekabet piyasasındaki konumunu tehlikeye düşmekten korumak olduğu belirtilmişti. Yani bir başka deyişle, şayet işverenin rekabet piyasasındaki konumunun tehlikeye düşmemesi adına korunmaya değer haklı menfaatleri var ise, rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesinin bir koşulu gerçekleşmiş olacaktır. TBK bu durumu 444/2. maddesinde şu şekilde belirtmektedir: “*Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiyi müşteri çevresi veya üretim sıraları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkanı sağlıyorsa ve aynı zamanda*

<sup>23</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 907; Soyer, s. 46.

<sup>24</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 909.

<sup>25</sup> Nüşin Ayiter, *Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer’i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi*, Ahmet Esat Arsebük’e Armağan, Ankara 1958, s.470.

<sup>26</sup> Aynı yönde bkz. Y9HD 2010/25792 E. 2013/10539 K. 28.03.2013 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim:10.10.2015); Ayiter s. 470.

*bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zarara sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.”* Nitekim TBK’nın 447/1. maddesi de; işverenin rekabet yasağının sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmesi halini rekabet yasağı sözleşmesini sona erdiren bir durum olarak belirlemiştir. Bu “gerçek yarar”ın iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde değil, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra başlayan rekabet yasağı sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde bulunması gerekmektedir. Gizli bilgilerin kullanılarak işverene önemli zararlar verilen durumlara; kazançlarda ya da sipariş sayısında ciddi bir düşüşü doğuran, işverenin iş yapma olanaklarını gözle görülen biçimlerde sınırlandıran haller örnek gösterilmektedir<sup>27</sup>. İşveren, korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunduğunu ispat etmekle yükümlüdür<sup>28</sup>. İşverenin korunmaya değer menfaatleri, kanunun 444. maddesinde belirtilen müşteri çevresi, üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında işçinin edindiği bilgi edinme imkanının, işverenin zararına kullanılması ihtimalidir. Üretim (iş) sırrı, iş ve iş yeri ile ilgili olan, üçüncü kişilerce bilinmeyen, kamuya mâl olmamış ve aleniyet kazanmamış, ancak iş yerinde çalışan kişilerce bilinen, işverenin de başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında haklı bir menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgidir<sup>29</sup>. İşçinin, müşteri çevresine veya üretim sırlarına nüfuz etmiş olması, istisnaî haller haricinde çoğu kez işverene önemli bir zarar verme ihtimalinin mevcudiyetini göstermektedir<sup>30</sup>. Uygulamada, işçinin, müşteri çevresine veya üretim sırlarına nüfuz edip etmediği hususu belirlenirken bilirkşi görüşünden faydalanılmaktadır<sup>31</sup>. İşverenin müşteri çevresine veya üretim sırlarına nüfuz etme koşulunun aranması, vasıfsız ve alt kademedeki işçilerin rekabet yasağına tâbi olmalarını büyük ölçüde engellemektedir<sup>32</sup>. Ancak uygulamada sık rastlanmasa da, bu işçilerle rekabet sözleşmesi yapılamayacağı yönünde bir genelleme yapılamaz<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Taşkent/Kabakcı, s. 28.

<sup>28</sup> Soyer, s. 49; Altay, s. 199.

<sup>29</sup> Uşan, s. 29; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 211; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, Ankara 2014, s. 613. Ayiter’e göre iş sırrı; “yalnız bir teşebbüse münhasır bulunan ve o teşebbüsün gerek ticarî gerek teknik bakımdan muvaffak olmasını temin eden ve rekabet korkusuyla herkesten gizlenen bir takım hususiyetlerdir.” Ayiter, s. 469.

<sup>30</sup> Y9HD 2010/25792 E. 2013/10539 K. 28.03.2013 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim: 10.10.2015). Daha yeni tarihli bir Yargıtay kararında; “..davalının davacı firmada çalışırken edindiği ticarî sırrı niteliğindeki bilgileri ne şekilde kullandığı ve davacı şirketin bu yolla ne tür bir zarara uğradığı iddia ve ispat edilmeksizin, sadece davalının vakıf olduğu ticarî sırrı niteliğindeki bilgilerden dolayı davacının zarar görebileceği varsayımına dayalı mahkemenin kabul gerekçesi de isabetli olmamıştır...” Y11HD 2014/6520 E. 2014/12577 K. 01.07.2014 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim:10.10.2015)

<sup>31</sup> Bkz. Y9HD 2003/18581 E. 2004/14299 K. 08.06.2004 T.; Y9HD 2005/20733 E. 2006/3050 K. 13.02.2006 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim:10.10.2015)

<sup>32</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 613.

<sup>33</sup> Altay, s. 199.

Rekabet yasağı sözleşmesinin bu koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda, işçinin, müşteri çevresine veya üretim sınırlarına nüfuz etmiş olması ile işverenin meydana gelebilecek zararı arasında uygun bir illiyet bağının bulunmasına bakılmalıdır<sup>34</sup>. Şöyle ki, şayet zarar, işçinin, işverenin müşteri çevresi veya üretim sınırları hakkında bilgi edinme imkânı olduğundan değil de, işçinin kişisel yetenek, ehliyet, bilgi ve becerisinden dolayı meydana gelmiş ise burada rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşulunun bulunduğu söz etmek mümkün değildir. Örneğin, avukatlık, doktorluk, kuaförlük gibi mesleklerde müşteri çevresinin, kişisel yetenekler ile elde edildiği kabul edildiğinden dolayı bu kişiler ile yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri geçersizdir<sup>35</sup>.

#### D. İşçinin Ekonomik Geleceğinin Tehlikeye Düşürülmemesi

İşverenin haklı menfaatleri ile işçinin anayasal hakkı olan çalışma hak ve özgürlüğünün hassas bir şekilde dengelenmesi zorunluluğu, rekabet yasağı sözleşmesinin en önemli unsurudur. TMK'nın 23. maddesine göre, “*Kimse, hak ve fil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz...*” Kanunun bu emredici hükmü karşısında kişinin rızası olsa dahi, kanuna aykırı bir şekilde çalışma hak ve özgürlüğünü yok edecek veya ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir şekilde tehlikeye düşürecek bir rekabet yasağı sözleşmesinin yapılması mümkün değildir. Nitekim TBK m. 445'te işçinin ekonomik geleceğini korumak adına yasal düzenleme yapılmıştır. Buna göre; “*Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz...*” Doktrine göre, yasa hükmünün sınırlayıcı niteliği, şüphe halinde hakim, sözleşmenin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürdüğü yönünde yorumlamasını zorunlu kılmaktadır<sup>36</sup>. Yürürlükten kaldırılan BK'nın 349. maddesinde; “*Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart edilmiş ise muteberdir.*” şeklinde yer alan hüküm ile yürürlükteki hüküm arasında aşağıda detaylı bir şekilde inceleneceği üzere bazı farklar bulunmaktadır.

<sup>34</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 908.

<sup>35</sup> Taşkent/Kabakçı, s. 28; Süzek, s. 459; Yavuz/Acar/Özen, s. 908; Altay, s. 201-202; Uşan, s. 234. İşçi Borçlar Kanunu'nda, işçinin müşteriler ile olan ilişkisinin kendi kişisel yeteneği, bilgi ve becerisinden kaynaklandığı durumlarda bu kişiler ile rekabet yasağı sözleşmesinin yapılamayacağına ilişkin hüküm vardır. Bkz. Alexandre Berenstein/Pascal Mahon, *Labour Law and Industrial Relations in Switzerland*, Lahey 2000, s. 147.

<sup>36</sup> Süzek, s. 460; Soyer, s. 64.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile işçinin ekonomik açıdan zarar görmesi kaçınılmazdır. Ancak bu konuda önemli olan husus, işçinin çalışma hakkının tamamen elinden alınıp alınmadığı veya bir başka deyişle, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye girip girmediğidir<sup>37</sup>. Bunu belirlemede kıstas ise hakkaniyet düşüncesidir. Kaldı ki kanun da, rekabet yasağı sözleşmesi ile işçinin ekonomik geleceğinin etkileneceğini, tehlikeye düşeceğini kabul etmekte, ancak bu durumun *hakkaniyete aykırı* bir biçimde olmamasını emretmektedir<sup>38</sup>. Rekabet yasağının, işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmeyecek nitelikte olup olmadığının tayininde, karşılaştırılan yasağın özellikle işçinin ileride iş bulma imkanını olumsuz yönde etkileyip etkilemediği hususu belirleyici kabul edilmektedir. Bunun için de, işçinin eğitim durumu ve o güne kadar sahip olduğu iş deneyimi, yaşı, ailevi durumu, sona ermiş bulunan iş ilişkisinin süresi, iş kolu ilişkileri, iş piyasasının o günkü durumu ve işverenin hakkaniyete aykırılığı önlemek amacıyla işçiye taahhüt edeceği finansal edimler göz önünde tutulmalıdır<sup>39</sup>.

Kayıtsız şartsız bir rekabet yasağı sözleşmesi yapmak mümkün değildir. Zira iktisadî hürriyetin her konuda, her yerde ve her zaman için sınırlandırılması ahlâka ve hukuka aykırıdır. Bu sebepten dolayı kanun, rekabet yasağı sözleşmesini konu, yer ve zaman bakımından sınırlandıran üç sınırlama getirmiştir. Bir diğer sınırlama da, yukarıda belirttiğimiz, işverenin haklı menfaatinin devamı halidir<sup>40</sup>.

### i. Rekabet Yasağının Süre Bakımından Sınırlanması

TBK'nın 445/1. maddesi uyarınca, rekabet yasağı sözleşmesinin süresi *özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz*. Madde metninde yer alan “özel durum ve koşullar”ın neler olabileceğine ilişkin kanunda veya kanun gerekçesinde bir açıklama bulunmamıştır. Doktrinde de bu konuya hiç değinilmemiştir. Yargı kararlarına da bu hususta henüz yansımış somut bir olay bulunmadığından dolayı zaman içerisinde *özel durum ve koşulların* neler olabileceği uygulama ve yargı kararları tarafından belirlenecektir.

Mülga BK'da ise rekabet yasağı sözleşmesi için azami bir süre öngörülmemiş ve bu durum doktrinde eleştirilmiştir<sup>41</sup>. BK'nın yürürlükte bulunduğu dönemde, rekabet

<sup>37</sup> Uşan, s. 235.

<sup>38</sup> “Gerçekten “Türkiye’de ki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder” biçimindeki düzenleme iki yıl süre ile sınırlı olarak getirilmiş ise de, Türkiye’deki tüm bankaları kapsaması bakımından mahal ve banka açısından bir sınır sözkonusu olmadığı için davacı bankacının geleceği bakımından ağır sonuçları beraberinde getirecek bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Rekabet yasağının bu yönden geçersiz sayılarak...” Bkz. Y9HD 1999/8262 E. 1999/12073 K. 06.07.1999 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim:10.10.2015)

<sup>39</sup> Altay, s. 189.

<sup>40</sup> Ayiter, s. 472.

<sup>41</sup> Altay, s. 184.

yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin işçiyi ekonomik anlamda hakkaniyete aykırı bir şekilde tehlikeye sokup sokmadığı belirleme yetkisi hakime aitti. Ancak TBK, süre hususunda hakimlere ait olan takdir yetkisini alarak rekabet yasağı sözleşmeleri için azami bir süre belirlemiştir.

Yargıtay, 818 sayılı BK'yı uyguladığı 2014 tarihli bir kararında, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra üç yıl süre ile aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkette hiçbir görevde çalışmamasını bir rekabet etmeme koşulu değil, "kelepçeleme sözleşmesi" niteliğinde olup işçinin ekonomik özgürlüğünü kısıtladığına hükmetmiştir<sup>42</sup>. Yine BK dönemindeki bir kararında Yargıtay, rekabet yasağı sözleşmesinin en fazla bir ya da birkaç yılı aşmaması gerektiğini, aksi durumun işçinin ekonomik anlamda yıkımına sebebiyet verebileceğini belirtmiştir<sup>43</sup>. Yüksek Mahkeme, bir başka kararında ise işçinin daha önce çalıştığı ilçede sözleşmenin sona ermesinden sonra iki yıl süre ile mesleğini icra edememesini kelepçeleme sözleşmesi kabul ederek rekabet yasağı sözleşmesinin geçersizliğine hükmetmiştir<sup>44</sup>. Kanaatimizce, bu karar yerinde olmayıp, sözleşmedeki sınırlama hem süre bakımından hem de yer bakımından makuldür. Yargıtay, bir başka kararında da, limited şirketten ayrılan bir ortağın kaydı hayat şartı ile çalışmasını engelleyen sözleşme hükmünü haklı bir şekilde geçersiz kılmıştır<sup>45</sup>.

Mukayeseli hukuka bakıldığında, İsviçre hukukunda rekabet yasağı sözleşmelerinin özel haller söz konusu olmadıkça üç yıldan fazla süre için yapılamayacağı öngörülmüştür<sup>46</sup>. İtalyan hukukunda ise nispeten uzun süreli bir düzenleme bulunmaktadır. İtalyan Medeni Kanunu'nun 2125. maddesine göre, yönetici konumundaki işçiler için rekabet yasağı sözleşmesinin süresi beş yılı, diğer işçiler için ise üç yılı aşamaz.<sup>47</sup> Alman hukukunda ise rekabet yasağı sözleşmesi en fazla iki yıllığına yapılabilir<sup>48</sup>. Buna mukabil, İngiltere'de ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki birçok eyalette rekabet yasağının süresi bakımından herhangi bir yasal sınırlama bulunmamaktadır. Bu ülkelerde, sürenin her bir somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi kabul edilmektedir<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> Y11HD 2014/6520 E. 2014/12577 K. 01.07.2014 T. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (erişim: 10.10.2015)

<sup>43</sup> Y9HD 2009/1286 E. 2011/3918 K. 18.02.2011 T. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (erişim:10.10.2015)

<sup>44</sup> Y11HD 2012/17736 E. 2013/9814 K. 13.05.2013 T. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (erişim:10.10.2015)

<sup>45</sup> Y11HD 2000/1263 E. 2000/1729 K. 02.03.2000 T. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (erişim:10.10.2015)

<sup>46</sup> Süzek, s. 460.

<sup>47</sup> Giovanni Mammone, *Non-competition Clauses in Labour Contracts*, 2006, s. 1; [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms\\_159966.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159966.pdf) (erişim:14.10.2015)

<sup>48</sup> Uşan, s. 237'deki 154 nolu dn.

<sup>49</sup> John McMullen/Jon Fisher, *Obligations Which Survive the Termination of the Contract of Employment: Confidentiality, Trade Secrets and Competition*, Butterworth's Employment Guide, Dub-

## ii. Rekabet Yasağının Yer Bakımından Sınırlandırılması

Rekabet yasağı sözleşmesinin, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir şekilde tehlikeye sokmaması ve böylece geçersiz kılınmaması için gereken bir diğer şart, rekabet yasağının belirli bir yer ile sınırlandırılmış olmasıdır<sup>50</sup>. Yani, rekabet yasağının geçerli olacağı coğrafi bölgenin sözleşmede belirlenmiş olması gerekir. Pek tabiidir ki, sınırlandırılan bu coğrafi bölge işverenin ekonomik menfaatinin bulunduğu bölge olmak durumundadır<sup>51</sup>. Zira bu bölgenin dışında işverenin rekabet yasağı ile korunmaya değer haklı bir menfaati bulunmamaktadır<sup>52</sup>. Bu bölgenin sözleşmede açıkça belirtileceği gibi işverenin çalışma alanına atıfta bulunularak da kararlaştırılabileceğini kabul etmek gerekir<sup>53</sup>. Ancak atıfta bulunan işverenin çalışma alanının, rekabet yasağı sözleşmesi yapılırken öngörülemeyen bir yer olması hakkaniyete uygun düşmeyeceğinden dolayı kabul edilemez. Örneğin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra zaman içerisinde işverenin çalışma alanında değişiklik meydana gelir ise, eski işçi ortaya çıkan bu yeni durum ile bağlı olmayacaktır<sup>54</sup>. Zira burada işçi bakımından öngörülemeyen bir durum söz konusudur.

Yargıtay, bir kararda, rekabet yasağının Marmara, Ege ve İç Anadolu bölgeleri kapsamına giren illerde geçerli olduğunun kararlaştırıldığı bir sözleşmede, yapılan bu sınırlandırmayı hukuka aykırı bulmamış olmalıdır ki, kararda bu husus üzerinde durmamıştır<sup>55</sup>. Kanaatimizce, önceki çalışma hayatını bu bölgelerden birinde geçiren bir işçi bakımından böyle bir rekabet yasağının kararlaştırılması, işçinin ekonomik anlamda mahvına sebebiyet verebilir. Bu bakımdan –her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmekle beraber- rekabet yasağı sözleşmesinin bu denli geniş bir coğrafi bölge için kararlaştırılması hukuka uygun değildir<sup>56</sup>. Yargıtay müstakar içtihatında, rekabet

lin 2000, s. 133; Mark Rotshein/Charles Craver/Elinor Schraeder/Elaine Shoben/Lea Vandervalde, **Employment Law**, ABD 1994, s. 496-497.

<sup>50</sup> Bu yerin belirlenmesinde işin ve hatta işçinin niteliğinin göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz. Y7HD 2013/2542 E. 2013/5823 K. 08.04.2013 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim:10.10.2015)

<sup>51</sup> Uşan, s. 240; Ayiter, s. 472.

<sup>52</sup> Süzek, s. 461.

<sup>53</sup> “Davacı ile davalı arasındaki hizmet sözleşmesinde yer alan ve kendi isteği ile ayrılan personelin, ayrıldığı tarihten itibaren 6 ay süresince şirketin izni olmadan, **şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde** ve çalışma konusuna giren bir işte çalışmayacağını öngören özel şart hukuki olarak geçerlidir.” Y9HD 1999/5784 E. 1999/9049 K. 18.05.1999 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim:10.10.2015)

<sup>54</sup> Rotshein/Craver/Schraeder/Shoben/Vandervalde, s. 497.

<sup>55</sup> YHGK 2008/9-517 E. 2008/566 K. 22.09.2008 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim: 10.10.2015) Ayrıca bkz. Veli Karagöz, **Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart (Karar İncelemesi)**, EÜHFD, C. XIII S. 1-2, Erzincan 2009, s. 210-211.

<sup>56</sup> “...il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırma **işin niteliğine göre** yerinde görülebilir...” Y9HD 2008/24493 E. 2010/10480 K. 15.04.2010 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim: 10.10.2015)

yasağı sözleşmelerinin tüm Türkiye’de uygulanmasının ise mümkün olmadığını belirtmiştir<sup>57</sup>. Nitekim, Yargıtay’a göre, “Bankaya müfettiş muavini unvanı ile işe alınan, özel ve uygulamalı eğitim ve mesleki olarak yetiştirilen, bankacılık hizmetlerinde sır saklanması ve gizliliği esas olan konularda bilgi sahibi olan... iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren 2 yıl süre ile Türkiye’deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder’... biçimindeki düzenleme iki yıl süre ile sınırlı olarak getirilmiş ise de, Türkiye’deki tüm bankaları kapsaması bakımından mahal ve banka açısından bir sınır söz konusu olmadığı için davacının geleceği bakımından ağır sonuçları beraberinde getirecek bir düzenleme olarak kabul edilmelidir...”<sup>58</sup> Yüksek Mahkeme bununla birlikte, yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının Türkiye sınırları ile belirlenmesinin mümkün olduğuna hükmetmiştir<sup>59</sup>. Doktrinde ise, Türk uyruklu işçiler bakımından da tüm Türkiye’yi kapsayacak bir şekilde rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır<sup>60</sup>. Kanaatimizce, Türkiye’de yaşayan ve eski çalışma hayatının büyük kısmını Türkiye’de geçirmiş bir işçi için tüm Türkiye’yi kapsayacak şekilde bir rekabet yasağı sözleşmesi yapmak TBK m. 445’teki düzenleme ve hakkaniyet düşüncesi bağlamlarında hukuka aykırı olacaktır<sup>61</sup>. Zira tüm Türkiye’yi kapsayan rekabet sözleşmesinde işveren tarafından işçinin o süre içerisinde masraflarını karşılayabileceği yüksek meblağlı karşı bir edim yerine getirilmiş olsa dahi, işçinin uzunca bir süre çalışma hayatından uzak kalmasının, kendisini meslekî anlamda gerileterek ekonomik geleceğini sarsabileceğini düşünmek gerekmektedir.

### iii. Rekabet Yasağının Konu Bakımından Sınırlandırılması

TBK m. 445/1 hükmü mucibince, rekabet yasağının konu (işin türü) bakımından sınırlandırılması gerekmektedir. Konusu sınırsız olan bir rekabet yasağı sözleşmesinin hukuk düzenince geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Rekabet yasağı konulabilecek olan konu, işverenin faaliyet alanı değil, işçinin işletmede yapmakta olduğu

<sup>57</sup> “..Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır...” Y9HD 2008/24493 E. 2010/10480 K. 15.04.2010 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim:10.10.2015). Ayiter’e göre, rekabet yasağı ile korunan konu çok ince bir ihtisaslaşma işi ise yasağın uygulanacağı yer tüm dünya bile olabilir. Bkz. Ayiter, s. 472-473.

<sup>58</sup> Y9HD 1999/8262 E. 1999/12073 K. 06.07.1999 T. (Süzek, s. 461)

<sup>59</sup> Bkz. 55 nolu dipnottaki karar.

<sup>60</sup> Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 615; Yazarlara göre, “...kanaatimiz, rekabet yasağının, işverenin iştiğal konusu olan faaliyetin tüm Türkiye’de yürütülmesi halinde, işçinin işyerindeki konumu bakımından işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatlerinin bulunması durumunda, bu coğrafi alan bakımından da belirlenebileceği, ancak bu durumda yasağın süre ve iş türü bakımından işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlanmayacak bir biçimde belirlenmesi gerektiğidir...” Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal ile aynı görüşte bkz. Uşan, s. 242-243.

<sup>61</sup> Ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 213.

işle, doğrudan somut göreviyle ilgili işler olmalıdır<sup>62</sup>. Özellikle şirketlerin ticaret sicilineindeki faaliyet alanı kayıtlarının fazlasıyla geniş tutulduğu ülkemizde, rekabet yasağının yalnızca çalışılan işle sınırlandırılması daha makul bir çözüm olacaktır<sup>63</sup>. Yine, işletmenin faaliyet alanını ileriye dönük olarak belirli bir alanda genişletme yönünde bir öngörüsünün olması, rekabet ilişkisinin varlığını göstermez<sup>64</sup>. Nitekim Yargıtay'a göre, "Rekabet yasağının işverene ait işlerden hangisi ya da hangileriyle sınırlandırıldığı net biçimde belirlenmelidir. Özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulduğu ülkemizde, işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılması mümkün olmaz. İşçinin işverene ait işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili ve işverenin asıl faaliyet alanına giren işler bakımından böyle bir sınırlama getirilmelidir."<sup>65</sup> Ancak hemen belirtmek gerekir ki, işçi, iş yerinde çalıştığı süre içerisinde kendisi fiilen o işi yapmış olmasa dahi işverenin başka bir işi ile ilgili müşteri çevresi veya üretim sınırlarına nüfuz etmiş ise, işçinin doğrudan yapmadığı o iş ile ilgili de rekabet yasağı kararlaştırılabilir. Rekabet yasağı sözleşmesinde yasak konusu olan işin türünün muğlak bırakılmaması ve net bir şekilde sınırlarının çizilmediği durumlarda sözleşme geçersiz kılınabilir veya bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz üzere hâkim tarafından sınırlanabilir.

### III. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKA AYKIRILIĞININ YAPTIRIMI VE AŞIRI YASAKLARIN SINIRLANDIRILMASI

Bir rekabet yasağı sözleşmesinde; işçinin fiil ehliyetine sahip olması, sözleşmenin yazılı olarak yapılması, işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin olması ve işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemesi hususlarının bulunmaması, rekabet yasağı sözleşmesinin geçersizliğine sebebiyet verir. Burada önemle üzerinde durulması gereken konu, işçinin ne zamandan itibaren sözleşme ile bağlı kalmadığının tespitidir. Zira özellikle işçi lehine karşı bir edimin kararlaştırıldığı rekabet yasağı sözleşmelerinde, işçinin yasağın geçerliliğine güvenerek yasağa uymaması halinde sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz saymak hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Rekabet yasağı sözleşmesinin işçi bakımından sürekli borç ilişkisi doğuran niteliği de göz önünde bulundurulduğunda, işçinin sözleşmenin geçersizliğini öğrendiği andan itibaren ileriye dönük olarak rekabet yasağı ile bağlı olmadığını kabul etmek en hakkaniyetli çözüm olacaktır. Bu kabul ile birlikte işçi, yasağa uygun davrandığı dönemin karşılığı olan karşı edimi iade etmekten kaçınabilecektir<sup>66</sup>. Ayrıca Altay, işçinin ya-

<sup>62</sup> Süzek, s. 461; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 616.

<sup>63</sup> Süzek, s. 461.

<sup>64</sup> Taşkent/Kabakcı, s. 24.

<sup>65</sup> Y9HD 2011/20759 E. 2013/19695 K. 26.06.2013 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim:10.10.2015)

<sup>66</sup> Aynı yönde bkz. Soyer, s. 41.



sağa uygun davrandığı dönemde, kaçırmış olduğu fırsatları ve uğradığı zararı somut bir şekilde ispatlar ise, işveren genel hükümler uyarınca zarar talebinde bulunabileceğini savunmaktadır<sup>67</sup>. Ancak kanaatimizce, işverenin rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz kılınmasında bir kusurunun bulunmadığı hallerde bu talebin hakkaniyetli olacağını savunmak zordur.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşullarının sözleşmede aşırı nitelikte kararlaştırılmış olduğu durumlarda ise kanun koyucu, hâkimin sözleşmeye müdahale ederek aykırılığı sınırlandırabileceğini belirtmiştir. TBK m. 445/2'ye göre, “Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir.” Mülga BK'da, tarafların belirlediği aşırı nitelikteki rekabet yasaklarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak doktrinde, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340-a/2 hükmünde olduğu gibi, işverenin işçiye taahhüt ettiği karşı edimi de dikkate alarak hâkimin tüm şartları değerlendirmek sureti ile fahiş bir rekabet yasağını sınırlandırabileceği savunulmakta idi<sup>68</sup>. TBK ile birlikte İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki hüküm aynen alınmış ve bu konu yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Hâkimin, aşırı nitelikteki rekabet yasağını sınırlandırma yetkisi bulunurken, sözleşmeye yeni bir hüküm ekleme yetkisi bulunmamaktadır<sup>69</sup>. Böyle bir yetki, hem kanun tarafından hâkime tanınmamıştır hem de sözleşme hukukunun temel ilkelelerine aykırıdır.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşullarından olan fiil ehliyeti ve yazılı şekil koşullarının sözleşme yapılırken bulunmaması halinde ise sözleşme geçersiz olup, bu hususlara hâkimin müdahalesi mümkün değildir<sup>70</sup>.

#### IV. REKABET YASAĞINA AYKIRI DAVRANIŞIN SONUÇLARI

Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bu davranışının tüm sonuçlarına katlanmakla yükümlüdür. TBK'nın 446. maddesine göre, “Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür.

<sup>67</sup> Altay, s. 192.

<sup>68</sup> Bkz. Kenan Tunçoğlu, *Türk İş Hukuku*, İstanbul 1975, s. 526; Soyer, s. 71; Ayiter, s.473; Altay, s. 191.

<sup>69</sup> Ayiter, s. 473.

<sup>70</sup> Manav, s. 354.

Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.

İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.” Madde metninde görüleceği üzere kanun koyucu, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlâli ile meydana gelen zararını tazmin etmek amacı ile işverene; zararının tazminini isteme, kararlaştırılmış ise cezai şart talep etmesi ve şartları var ise rekabet yasağına aykırı davranışın sona erdirilmesi talebinde bulunabilme haklarını tanımıştır.

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 446'daki yaptırımlar tek taraflıdır ve işçinin rekabet yasağı sözleşmesini ihlâl etmesi halini düzenlemektedir. Rekabet yasağı sözleşmesinde işçiye ödenmek üzere bir karşı edimin belirlendiği ancak işveren tarafından karşı edimin ödenmeyerek rekabet yasağına aykırı davranıldığı duruma yönelik olarak maddede herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İşverenin karşı edimi ödemeyerek rekabet yasağını ihlâl ettiği durumlarda, TBK m. 117 ve devamında düzenlenen borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir<sup>71</sup>.

### A. İşverenin Zararının Tazmini

TBK'nın 446. maddesine göre, rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bu aykırılık nedeniyle işverenin uğradığı tüm zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, TBK'nın 112. maddesinde düzenlenen; “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” hükmünün doğal bir sonucudur. TBK m. 112 uyarınca, işçi, rekabet yasağına aykırı davranışın meydana gelmesinde kendisinin kusuru bulunmadığı takdirde herhangi bir giderim borcu ile yükümlü tutulamayacaktır. Ancak, takdir edileceği üzere böyle bir konuda işçinin kusursuzluğunu ispat etmesi oldukça zordur<sup>72</sup>. Bu hususta Alman doktrininde, bir işçinin savaş zamanlarında, rakip bir işletmede çalışmaya mecbur edilmesi gibi haller örnek gösterilmektedir<sup>73</sup>. İşveren, rekabet yasağının ihlâl edildiğini, bunun zarara yol açtığını ve ihlâl ile zarar arasında illiyet bağının bulunduğunu ispatlayarak tazminata hak kazanacaktır<sup>74</sup>. İşverenin, işçinin kusurunu ispat etmesine gerek yoktur.

<sup>71</sup> Soyer, s. 92; Uşan, s. 265.

<sup>72</sup> Bkz. Tunçomağ, s. 528; Uşan, s. 266.

<sup>73</sup> Fritz Pflüger, *Das vertragliche Konkurrenzverbot*. Diss., s. 56; nakleden Ayiter, s. 475.

<sup>74</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 616.

Rekabet yasağı sözleşmesinin ihlal edilmesi ile işverenin uğradığı zarar, mevcut malvarlığı ile yasağa uygun davranılmış olsa idi malvarlığının arz edeceği durum arasındaki farktır. Başka bir deyişle, buradaki zarar borçlar hukuku anlamındaki müspet zarardır<sup>75</sup>. Ayrıca tabiidir ki, rekabet yasağı sözleşmesinin ivazlı olarak yapılması halinde, işçi tarafından sözleşmenin ihlâli ile birlikte işveren de kendi üzerine düşen ivazı yerine getirmek zorunda kalmayacaktır<sup>76</sup>.

### B. İşçinin Cezai Şart Ödemesi

Uygulamada, rekabet yasağı sözleşmelerinde cezai şartların kararlaştırıldığına sıklıkla şahit olunmaktadır. Zira sözleşmedeki cezai şart<sup>77</sup>, hem işçileri sözleşmeye uygun davranmak için zorlamakta, hem de yasağın ihlâli halinde işverene, zararını ispat etmesi gerekmeden cezai şart olarak kararlaştırılan bedeli talep etme hakkı vermektedir. Ayrıca işverenin kazanç kayıplarının genellikle rekabet yasağı ihlâllerinden uzun süre sonra ortaya çıktığı göz önünde bulundurulduğunda cezai şartın önemi daha belirgin hale gelmektedir<sup>78</sup>. İşveren, yalnızca sözleşmenin ihlal edildiğini ispatlayarak kararlaştırılan cezai şarta hak kazanacak ve böylece gelecekteki muhtemel zararlarını da giderebilecektir.

TBK m. 446/2 hükmü, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin öngörülen cezai şartı ödeyerek rekabet etmeme borcundan kurtulabileceğini düzenlemektedir. Bununla birlikte, işverenin cezai şart miktarını aşan bir zararı meydana gelmiş ise, işçinin bu zararı da gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu aşkın zararın talep edilebilmesi için işverenin cezai şart ile karşılanamayan bir zararının olduğunu ispat etmesi gerekmektedir<sup>79</sup>.

Rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın aşırı derecede yüksek olduğu durumlarda TBK m. 182/3'teki "*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*" hükmü uyarınca hâkim cezai şartın miktarında indirim yapabilmektedir. Yargıtay'a göre de rekabet yasağı sözleşmesinde aşırı derecede yüksek kararlaştırılan cezai şartların, hakkaniyete uygun bir seviyeye indirilmesi gerekmektedir<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> Süzek, s. 462; Ayiter, s. 475.

<sup>76</sup> Soyer, s. 79.

<sup>77</sup> "Cezai şart, mevcut bir vecibenin ademi ifası yahut gerektiği gibi ifa edilmemesi halinde, borçlu tarafından bir meblağın tediye edileceğine dair anlaşmadır." Ayiter, s. 475.

<sup>78</sup> Süzek, s. 463.

<sup>79</sup> Ş. Esra Başkan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi C. 2 S. 2, Ankara 2012, s. 122.

<sup>80</sup> "Taraflar arasında hizmet sözleşmesinin 9. maddesinde "İşçi, işbu sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren iki yıl süre ile başka bir şarap firmasında her ne unvan altında olursa olsun çalışamaz. Kendisi adına veya üçüncü şahıslar adına şarap üretim, dağıtım, pazarlama ve satış işini yapamaz. TTK hükümleri saklı kalmak

### C. Rekabet Yasağına Aykırı Davranışın Sona Erdirilmesi

TBK m. 446/3'e göre, işçinin rekabet yasağına aykırı davranması durumunda işverenin tazminat ve cezai şart istemlerinin dışında üçüncü olarak işçiden yasağı aykırı davranışı sona erdirilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Kanaatimizce bu düzenleme, TBK m. 113/3 hükmünde yer alan; “Alacaklı, ayrıca borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafi borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir.” hükmünün bir tezahürüdür. İşverenin rekabet yasağına aykırı davranışın sona erdirilmesini talep edebilmesi için kanun bazı şartlar öngörmüştür. Buna göre, öncelikle işverenin bu hakkını rekabet yasağı sözleşmesinde açıkça saklı tutmuş olması gerekmektedir. Şayet sözleşmede, rekabet yasağının ihlali halinde işverenin işçiden rekabet yasağına aykırı davranışını sona erdirmesi talebini saklı tuttuğu belirtilmemiş ise, işverenin ihlâl sonrasında böyle bir talepte bulunma hakkı yoktur. Hatta sözleşmede TBK m. 446/3'ün uygulanacağını belirtilmiş olması dahi, bu koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterli değildir<sup>81</sup>. Zira kanun, bu hakkın sözleşmede “yazılı” ve “açıkça” saklı tutulmuş olmasını aramaktadır.

İşverenin rekabet yasağına aykırı davranışın sona erdirilmesini talep etme hakkının diğer koşulu ise, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi, yani bir başka deyişle, rekabet yasağının ihlali ile işverenin zararının oluşması veya yakın ve muhtemel zararlarının olmasıdır. Bununla birlikte, işçinin, rekabet yasağının ihlâline yönelik davranışının ağır bir nitelik taşıması gerekmektedir. Tüm bu şartların birarada bulunması ve işverenin devam eden ihlal sonucunda ortaya çıkan zararının veya tehdit altında kalan menfaatinin, karşılaştırılmış olan cezai şart ve tazminatla karşılanamayacak ve sonradan telafi edilemeyecek kadar önemli olması durumunda işveren işçiden yasağı aykırı davranışa son vermesini isteyebilir<sup>82</sup>. Bu talepte bulunabilmek için sözleşmede cezai şartın karşılaştırılmış olmasına gerek yoktur<sup>83</sup>.

---

kaydıyla bu yasağı aykırı davranılması halinde işçi kayıtsız ve şartsız olarak 500.000.000 TL ödeyecektir” denilmektedir. Davacı işveren nezdinde davalı işçi satış elamanı olarak çalışmış olup, bir süre sonra kendi isteği ile işyerinden ayrılmış olup, yine şarapçılık konusunda faaliyette bulunan D. Şarapçılık AŞ.'ne ait işyerinde tanıtma ve pazarlama elamanı olarak çalışmaya başlamıştır. Davacının bu davranışı Borçlar Kanununun 348 ve müteakip maddeleri doğrultusunda ferdi hizmet sözleşmesindeki rekabet memnuniyetine aykırı davranışı oluşturur. Ne var ki sözleşmede öngörülen cezai şart miktarı çok fahiş olup Borçlar Kanununun 161/Son maddesi uyarınca gerekli indirim yapılarak hakkaniyete uygun bir miktara hükmedilmelidir.” Y9HD 1999/6252 E. 1999/10506 K. 29.05.1997 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim:10.10.2015)

<sup>81</sup> Süzek, s. 464.

<sup>82</sup> Süzek, s. 464.

<sup>83</sup> Uşan, s. 270. Ayiter ise, sözleşmede cezai şartın karşılaştırılmamış olduğu durumlarda rekabet yasağına aykırı davranışın sona erdirilmesinin istenemeyeceğini savunmaktadır. Bkz. Ayiter, s. 474.

Rekabet yasağına aykırı davranışın sona erdirilmesi talebini incelerken belirtmek gerekir ki, üçüncü kişileri zorlayıcı bir hükmü tesis etmenin mümkün olmadığından dolayı, hâkim, rakip işletmede çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshini kararlaştırılmaz. Ancak, yukarıda belirtilen koşullara uyan somut bir olayda, işçinin kendi işinde bağımsız olarak sürdürdüğü faaliyetin hâkim tarafından durdurulması mümkündür<sup>84</sup>.

## V. REKABET YASAĞININ SONA ERMESİ

Çalışmanın II. bölümünde belirtildiği üzere, rekabet yasağı sözleşmesi, özel durum ve koşullar hariç, en fazla iki yıllığına yapılabilir ve kararlaştırılan süre sonunda başka bir işleme gerek kalmadan kendiliğinden sona erer.

Yine işçinin ölümü halinde rekabet yasağı sözleşmesi kendiliğinden sona erer<sup>85</sup>. İşverenin ölümü halinde ise kural olarak rekabet yasağı sözleşmesi varlığını sürdürür. Zira rekabet yasağı sözleşmesi ile işveren değil, işletmenin korunması amaçlanmaktadır<sup>86</sup>. Ancak istisnaen, rekabet yasağı münhasıran işverenin şahsı lehine konmuş ise işverenin ölümü halinde de rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesini kabul etmek gerekecektir<sup>87</sup>.

Sözleşme hukukunun temel ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda, tarafların rekabet yasağı sözleşmesini sona erdirme hususunda karşılıklı anlaşmaları halinde de sözleşmenin sona ereceği kabul edilmektedir<sup>88</sup>. Bu hususların dışında kanun, rekabet yasağı sözleşmesini sona erdiren üç özel durum kabul etmiştir.

### A. Yasağın Sürdürülmesinde İşverenin Gerçek Bir Yararının Kalmaması

TBK'nın 447/1. hükmüne göre, “*Rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer.*” Madde metninde yer alan “gerçek yarar” terimini, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki gibi “önemli (mühim) menfaat” olarak kabul etmek gerekmektedir<sup>89</sup>. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşullarından biri olan işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin somut olayda olmaması halinde sözleşmenin kurulması mümkün değildir. Sözleşme kurulurken bulunan bu haklı menfaatin daha sonra sona ermesi halinde ise rekabet yasağı sözleşmesi de sona erecektir. Bu durumlara; işverenin işini terk etmiş olması,

<sup>84</sup> Soyer, s. 88-90; Süzek, s. 465.

<sup>85</sup> Uşan, s. 271; Ayiter, s. 477; Soyer, s. 93.

<sup>86</sup> Uşan, s. 271.

<sup>87</sup> Ayiter, s. 477.

<sup>88</sup> Tunçomağ, s. 530; Soyer, s. 93; Ayiter s. 479.

<sup>89</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 910.

işverenin çalışma alanını değiştirmesi, evvelce mevcut olan –ve rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasına sebep olan- bir sırrın sonradan herkesçe bilinir hale gelmesi, işçi tarafından zarar verme imkânının ortadan kalkması gibi durumlar örnek verilebilir<sup>90</sup>. Yavuz, iş yerinin devri halinde de rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceğini savunmaktadır<sup>91</sup>. Kanaatimizce, rekabet yasağı münhasıran işverenin şahsı lehine kararlaştırılmadıkça bu durumu savunmak güçtür. İş yerinin devrinde, kural olarak rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermediğini kabul etmek gerekir<sup>92</sup>. Nitekim Yargıtay da, iş yerini devralan işverenin başka bir amaca yönelmediği durumlarda rekabet yasağının geçerliliğini sürdürdüğüne hükmetmiştir<sup>93</sup>.

### B. İşverenin Haklı Bir Neden Olmaksızın İş Sözleşmesini Feshi

TBK m. 447/2'ye göre, rekabet yasağını sona erdiren bir diğer durum, iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından feshedilmesidir. Bu hükmün karşıt anlamından, işverenin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25. maddesinde veya TBK'nın 435. maddesinde yer alan haklı nedenlere dayanarak feshetmesi halinde rekabet yasağının devam ettiği anlaşılmaktadır. Ancak burada tartışılması gereken husus, iş sözleşmesinin İşK m. 18'de düzenlenen, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanarak işverence feshedilmesi halinde rekabet yasağının sona erip ermeyeceğidir. Kanaatimizce, burada lafzî yorum yapılmalı ve kanun koyucunun "haklı neden" kavramını teknik anlamda kullandığı kabul edilerek İşK m. 25 ve TBK m. 435 hükümlerindeki haklı nedenle derhal fesih halleri dışında işverenin iş sözleşmesini feshettiği tüm durumlarda rekabet yasağının sona erdiğine hükmedilmelidir<sup>94</sup>. Zira, iş sözleşmesinin sona ermesinde kusuru bulunmayan işçinin, iş sözleşmesinin sona ermesi ile yürürlüğe girecek olan rekabet yasağı ile sınırlandırılması adil ve hakkaniyetli olmayacaktır<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 216; Ayiter, s. 477; Yavuz/Acar/Özen, s. 910.

<sup>91</sup> Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul 2011, s. 403.

<sup>92</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal'a göre, "İşyerinin devri ile birlikte, devre konu iş sözleşmelerinden doğan tüm hak ve borçlar devralan işverene kanun gereği kendiliğinden geçtiğinden, rekabet yasağı iş sözleşmesine konulacak bir kayıtla yahut ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılsın, bu yasağa ilişkin hak ve borçlar da devralan işverene geçecektir." Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 617.

<sup>93</sup> "...İşçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri halinde de kural olarak geçerliliğini sürdürür. Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde ise rekabet yasağı sona erer..." Y9HD 2008/24493 E. 2010/10480 K. 15.04.2010 T. (www.kazanci.com.tr) (erişim:10.10.2015)

<sup>94</sup> Aynı yönde Baskan, s. 123.

<sup>95</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 618-619; Ayiter, s. 478.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, işverenin feshi ihbar suretiyle iş sözleşmesini sona erdirdiği durumlarda da rekabet yasağı sözleşmesinin sona erdiğinin kabul edilmesi TBK m. 447 hükmü karşısında daha uygun olacaktır<sup>96</sup>.

### C. İşçinin İşverene Yüklenebilen Bir Nedenle İş Sözleşmesini Feshi

İş sözleşmesinin işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilmesi de, TBK m. 447/2 uyarınca rekabet yasağını sona erdirir. Bu düzenlemenin amacı, iş sözleşmesinin feshini haklı gösteren bir nedenin varlığına rağmen, sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet yasağına tâbi olmak istemeyen işçinin iş ilişkisini devam ettirmek zorunda kalabilecek olmasıdır<sup>97</sup>. Bu bağlamda, işçinin iş sözleşmesini İşK m. 24 veya TBK m. 435'e dayanarak feshetmesi durumunda rekabet yasağı da sona erecektir. İşçi, iş sözleşmesini feshederken dayandığı nedeni ispat etmekle yükümlüdür<sup>98</sup>. Ayrıca İşK m. 24'te düzenlenen ve derhal fesih hakkı veren nedenler kadar ağır olmamakla beraber, işverene yüklenebilecek makul bir nedenle iş sözleşmesinin işçi tarafından süreli feshedilmesi durumunda da rekabet yasağı sona erecektir. Örneğin; işverenin davranışlarıyla iş yerinde bulunması gereken huzuru bozması, işçinin yükseltilmesi vb. vaadlerini yerine getirmemesi gibi durumlar rekabet yasağının sona ermesine sebebiyet verecek makul fesih nedenleri arasında sayılabilir<sup>99</sup>.

İşçinin, İşK m. 24/I'de yer alan sağlık sebepleri veya İşK m. 24/III'teki zorlayıcı sebeplere dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği durumlarda ise, işverene yüklenebilecek bir kusur olmadığından dolayı rekabet yasağının sona ermediğini kabul etmek daha doğrudur<sup>100</sup>.

Kararlaştırılan deneme süresi içinde, yukarıdaki sebeplerden biri olmadan sona eren iş sözleşmelerinde ise rekabet yasağının sona ermediğini kabul etmek gerekir. Zira rekabet yasağı sözleşmesi ile korunması amaçlanan işverenin haklı menfaatleri deneme süresi içinde de ortaya çıkabilir<sup>101</sup>. Ancak bununla birlikte, çok kısa bir sürede deneme süresi içinde sona erdirilen bir iş sözleşmesi var ise, rekabet yasağı sözleşmesinin akibetinin işçinin işyerinde edindiği bilgiler ve hakkaniyet ölçülerine göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>96</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 911.

<sup>97</sup> Süzek, s. 466.

<sup>98</sup> Ayiter, s. 479.

<sup>99</sup> Soyer, s. 108; Süzek, s. 466.

<sup>100</sup> Hakan Keser, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı**, Sicil İş Hukuku Dergisi S. 24, İstanbul 2011, s. 101.

<sup>101</sup> Taşkent/Kabakçı, s. 34.

## VI. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA REKABET YASAĞI SÖZLEŞMELERİNE BENZER UYGULAMALAR

Rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, günümüzde İngiliz ve Amerikan hukuklarında geçmişte, bu tür sözleşmelerin ticareti sınırlandırıcı oldukları gerekçesiyle uygulanma kabiliyetlerinin olmadığı iddia edilirken, daha sonraları ticarî ilişkilerdeki gelişmeler, işverenin haklı çıkarlarının korunması düşüncesi rekabet yasağı sözleşmelerinin yaygınlaşmasını sağlamıştır<sup>102</sup>.

Çağdaş İngiliz hukukunda, taraflar kararlaştırdığı takdirde, işveren, üretim sırlarını korumak ve işçisinin rakip firmada çalışarak kendisiyle rekabet etmesini önlemek amacıyla ihbar süresi (“notice period”) içerisinde işçinin başka bir işte çalışmamasını, tabir caizse “evde oturmasını” (“stay at home”) talep edebilmektedir<sup>103</sup>. “Garden leave” (Bahçe izni) olarak nitelendirilen bu durumda işçiye maaşı ve tüm sosyal hakları verilmektedir. Bu dönem içerisinde işçi, başka bir işyerinde çalışırsa mahkeme vereceği bir kararla işçiye çalışmaktan alıkoymaktadır. Ancak tarafların, ihbar süresinden de uzun kararlaştırdıkları “garden leave”, mahkemelerce geçersiz sayılmaktadır<sup>104</sup>. “Garden leave”, her ne kadar işverene maddi külfet getirirse de, özellikle üretim sırlarına nüfuz etmiş olan üst düzey çalışanlar bakımından sıklıkla uygulanmaktadır<sup>105</sup>.

İş ilişkisinin bitiminden sonra üretim sırlarının korunması bakımından Amerikan hukuku incelendiğinde karşımıza “kaçınılmaz ifşa doktrini”<sup>106</sup> (*the doctrine of inevitable disclosure*) çıkmaktadır<sup>107</sup>. Bu doktrine göre, eğer işçinin faaliyeti bir üretim sırlarının kaçınılmaz olarak açıklanmasına yol açabilecekse, işverenin, bir sözleşmeye ihtiyaç duymaksızın, ayrılan bir işçinin rakip firmada çalışmasını engellemesi mümkün olacaktır<sup>108</sup>. Kaçınılmaz ifşa doktrinine göre, işinden ayrılan işçi şayet yeni işinde önceki işverenin üretim sırlarını ifşa etmeksizin çalışmayacaksa işçinin rakip fir-

<sup>102</sup> Uşan, s. 50.

<sup>103</sup> David Bainbridge, *Intellectual Property*, Londra 2010, s. 363-364.

<sup>104</sup> Bkz. 1996 tarihli *Credit Suisse Asset Management Ltd v Armstrong* (1996] ICR 882.) Somut olayda ihbar süresi altı ay olmasına rağmen on iki ay olarak kararlaştırılan “garden leave” süresinin ihbar süresinden sonraki altı aylık bölümünü hâkim geçersiz kabul etmiştir (Bainbridge, s. 363).

<sup>105</sup> Bilge, s. 157.

<sup>106</sup> Daha önce de zaman zaman uygulanan doktrin, 1995 tarihli *PepsiCo, Inc. v. Redmond* (54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995)) (<http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1337323.html>) (erişim:17.10.2015) kararından bu yana Amerikan mahkemelerince ilgili her somut olaya uygulanmaktadır.

<sup>107</sup> Bkz. Eleanore R. Godfrey, *Inevitable Disclosure of Trade Secrets: Employee Mobility v. Employer's Rights*, *Journal of High Technology Law*, Vol. III No. 1, Boston 2004, s. 168-170.

<sup>108</sup> Godfrey, s. 162.



mada çalışması engellenebilir. Bununla beraber Amerikan hukukunda, uygulamada rekabet yasağı sözleşmeleri çok yaygın bir şekilde yapılmaktadır<sup>109</sup>.

## SONUÇ

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin iş ilişkisi içerisinde işverenin müşterilerine nüfuz etmesi yahut üretim sırlarına vâkıfıyeti nedeniyle hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içerisinde işçinin işverenle rekabet teşkil eden davranış içerisine girmesini yasaklayan sözleşmedir. Bu sözleşme ile birlikte, özellikle üst düzey vasıflı işçilerin, işverenin üretim sırlarına ve müşteri çevresine nüfuz etmesi sonucunda elde ettiği bilgileri, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işveren aleyhinde kullanarak serbest piyasada haksız rekabet oluşturacak fiillerinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesi ile işçi, işveren ile rekabet etmeyeceğini, özellikle kendi adına rakip bir işletme açmayacağını, başka bir rakip işletmede çalışmayacağını veya bunların dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmeyeceğini taahhüt etmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile işverenin korunmaya değer haklı menfaatleri koruma altına alınırken, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemesi gerekmektedir. Bu bakımdan kanun koyucu, rekabet yasağı sözleşmesini süre, yer ve konu bakımından sınırlayıcı hükümler koymuştur. Ayrıca bu sözleşmenin işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü sınırlandırabilecek mahiyeti dolayısıyla, işçinin sözleşmenin sonuçlarını iyi bir şekilde düşünebilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan kanun, rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı yapılmasını ve sözleşmeyi imzalayan işçinin fiil ehliyetine sahip olmasını sözleşmenin geçerlilik koşullarından saymıştır. Bu iki koşulun yokluğu halinde hâkimin sözleşmeye müdahalesi söz konusu olamaz ve sözleşme geçersiz olur. Ancak işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı bir şekilde tehlikeye girmesini sağlamak adına getirilen süre, yer ve konu sınırlandırmalarından herhangi biri aşırı nitelikte olursa, hâkim o aşırılığı hakkaniyet ölçüsünde belirli bir seviyeye indirebilir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin, işçi tarafından ihlâl edildiği durumlarda kanun, işverene; tüm zararının tazminini talep etme, sözleşmede kararlaştırılmışsa cezai şart talep etme ve son olarak da, şartlarının oluştuğu durumlarda rekabet yasağına aykırı davranışın sona erdirilmesini talep etme haklarını tanımlar.

<sup>109</sup> Amerikan hukukundaki rekabet yasağı sözleşmeleri örnekleri için bkz. Elizabeth A. Rowe, *When Trade Secrets Become Shackles: Fairness and the Inevitable Disclosure Doctrine*, University of Florida Levin College of Law Faculty Publications, Florida 2005, s. 189-190.

Sözleşmenin süresinin dolması, işçinin ölümü, tarafların anlaşması gibi sözleşmeyi sona erdiren genel sebeplerin yanında kanun; yasağın sürdürülmesinde işverenin gerçek bir yararının kalmaması, işverenin haklı bir neden olmaksızın iş sözleşmesini feshi ve işçinin işverene yüklenebilen bir nedenle iş sözleşmesini feshi hallerini rekabet yasağını sözleşmesini sona erdiren durumlar olarak düzenlemiştir.

Diğer çağdaş hukuk düzenlerinde de Türk hukukunda olduğu gibi rekabet yasağı sözleşmelerine uygulamada oldukça sık rastlanmaktadır. Bununla beraber, Anglosakson hukukunda rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmadığı durumlarda da işverenin korunması gereken haklı menfaatlerinin gelişen içtihatlar ile birlikte üst düzeyde korunduğu görülmektedir. Rekabet yasağı meselesindeki en önemli nokta, işverenin korunmaya değer haklı menfaati ile işçinin ekonomik geleceği arasındaki hakkaniyet dengesinin çok hassas bir şekilde kurulmasıdır.

## KAYNAKÇA

- A. Rowe, Elizabeth; **When Trade Secrets Become Shackles: Fairness and the Inevitable Disclosure Doctrine**, University of Florida Levin College of Law Faculty Publications, Florida 2005.
- Altay, Sabah; **Türk Borçlar Kanununun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi C.14 S. 3, İstanbul 2008.
- Ayiter, Nüşin; **Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi**, Ahmet Esat Arsebük'e Armağan, Ankara 1958.
- Bainbridge, David; **Intellectual Property**, Londra 2010.
- Baskan, Ş. Esra; **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi C. 2 S. 2, Ankara 2012.
- Baş, Mustafa; **Teknik Bilgi (Know-how) Lisans Sözleşmesi**, Ankara 2000.
- Becker, Herman; **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, çev. A. Suat Dura, Ankara 1993.
- Berenstein, Alexandre / Mahon, Pascal; **Labour Law and Industrial Relations in Switzerland**, Lahey 2000.
- Bilge, Mehmet Emin; **Ticari Sırların Korunması**, Ankara 2005.
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat; **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2015.
- Ertuş, Kudret; **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Ankara 1982.
- Ertürk, Arzu Arslan; **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul 2010.
- Esener, Turhan; **İş Hukuku**, Ankara 1973.
- Godfrey, Eleanore R.; **Inevitable Disclosure of Trade Secrets: Employee Mobility v. Employer's Rights**, Journal of HighTechnology Law, Vol. III No. 1, Boston 2004.
- Karagöz, Veli; **Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart (Karar İncelemesi)**, EÜHFD, C. XIII S. 1-2, Erzincan 2009.
- Keser, Hakan; **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı**, Sicil İş Hukuku Dergisi S. 24, İstanbul 2011.
- Kösealioğlu, Ebru; **Know-how Sözleşmesi**, Hukuk Gündemi Yaz 2007.
- Mammone, Giovanni; **Non-competition Clauses in Labour Contracts**, 2006; [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms\\_159966.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159966.pdf) (erişim:14.10.2015)
- Manav, Eda; **İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları**, TBB Dergisi S. 87, Ankara 2010.
- McMullen, John / Fisher, Jon; **Obligations Which Survive the Termination of the Contract of Employment: Confidentiality, Trade Secrets and Competition**, Butterworth's Employment Guide, Dublin 2000.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş; **İş Hukuku**, Ankara 2014.
- Rotshein, Mark / Craver, Charles / Schraeder, Elinor / Shoben, Elaine / Vandervalde, Lea; **Employment Law**, 1994.
- Soyer, Polat; **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Ankara 1994.
- Süzek, Sarper; **Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu**, İÜHFD C. LXXII S. 2, İstanbul 2014.
- Taşkent, Savaş / Kabakçı, Mahmut; **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Sicil İş Hukuku Dergisi S. 16, İstanbul 2009.
- Tunçomağ, Kenan; **Türk İş Hukuku**, İstanbul 1975.

Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Ankara 2005.

Uşan, M. Fatih; **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması**, Ankara 2003.

Yavuz, Cevdet; **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, İstanbul 2011.

Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak; **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 2014.

#### İNTERNET SİTELERİ

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (erişim: 10.10.2015)

[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms\\_159966.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159966.pdf) (erişim: 14.10.2015)

<http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1337323.html> (erişim:17.10.2015)

# KONFERANS

AÇILIŞ KONUŞMASI:

**PROF. DR. SERAP HELVACI**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DEKANI

**1) DURUŞMALARIN ALENİ OLMASI VE MAHKEMENİN  
BİLGİYE ULAŞMASI**

Konuşmacı: Prof. Dr. Christian Schrader, Hochschule Fulda

Tercüman: Doç. Dr. İbrahim Aşık

07 Aralık 2015, Saat 11.30, 5. Amfi

**2) FEDERAL ALMANYA VE 2015 YILININ İKİNCİ  
YARISINDA İLTİCA DALGASI**

Konuşmacı: Prof. Dr. Christian Schrader, Hochschule Fulda

Tercüman: Doç. Dr. H. Özden Özkaya-Ferendeci

07 Aralık 2015, Saat 15.00, 4. Amfi

**3) FEDERAL ALMANYA'DA HAKİMLERİN SEÇİLMELERİ  
VE ATANMALARI**

Konuşmacı: Prof. Dr. Christian Schrader, Hochschule Fulda

Tercüman: Ar. Gör. Dr. Birce Arslandoğan

08 Aralık 2015, Saat 13.00, 4. Amfi

ORGANİZASYON KOMİSYONU:

Doç. Dr. İbrahim AŞIK; Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECİ;

Ar. Gör. Dr. Birce ARSLANDOĞAN



# Öffentlichkeit Von Gerichtsverhandlungen Und Gerichtsinformationen\*



Prof. Dr. Christian SCHRADER\*\*

## Öffentliche Verhandlung

Die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen ist geregelt in § 169 des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG). Sie hat aus historischen und staatsrechtlichen Gründen eine so hohe Bedeutung, dass sie sogar in die Europäische Charta der Grundrechte aufgenommen wurde, Art. 47 Satz 2 EuGRCh.

## Geheimgerichte

Denn Gerichte können über das Schicksal von Menschen entscheiden. Wenn sie dies heimlich tun besteht die Gefahr, dass Menschen ohne Wissen von Angehörigen und der Allgemeinheit in Gefängnissen verschwinden könnten. Der Sinn der Gerichtsöffentlichkeit liegt deswegen zum einen darin, dass die Beteiligten des Gerichtsverfahrens gegen eine Geheimjustiz, die bis vor gut 200 Jahren üblich war, geschützt werden.

## Kontrolle der Gerichte

Ein weiterer Grund liegt in der Gewaltenteilung, die eine gegenseitige Kontrolle der Staatsgewalten bezweckt. Die Gerichte sollen nicht nur Streitigkeiten in der Gesellschaft entscheiden, sondern auch die Gesetzgebung und Verwaltung kontrollieren, ob sie die Gesetze einhalten. Eine Kontrolle der Gerichte selbst findet aber nur eingeschränkt statt, da die Richter in ihrer Tätigkeit unabhängig sind. Wenn Ministerien und Parlamente die Richter nicht kontrollieren dürfen, dann soll es die Öffentlichkeit direkt ein Stück weit tun, indem sie bei den Gerichtsverfahren zuschauen kann. Es wird als eine eigene Rechtsposition des Volkes empfunden, von einer Gerichtsverhandlung Kenntnis zu nehmen und die durch die Gerichte handelnde Staatsgewalt durch Anwesenheit zu kontrollieren.

---

\* Dieser Beitrag wurde am 07.12.2015 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Marmara Universität von Prof. Dr. Christian Schrader als Vortrag vorgetragen.

\*\* Prof. Dr. Christian Schrader ist von der Hochschule Fulda.

### **Vertrauen in die Gerichte**

Ein dritter Grund ist das notwendige Vertrauen der Gesellschaft in die Gerichte. Gerichte sollen in Streitfällen entscheiden und diese Entscheidungen sind endgültig. Wenn Gerichtsurteile nicht akzeptiert werden entsteht kein Rechtsfrieden in der Gesellschaft, sondern die Streitigkeiten setzen sich fort. Für die Akzeptanz der Gerichtsentscheidungen ist es wichtig, dass die Gesellschaft die Gerichtsverfahren verfolgen und die Verfahren und die Entscheidungen somit nachvollziehen kann.

### **Umfang der Öffentlichkeit**

Durch die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen werden Gerichte aber nicht zu öffentlichen Marktplätzen, wo jeder immer hingehen kann. Sie gilt nicht

- für die Gerichte als Institution und für ihre Aufgaben als Teil der staatlichen Verwaltung. Hierzu ist in den letzten Jahren ein neues Informationsfreiheitsrecht entstanden, auf das ich am Schluss eingehen will.
- für das Vorher und das Nachher der Verhandlung. Die Ermittlung von Straftaten oder die vorbereitenden Schriftsätze einer zivilrechtlichen Verhandlung sind nicht öffentlich. Ebenso ist die Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher kein öffentlicher Termin, wo die Nachbarschaft zuschauen darf.
- für Gerichtsverhandlungen, bei denen die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen zu tief verletzt werden könnten, so zum Schutz der Familie, von Jugendlichen oder zum Beispiel von Opfern einer Straftat.
- Zuschauer, die nicht in den Gerichtssaal hineinpassen. Als zum Beispiel wegen Steuerhinterziehung gegen den Chef des Fußballvereins Bayern München, Uli Hoeneß, verhandelt wurde wollten sehr viele Menschen zuschauen. Der Prozess hätte im Stadion von Bayern München stattfinden müssen, damit alle zuschauen können. Es ist jedoch klar, dass eine Verhandlung in einem Raum des Gerichtsgebäudes stattfindet. Nicht Öffentlichkeit auf dem Marktplatz oder Fußballplatz ist geboten, sondern nur die Öffentlichkeit im Gerichtssaal, die Saalöffentlichkeit. Wenn dieser Raum aber nur 30 Zuschauerplätze hat, dann können nicht mehr als 30 teilnehmen.

### **1964: Verbot von Ton- und Fernsehaufnahmen**

Mit den modernen Möglichkeiten des Fernsehens tauchte die Frage auf, ob die räumliche Beschränkung der Öffentlichkeit behoben werden kann, indem Radio und Fernsehen live aus dem Gerichtssaal übertragen. Denkbar sind heutzutage nicht nur Court-TV, sondern skype- und youtube-Übertragungen im Internet.



Mit Film-Übertragungen hatte Deutschland sehr spezielle Erfahrungen. In der Zeit des Nationalsozialismus entstanden Filmaufnahmen, in denen die Angeklagten vor eines der schrecklichen deutschen Strafgerichte getrieben wurden. Sie mussten dabei ihre Hosen festhalten, weil ihnen die Gürtel weggenommen worden waren. Ihre Befragung war eher ein scharfes Verhör als der Versuch, die Wahrheit herauszufinden. Andererseits gab es nach dem Krieg Filmaufnahmen der Prozesse gegen NS-Verbrecher, in denen dokumentiert ist, wie das Unrecht der NS-Zeit gerichtlich aufgearbeitet wurde.

1964 wurde das Gesetz so geändert, dass während der Verhandlung keine Ton- und Fernsehaufnahmen zulässig sind.

Vor und nach der Verhandlung und in den Verhandlungspausen sind Fernsehaufnahmen möglich. Deswegen gibt es in Deutschland durchaus Fernsehaufnahmen aus einem Gerichtsgebäude, zum Beispiel aus dem Gang vor dem Verhandlungssaal. Aus dem Gerichtssaal darf aber nur bis zu dem Moment aufgenommen werden, in dem der Richter die Verhandlung beginnt.

Nach dem Beginn der Verhandlung dürfen sich Vertreter der Presse als normale Zuschauer in den Zuschauerraum setzen, Notizen machen und anschließend über die Verhandlung berichten. Außerdem dürfen sie Zeichnungen anfertigen, die die Angeklagten im Gericht zeigen.

Etwas großzügiger ist die Öffentlichkeit nur beim Bundesverfassungsgericht geregelt, wo Fernsehaufnahmen am Beginn der mündlichen Verhandlung und bei der öffentlichen Verkündung von Entscheidungen möglich sind, § 17 a BVerfGG. Im Zivilprozess gibt es eine weitere Ausnahme zugunsten der Prozessökonomie. Mit einer Videokonferenz kann das Gericht Zeugen außerhalb des Gerichtssaals befragen und die Vernehmung in das Sitzungszimmer übertragen oder ein Anwalt kann von einem anderen Ort aus Anträge mittel Ton- und Bildübertragung stellen, § 128a ZPO.

Normalerweise ist die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen unproblematisch. Ich gehe oft mit meinen Studenten des ersten Semesters in eine Strafverhandlung.

Das Problem ist, dass bei großen, spektakulären Prozessen oft die Zuschauersitze nicht ausreichen. Viel mehr Privatpersonen und Pressevertreter wollen zuschauen als der Saal Plätze hat. In diesen Fällen wird gestritten und manchmal auch darum prozessiert, ob eine Fernsehübertragung aus dem Prozess möglich ist.

### Fernsehübertragung als Verfassungsfrage

Bei zwei Strafprozessen wurde über die Öffentlichkeit bis zum Verfassungsgericht gestritten.

#### Politbüro-Prozess

Im sogenannten Politbüro-Prozess ging es 1995 darum, ob zentrale Mitglieder der Staatspartei der Deutschen Demokratischen Republik dafür verantwortlich waren, dass an der Grenze zwischen den beiden deutschen Staaten auf Flüchtlinge geschossen wurde. Der Fernsehsender n-tv wollte darüber berichten. Als ihm dies nicht erlaubt wurde beschwerte sich der Fernsehsender beim deutschen Bundesverfassungsgericht.

Das Bundesverfassungsgericht führte dazu aus (Urteil vom 24. Urteil 2001 - Az. 1 BvR 2623/95 und 1 BvR 622/99 -), dass dem Fernsehsender zwar der Schutz des Grundrechts zusteht, das die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film gewährleistet.

Aber dem Sender würde keine wirkungsvolle Fernsehberichterstattung verboten, weil vor Beginn und nach Ende der Verhandlung aufgenommen werden dürfe.

Das Verbot von Aufnahmen aus der Verhandlung sei gerechtfertigt, weil

- die Presse mit Risiken der Auswahl und Verfälschung verbunden sei. Der wirtschaftliche Wettbewerbsdruck und das Bemühen um die Aufmerksamkeit der Zuschauer führten häufig zu wirklichkeitsverzerrenden Darstellungsweisen, etwa zu dem Bemühen, der Verhandlung nur das Besondere, das Sensationelle und Skandalöse zu entnehmen. Normalität sei meist kein attraktiver Berichtsanlass.
- eine Fernsehberichterstattung den Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten verstärken würde, zum Beispiel durch eine Prangerwirkung oder durch negative Folgen für eine spätere Resozialisierung.
- viele Menschen würden ihr Verhalten in Anwesenheit von Kameras und Tonbändern ändern. Die Fairness des Verfahrens sei insbesondere im Strafprozess gefährdet, wenn sich Angeklagte oder Zeugen infolge der Medienaufnahmen scheuen, intime oder peinliche Umstände zu erklären, die zur Wahrheitsfindung wichtig sind.
- Selbst bei Einwilligung der Beteiligten sei das Verbot gerechtfertigt. Denn die Durchführung eines Gerichtsverfahrens stelle erhebliche Anforderungen an das Gericht. Es müsse schwierige Einschätzungen der Wirkungen der Aufnahmen auf das Verhalten der Beteiligten und über die Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen vornehmen. Im Interesse einer

möglichst ungestörten Wahrheits- und Rechtsfindung sei ein ausnahmsloses Verbot gerechtfertigt.

### **Minderheitsmeinung**

Dieses Urteil erging nicht einstimmig, sondern mit einer Mehrheit von 5 zu 3 Richtern. Die drei unterlegenen Richter waren der Auffassung, dass sich angesichts der Entwicklungen der Medienlandschaft ein ausnahmsloses Verbot von Funk- und Fernsehaufnahmen nicht mehr rechtfertigen lässt.

Wenn die modernen Medien nur unter Ausschluss der von Ton- und Bildaufnahmen berichten können, sei dies ein Eingriff des Staates in die Freiheit der Medien. Es sei im Urteil nicht begründet, warum die Gründe für ein Verbot in allen Verfahrensarten und -abschnitten überwiegen. Sowohl die drastischen Veränderungen in der Medienrealität als auch die im Ausland mit Gerichtsfernsehen gesammelten Erfahrungen müssen den Gesetzgeber veranlassen, das ausnahmslose Verbot zu überdenken.

Die Argumentation geht dahin, dass das völlige Verbot von Ton- und Filmaufnahmen nicht mehr zeitgemäß ist. Die Mediengesellschaft entwickelt sich weiter mit den Übertragungsmöglichkeiten im Internet. Livestreams öffentlicher Veranstaltungen sind weit verbreitet und ergänzen traditionelle Formen der Berichterstattung. Sämtliche Medien beziehen die Internet-Berichterstattung und neue Kommunikationsformen wie Internetblogs oder Twitter in ihre Arbeit ein. Wenn man twittern, aber nicht aufnehmen darf sei das nicht mehr zeitgemäß.

### **NSU-Prozess**

Acht Jahre später, 2013, ging es im NSU-Prozess um die rechtsradikale Gruppe nationalsozialistischer Untergrund. Den Angeklagten wird vorgeworfen, mehrere Personen, darunter auch Türken, getötet zu haben. Auch an diesem Prozess wollten viel mehr Menschen teilnehmen als Plätze im Gerichtssaal zur Verfügung standen.

Das Gericht hatte 50 Plätze für Medienvertreter. Es bat die Presse in einer Mail, sich um einen dieser Plätze zu bewerben. Die Wünsche würden in der Reihenfolge des Eingangs berücksichtigt. In diesem Windhund-Verfahren bekam nur der einen Platz, der sich zuerst gemeldet hatte. 40 Minuten nach der Aussendung der Mail waren schon 50 Anträge eingegangen und die Plätze waren allein an deutsche Medien vergeben. 78 andere Medienvertreter, darunter neun türkischen Medien, bekamen keinen Platz. Dies führte zu großen Protesten. Das Gericht lehnte den Umzug oder eine Videoübertragung in einen größeren Saal ab.

Die türkische Tageszeitung Sabah stellte beim Verfassungsgericht einen Antrag gegen die Sitzplatzvergabe - und hatte Erfolg. Das BVerfG entschied, dass das Strafgericht eine angemessene Zahl von Sitzplätzen an solche ausländischen Medien zur Verfügung zu stellen habe, die einen besonderen Bezug zu den Opfern der angeklagten Straftaten haben. Gerade türkische Medienvertreter hätten ein besonderes Interesse an einer eigenständigen Berichterstattung über diesen Prozess geltend machen können, da zahlreiche Opfer der angeklagten Taten türkischer Herkunft sind. In der türkischstämmigen Bevölkerung bestehe ebenso wie in der Türkei ein entsprechend großes Informationsbedürfnis. Daher müsse das Gericht entweder mindestens drei Sitzplätze für türkische Medienvertreter ergänzen oder ein neues Akkreditierungsverfahren realisieren.

Daraufhin wurden alle Presseplätze neu verlost, wobei für auf türkisch publizierende Medien vier Plätze vorgesehen waren. Sabah, Hürriyet, Al Jazeera und Evrensel bekamen einen Platz.

Nun bekamen aber andere Medienvertreter keinen Platz, ebenso wie viele Interessierte aus der Bevölkerung.

Daher ist die Diskussion nicht verschwunden, ob nicht doch durch Fernsehaufnahmen eine größere Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen hergestellt werden soll.

Ein Gutachten des Deutschen Richterbundes bejahte 2013 die Frage, ob das Verbot von Ton- und Fernsehaufnahmen noch zeitgemäß ist. Nur enge Ausnahmen seien denkbar. Eine Arbeitsgruppe der deutschen Justizministerien legte im Sommer 2015 Vorschläge für eine zeitgemäße Neufassung vor.

### **Diskussion um eine Neuregelung**

In der rechtspolitischen Diskussion liegen die Forderungen weit auseinander. Manche wollen wie bisher keine Fernsehaufnahmen zulassen. Andere dagegen möchten, dass aus fast jedem Gerichtsverfahren live berichtet werden darf.

Dazwischen gibt es Kompromisspositionen:

- Es sollte möglich werden, über bestimmte Abschnitte eines Verfahrens zu berichten, zum Beispiel die Verlesung der Anklage, die Plädoyers oder die Verkündung des Urteils. Insbesondere solle bei den obersten Gerichten die Urteilsverkündung live übertragen werden dürfen.
- Filmaufnahmen (oder nur Tonaufnahmen) sollten in einen Nebenraum des Gerichts übertragen werden, entweder nur für die Medienvertreter oder für die Öffentlichkeit insgesamt.

- Im Sinne einer Archiv-Lösung sollten zeitgeschichtlich besonders interessierende Prozesse aufgenommen werden, aber nur später und nur für wissenschaftliche und historische Zwecke zugänglich sein.
- Es dürfe nicht aus Strafverfahren oder aus Familiengerichtsprozessen berichtet werden, in denen Zeugen oder andere Beteiligte in besonderer Weise persönliche Umstände erzählen müssen. Aufnahmen aus Verwaltungsprozessen sollten aber möglich sein.
- Um eine Beeinflussung von Personen zu vermeiden dürfe nicht live berichtet werden, sondern es müsse zeitversetzt gesendet werden.
- Um Angeklagte nicht entwürdigend in den Mittelpunkt zu rücken dürften mit einer starren Kameraführung nur die Aussagen der jeweiligen Zeugen oder der Richter gefilmt werden.
- Gegen ein zu großes Gedränge vor Kameras und Mikrofonen solle es eine Pool-Lösung geben, indem sich alle Fernsehunternehmen aus den Aufnahmen eines Unternehmens oder des Gerichts bedienen (Pool-Lösung).
- Bei Prozessen mit besonders großem Interesse der Öffentlichkeit müsse es dem Richter überlassen bleiben, im Einzelfall die Öffentlichkeit auch durch Fernsehaufnahmen zuzulassen.

Wie würden Sie diese Frage entscheiden und mit welchen Argumenten?

Bevor wir dazu kommen will ich zum Schluss noch kurz auf eine neue Entwicklung hinweisen, die Öffentlichkeit von Gerichtsinformationen

Die eben dargestellte Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren soll mit langer Tradition eine Geheimjustiz verhindern. Dies betrifft die Hauptfunktion von Gerichten, als Organe der Judikative Recht zu sprechen. Daneben sind Gerichte jedoch auch Teil der Verwaltung, der Exekutive.

In Deutschland werden traditionellerweise bei den Gerichten manche Aufgaben erledigt, die sonst von Behörden erledigt würden. Zum Beispiel wird das Eigentum an Grundstücken in den gerichtlichen Grundbüchern verzeichnet. Ebenso führen die Gerichte andere Register, wie das Vereinsregister oder das Handelsregister. Außerdem ist es Aufgabe der Gerichte, privaten Schriftstücken in einem besonderen Verfahren eine ganz besondere Legitimität zu verschaffen, damit der Inhalt dieser Schriftstücke auch im Ausland anerkannt werden kann. Neben solchen besonderen Verwaltungsaufgaben sind Gerichte auch ganz normale öffentliche Institutionen, die Personal einstellen, Gebäude bewirtschaften oder Papier einkaufen, um ihre Aufgaben bewältigen zu können. Es können große Missstände eintreten, wenn zum Beispiel ein Gerichtspräsident ein luxuriöses Dienstauto kauft und für private Fahrten nutzt.

Für derartige Verwaltungsfragen hat sich in Deutschland seit etwa 10 Jahren ein Recht entwickelt, die bei den Verwaltungen liegenden Informationen abfragen zu dürfen. Der Sinn ist, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltungen zu stärken, eine Möglichkeit der Kontrolle durch die Öffentlichkeit herzustellen und neue Geschäftsmodelle der IT-Wirtschaft zu ermöglichen, wenn Verwaltungsinformationen frei genutzt werden können. Wie in über 60 anderen Staaten ist dafür auch in Deutschland ein allgemeines Recht auf Informationsfreiheit eingeführt worden. Es gilt gegenüber Behörden des Bundes und in 14 von 16 Bundesländern.

Alle Personen können einen Antrag auf solche Informationen stellen, ohne dass sie dazu ein besonderes Interesse darlegen müssen. So wollte zum Beispiel jemand den Terminkalender der Bundeskanzlerin Frau Merkel einsehen, was aber aus Sicherheitsgründen verweigert wurde.

In bestimmten Ausnahmefällen müssen die Informationen aber nicht herausgegeben werden. Diese Ausnahmen bestehen zugunsten von Interessen des Staates aber auch in Fragen des Datenschutzes oder von Geheimnissen von Unternehmen.

Damit wurde zum Beispiel überlegt, aus den Grundbüchern bei den Gerichten alle Eigentümer von Grundstücken zu erfragen, um daraufhin direkte Werbung an die Eigentümer zu schalten. Solche Anfragen sind aber nicht möglich, da in den Gesetzen über gerichtliche Register einzelne Anfragemöglichkeiten vorhanden sind und die allgemeinen Informationsfreiheitsgesetze gegenüber solchen speziellen Regelungen nicht angewendet werden können.

Insgesamt ist aber auch bei den Gerichten ein neues rechtliches Feld eröffnet worden, verwaltungsbezogene Informationen zu erhalten. Dieses Feld ergänzt die traditionelle Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen. Die beiden Felder folgen jeweils eigenen Regelungen. Ich hoffe, dass Sie dazu einen Überblick gewonnen haben und ich freue mich auf die Diskussion.

### **BLAK JMK 2015:**

In der rechtspolitischen Diskussion liegen die Forderungen sehr auseinander. Während manche wie bisher keine Fernschafnahmen zulassen wollen möchten andere, dass aus fast jedem Gerichtsverfahren live berichtet werden darf. Dazwischen gibt es auch Kompromisspositionen:

- Es sollte möglich werden, über bestimmte Abschnitte eines Verfahrens zu berichten, zum Beispiel die Verlesung der Anklage oder die Verkündung des Urteils. Insbesondere solle bei den obersten Gerichten die Urteilsver-

kündigung live übertragen werden dürfen, wenn keine Aspekte des Persönlichkeitsschutzes entgegenstehen.

- Filmaufnahmen (oder nur Tonaufnahmen) sollen in einen Nebenraum des Gerichts übertragen werden, entweder nur für die Medienvertreter oder für die Öffentlichkeit insgesamt.
- Im Sinne einer Archiv-Lösung sollen zeitgeschichtlich besonders interessante Prozesse aufgenommen werden, aber nur später und nur für wissenschaftliche und historische Zwecke zugänglich sein. Die Aufzeichnungen der Nürnberger Prozesse oder des so genannten „ersten Frankfurter Auschwitz-Prozesses“ können heute helfen, die Aufarbeitung der NS-Verbrechen nachzuvollziehen.
- Es dürfen nicht aus solchen Verfahren berichtet werden, in denen Zeugen oder andere Beteiligte in besonderer Weise persönliche Umstände erzählen müssen. Daher wären Aufnahmen aus Strafverfahren und aus Familiengerichtsprozessen verboten, aber nicht aus Verwaltungsprozessen.
- Um eine Beeinflussung von Personen zu vermeiden dürfte nicht live berichtet werden, sondern es müsse zeitversetzt gesendet werden.
- Um Angeklagte nicht entwürdigend in den Mittelpunkt zu rücken dürften mit einer starren Kameraführung nur die Aussagen der jeweiligen Zeugen oder der Richter gefilmt werden.
- Gegen ein zu großes Gedränge vor Kameras und Mikrofonen solle es eine Pool-Lösung geben, indem sich alle Fernsehunternehmen aus den Aufnahmen eines Unternehmens oder des Gerichts bedienen (Pool-Lösung)
- Bei Prozessen mit besonders großem Interesse der Öffentlichkeit müsse es dem Richter überlassen bleiben, im Einzelfall die Öffentlichkeit auch durch Fernhaufnahmen zuzulassen.





# Duruşmaların Aleni Olması ve Mahkemenin Bilgiye Ulaşması\*



Prof. Dr. Christian SCHRADER\*\*

Çeviren: Doç. Dr. İbrahim AŞIK\*\*\*

## Duruşmaların Aleniliği

Duruşmaların aleni olması Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 169. maddesinde yer almaktadır. Aynı zamanda Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan (m.47/c.2) ilke tarihi ve devlet teorisi açsından son derece önemlidir.

## Gizli Mahkemeler

Mahkemeler insanların kaderi hakkında karar verebilmektedir. Eğer bunu gizli yaparlarsa insanlar için toplumun ve mensup olduğu kişilerin bilgisi olmaksızın hapiste kaybolma tehlikesi ortaya çıkabilirdi. Yargılamanın aleni olmasının anlamı yargılamaya katılanların, 200 yıl öncesine kadar alışılmış olan gizli adalete karşı korunmasında yatmaktadır.

## Mahkemelerin Kontrolü

Diğer bir sebep, devlet otoritesinin karşılıklı kontrolünü amaçlayan kuvvetler ayrılığına dayanmaktadır. Mahkemeler sadece toplumdaki uyuşmazlıklar hakkında karar vermemekte, aynı zamanda yasama ve idarenin kanunlara uyup uymadığını da kontrol etmektedir. Ancak mahkemelerin kontrolü sınırlı olmaktadır zira hakimler faaliyetlerinde bağımsızdır. Bakanlar ve milletvekilleri hakimleri kontrol edemiyorsa o zaman aleniyet yargılamanın izlenebilmesiyle biraz daha geniş olmalıdır. Yargılama süreci halkın kendi hakkı olarak görülmelidir ki yargılamadan bilgi sahibi olma ve hazır bulunma yoluyla devlet gücüyle hareket eden mahkemelerin kontrolü sağlanabilsin.

---

\* 07.12.2015 tarihinde T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tebliğ olarak sunulan metindir.

\*\* Prof. Dr. Christian Schrader Almanya Fulda Yüksekokulu öğretim üyesidir.

\*\*\* T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

### Mahkemelere Güven

Üçüncü sebep toplumun mahkemeye güvenmesidir. Uyuşmazlıklar hakkında mahkemeler karar verir ve bu kararlar kesindir. Mahkeme kararları kabul görmezse toplumda hukuk barışı ortaya çıkmaz, aksine ihtilaflar sürüp gider. Mahkeme kararlarının kabullenilmesi için toplumun yargılama sürecini takip edebilmesi ve böylelikle yargılamayı ve kararları anlayabilmesi önemlidir.

### Aleniyetin Kapsamı

Duruşmaların aleni olması mahkemenin, herkesin girebileceği halk pazarı olduğu anlamına gelmez.

Aleniyet şu durumlarda geçerli değildir

- Mahkemenin kurum olarak ve idari işlerinin bir parçası olarak yaptığı görevler için. Buna ilaveten son yıllarda yeni bir bilgi edinme hakkı ortaya çıktı. Bu hakka sonra değinmek istiyorum.
- Yargılamanın öncesinde ve sonrasında geçerli değildir. Suçun soruşturulması veya medeni usul hukukunda yazılı dilekçenin hazırlanması aleni değildir. Aynı şekilde icra memurlarınca yapılan icra işleri komşuların izleyebileceği aleni bir iş değildir.
- Kişisel hakları ilgilendiren ve bunların ciddi zedelenmesi ihtimali olan yargılamalarda, aynı şekilde ailenin, gençlerin korunması veya örneğin bir suç mağdurunun korunması söz konusuysa (yargılama aleni olmayacaktır).
- İzleyiciler mahkeme salonuna sığmazsa. Örneğin Bayern Münih futbol kulübünün başkanı Uli Hoeness vergi kaçakçılığı sebebiyle yargılanmak istendiğinde pek çok kişi izlemek istemişti. (öyle ki) bütün izleyicilerin katılabilmesi için yargılamanın Bayern Münih'in stadyumunda yapılması gerekirdi. Yargılamanın adliye binasında bir odada yapılacağı açıktır. Pazar yerinde veya futbol alanında yargılama yapma imkanı sunulması aleniyet değildir, bilakis aleniyet duruşma salonundadır, yani duruşma salonu aleniyetidir. Eğer bu oda (duruşma salonu) sadece 30 kişilik yere sahipse otuz kişiden fazlası katılamayacaktır.

### 1964: Ses ve görüntü kaydı yasağı

Modern televizyon yayın imkanlarıyla radyo ve televizyonun mahkeme salonundan canlı yayın yapması yoluyla aleniyetin mekan açısından sınırlamasının ortadan kalkıp kalkmadığı sorusu ortaya çıktı. Bu gün için sadece reality şov değil, aynı zamanda internette skype- ve youtube yayınları da düşünülmelidir.

Almanya film yayınıyla ilgili çok özel deneyimlere sahipti. Nazi Almanya'sı zamanında ürkütücü bir alman ceza mahkemesi önüne çıkarılan sanığın bulunduğu

filmler ortaya çıkmıştı. Sanıkların kemerlerine el konulduğu için sanıklar pantolonlarını tutmak zorundaydı. Onların sorgulanması, gerçeği ortaya çıkarmaktan ziyade onları sorgularken rencide etmektir. Diğer taraftan savaştan sonra Nazi suçlularına karşı yargılamaların filme alınması nasyonal sosyalizm zamanının haksızlıklarının yargısal olarak belgelendirerek tamamlandı.

1964'te duruşma sırasında ses ve görüntü kaydı alınamayacağına ilişkin kanun değişikliği yapıldı.

Duruşmadan önce ve sonra ya da duruşma arasında görüntü kaydı alınması mümkündür. Bu nedenle Almanya'da adliye binalarında görüntü kaydı cihazları vardır. Örneğin koridordan duruşma salonunun önüne kadar. Ancak duruşma salonunda hakim duruşmayı başlatana kadar görüntü kaydı alınabilir.

Duruşma başladıktan sonra basın mensupları normal bir izleyici olarak salonunda oturabilir, not alabilir ve daha sonra duruşma hakkında haber yapabilir. Bunun dışında mahkemede tarafları gösteren çizim yapabilirler. Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda geniş kapsamlı bir düzenleme bulunmaktadır ki burada sözlü yargılamanın başında ve kararın aleni olarak açıklanmasında görüntü kaydı alınması mümkündür (§ 17 a BVerfGG). Medeni usul hukukunda usul ekonomisi yararına başka istisnalar vardır. Mahkeme video konferans yoluyla tanıkları duruşma salonu dışında dinleyebilir ve sorgulama bir toplantı odasından aktarılabilir veya bir avukat başka bir yerden ses ve görüntü nakli ile dilekçe verebilir (talepte bulunulabilir) § 128a ZPO.

Normal şartlarda mahkemelerde duruşmaların aleni olması sorunsuzdur. Ben ilk dönem genellikle öğrencilerimle bir ceza duruşmasına giderim. Ancak büyük sansasyonel davalarda genellikle izleyici yerlerinin yeterli gelmemesi sorunu olmaktadır. Çoğu zaman sivil vatandaş ve basın mensupları salonunda bir yere sahip olarak izlemek istiyor. Bu gibi durumlarda yargılamadan görüntü aktarımı yapılmasının mümkün olup olmayacağı tartışılmaktadır.

### **Anayasa sorunu olarak görüntü aktarımı**

İki ceza yargılamasında aleniyet hakkında Anayasa Mahkemesine başvuruldu.

### **Politbüro davası**

Politbüro davası 1995'te cereyan etmiş ve bu davada Demokratik Alman Cumhuriyeti devlet partisinin merkez üyelerinin iki alman devleti sınırında öldürülen sığınmacıların ölümünden sorumluluğunun olup olmadığı söz konusuydu. N-tv televizyon kanalı bu konuda canlı yayın yapmak istedi. Televizyon kanalına izin verilmeyince televizyon kanalı Federal Alman Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulundu.

Federal Anayasa Mahkemesi (Urteil vom 24. Urteil 2001 - Az. 1 BvR 2623/95 und 1 BvR 622/99 -), gerçi televizyon kanalının temel hakkı olan basın özgürlüğünün, radyo ve film yoluyla haber verme özgürlüğünün garanti altına alındığı belirtmiştir. Ancak bu olayın yayıncı için etkin haber verme yasağı anlamına gelmediğini ifade etmiştir. Çünkü duruşma başlamadan önce veya duruşmadan sonra görüntü alınmasına izin verilmiştir.

Duruşmada kayıt yasağı hukuken doğrudur. Çünkü;

- Basının çarpıtma ve yanlış aktarma riskleri vardır. Ekonomik rekabet baskısı ve izleyicilerin dikkatinin genellikle gerçeği çarpıtan ifadelerle yönlendirilmesi, örneğin yargılamadan özel sansasyonel ve skandala yol açabilecek anlam çıkarılması. Normal olan genellikle çekici bir haber sebebi değildir.
- Televizyon yayınıyla haber verme örneğin kişinin teşhir edilmesi veya daha sonra topluma kazandırılması için olumsuz sonuçlar ortaya çıkarması sebebiyle ilgililerin kişisel haklarına müdahaleyi artırabilir.
- Birçok kişi kamera ve ses kaydının bulunması durumunda davranışlarını değiştirebilir. Sanık veya tanıklar medyanın görüntü almasından dolayı gerçeğin ortaya çıkarılmasında önemi olan samimi ve titiz açıklamalar yapmaktan çekinirse bu durum özellikle ceza yargısında, yargılamanın adil olmasını tehlikeye atar.
- İlgililer izin verse bile yasak geçerlidir. Çünkü yargılamanın yürütülmesi önemli ölçüde mahkemenin dikkatini gerektiren zorlu bir süreçtir. Görüntü almanın yargılamaya katılanların davranışı üzerine etkisini tahmin etmek zordur ve bu kabul edilebilir etkilenmenin ötesine geçer. Maddi gerçeğin ve hakkın yerine getirilmesi menfeatinin korunması için yasak istisnasız bir şekilde geçerli olmalıdır.

### **Azınlık görüşü**

Bu karar oy birliğiyle alınmadı, beşe karşı üç çoğunlukla alındı. Azınlıkta kalan üç hakim medya alanındaki gelişmeler göz önünde tutulduğunda ses ve görüntü kaydı almanın istisnasız yasaklanmasının artık haklı olamayacağı yönünde görüş açtılar.

Modern medyanın ses ve görüntü kaydı olmaksızın sadece haber yapabilmesi, devletin medyanın özgürlüğüne müdahale sayılır. Davada neden bütün davalarda ve bütün yargılama kesitlerinde (bölümlerinde) yasağa üstünlük tanındığı gerekçelendirilememiştir. Gerek medya gerçeğindeki ciddi değişiklikler gerekse diğer ülkelerdeki mahkeme televizyonlarıyla ilgili ortaya çıkan tecrübeler kanun koyucunun istisnasız yasak konusunda tekrar düşünmesine sebep olmalıdır.

Bu gerekerlerle ses ve görüntü kaydının tamamen yasaklanması çağa uygun değildir. Medya dünyası internette veri aktarma imkanlarıyla gelişmeye devam etmektedir. Canlı yayınlarla açık toplantılar (gösteriler) geniş bir şekilde yayımlanmakta ve geleneksel haber verme şekillerini tamamlamaktadır. Bütün medya internet haber verme ve internet bloğu veya twitter gibi yeni iletişim şekillerini çalışma alanlarına dahil etmektedir. Twitlenebilir ama kayıt altına alınamaz (anlayışı) artık ağdaş değildir.

### NSU Davası

8 yıl sonra 2013 nasyonal sosyalist grubun söz konusu olduğu bir dava. Sanıklar aralarında Türklerin de bulunduğu bir çok kişiye öldürmekle suçlanıyor. Bu davada da mahkeme salonunda bulunan mevcut koltuk sayısından daha fazla insan yargılamaya katılmak istedi.

Mahkemede basın mensupları için 50 yer vardı. Mahkeme bu yerler için başvuran basın mensuplarından mail ile davet etti. İstekler alış sırasına göre değerlendirildi. Bu çok hızlı bir prosedrd ve ilk önce başvuran yerin sahibi oldu. Mailin gönderilmesinden kırk dakika sonra 50 başvuru yapılmıştı ve bu yerler sadece alman medyasına armağan edilmişti. Ilerinde dokuz tane türk medyasının da olduğu diğer 78 basın temsilcisi yer alamadı. Bu büyük bir protestoya yol açtı. Mahkeme büyük bir salona taşınmayı veya büyük bir salona video aktarımı yapılmasını reddetti.

Bir Türk gazetesi olan Sabah Anayasa mahkemesine başvurdu ve oturacak yer sağlanması talep etti ve başarılı oldu. Anayasa mahkemesi ceza mahkemesinin yargılanan suçla ilgili olan yabancı medyaya da uygun sayıda oturacak yer sağlanması gerektiğine karar verdi. Özellikle bu davada Türk medya temsilcilerinin özgürce haber yapabilmesinde özel bir menfaati vardı. Çünkü dava konusu olayda Türk kökenli bir çok kurban vardı. Türkiye’de olduğu gibi Türk kökenli halkta da büyük bir bilgi alma ihtiyacı vardı. Bu nedenle mahkeme ya en az üç oturma yerini türk medya temsilcilerine ayıracaktı ya da yeni bir akredite işlemi gerçekleştirecekti.

Sonrasında bütün basın koltukları için kura çekildi ve bunda Türkçe yayın yapan medyaya dört yer ayrıldı. Sabah, Hürriyet, Al Jazeera ve Evrensel yer aldı. Ama halktan bir çok ilgili kişinin yer alamadığı gibi diğer medya temsilcileri de yer alamadı.

Daha sonra görüntü kaydı yoluyla yargılama açısından büyük bir aleniyetin sağlanmasının mümkün olup olmayacağı tartışması sona ermedi.

Alman hakimler birliğinin 2013 yılındaki bir raporu ses ve görüntü kaydının çağa uygun olup olmadığı sorununu cevapladı. Sadece sınırlı istisnai hallerde dş-

nülebilir. Alman adalet bakanlığının bir çalışma grubu 2015 yazında yeni ve çağdaş bir teklif sundu.

### Yeni teklif çerçevesinde tartışma

Hukuk politikası açısından talepler birbirinden uzak bulunmaktadır. Bazıları şimdiye kadar olduğu gibi görüntü kaydına izin verilmemesi istiyor. Diğerleri ise hemen hemen her yargılamanın canlı yayınlanmasına izin verilmesini istiyor.

Bu arada uzlaştırmacı pozisyonlar vardır:

- Yargılamanın belli bir kısmının haber yapılması (görüntülü) mümkün olmalı. Örneğin iddanamenin okunması, son sözler veya hükmün tefhimi. Özellikle yüksek mahkemelerdeki hükmün tefhimi canlı yayınlanabilmeli.
- Görüntü veya ses kaydı ya sadece basın temsilcileri için veya bütün kamuoyu için mahkemenin yanındaki bir odadan aktarılmalı.
- Arşiv çözümü anlamında tarihsel ve özellikle ilginç davalar kayıt altına alınmalı ama daha sonra sadece bilimsel ve tarihi amaçlar için erişilebilir olmalıdır.
- Özellikle tanıkların veya diğer davaya katılanların özel şekilde kişisel durumları anlatmak zorunda oldukları ceza davasından veya aile mahkemelerindeki yargılamadan (görüntülü) haber yapılamamalıdır. Ancak idari davalarda yayın yapılabilir.
- İnsanların etkilenmesini önlemek amacıyla canlı yayına izin verilmemeli, daha sonra yayınlanmalıdır.
- Davalının/sanığın odak noktasında olup küçük düşürülmemesi için sabit bir kamera kullanılmasına izin verilmeli ve sadece ilgili tanıkların veya hakimin beyanları filme alınmalıdır.
- Bir firmanın veya mahkemenin kaydının bütün televizyon kanallarına hizmet etmesiyle kamera ve mikrofonlar önünde büyük izdihamlara karşı bir havuz çözümü olmalıdır.
- Özellikle kamu oyunda büyük ilgi gören davalarda ve özel durumlarda televizyon yoluyla aleniyete izin verilmesi konusunun hakime bırakılması gerekir.

Bu sorunda hangi gerekçelerle nasıl karar verirdiniz?

Buna gelmeden önce son olarak kısaca mahkemenin bilgiye ulaşmasında aleniyete ilişkin yeni bir gelişmeye işaret etmek istiyorum.

Az önce ifade edildiği üzere yargılamanın aleni olması uzun süreli gelenekle gizli yargılamayı engellemiştir. Alenilik ilkesi yargı organı olan mahkemenin asıl iş-

lerine yöneliktir. Bunun yanında mahkemeler yine de idarenin, yürütmenin bir parçasıdır.

Almanya'da aslında resmi makamlardan elde edilebilecek bazı işler geleneksel bir şekilde mahkemelere bırakılmıştır. Örneğin taşınmazların mülkiyetine ilişkin hususlar mahkemece tapu siciline tescil edilmektedir. Aynı şekilde mahkeme dernek sicili veya ticaret sicili gibi kayıtları da tutmaktadır. Bunun dışında belgelerin içeriğinin yurtdışında da tanınması için özel bir usulde özel belgelerin yasalara uygunluğunu sağlamak da mahkemelerin görevidir. Bu gibi idari görevlerinin yanında mahkemeler, kendi görevlerini yerine getirebilmek için personel istihdam etmek, adliye binası idare etmek veya kağıt satın almak gibi basit kamu kurumu işlerini de yaparlar. Örneğin bir mahkeme başkanı çok lüks bir makam aracı satın alsa ve özel gezileri için kullansa büyük bir hata olurdu. Almanya'da bu gibi idari sorunlar için yaklaşık on yıldan beri bir yasa geliştirildi (kabul edildi). Buna göre idarelerden bilgi edinmek mümkün hale getirildi. Bunda amaç, şeffaflık yoluyla kontrol imkanının sağlanması ve bilgi teknolojisinin yeni iş modellerini kullanarak idareye olan güveni güçlendirmektir. İdarenin bilgilerinin serbestçe kullanılabilmesi gerekir. 60 tan fazla ülkede mevcut olan bilgi alma özgürlüğüne ilişkin genel bir kural düzenlendi. Bu hak federal makamlara karşı ve eyaletler içinde de 16 eyaletten 14'üne karşı geçerlidir.

Herkes özel bir menfaat bildirmek zorunda olmaksızın bu tür bilgilere ulaşmak için başvuruda bulunabilir. Örneğin bir kişi Almanya başbakanı Bayan Merkel'in randevu defterini incelemek istedi, ancak bu güvenlik gerekçeleriyle reddedildi.

Belli istisnai durumlarda bilgiler verilemez. Bu istisnalar devletin menfaatleri yararına ortaya çıkar ama aynı zamanda bilgilerin korunması veya firmaların sırlarının korunması yararına ortaya çıkar.

Örneğin bununla ilgili mahkemelerdeki tapu sicillerinden taşınmaz maliklerine doğrudan reklam gönderebilmek için bütün taşınmaz maliklerinin sorulup öğrenilmesi düşünülebilir. Ancak bu tür başvurular mümkün değildir. Çünkü kanunlarda mahkeme sicillerine ilişkin somut bilgi alma imkanı (ayrıca) mevcuttur ve genel bilgi edinme kanunu bu tür özel düzenlemelere sahip değildir.

Ancak mahkemelerde idareyle ilgili bilgilerin alınmasına ilişkin yeni bir hukuki alan açıldı. Bu alan geleneksel duruşmaların aleniliğini tamamlar. Bu iki alan her defasında kendi kurallarını takip eder (uyar).

Bu konuda size genel bir bakış kazandırabildiğimi umuyorum ve bu görüşmeden mutlu oldum.

## BLAK JMK 2015

Hukuk politikası tartışmasında talepler birbirinden çok farklıdır. Bazıları şimdiye kadar olduğu gibi görüntü alınmasına izin verilmemesini isterken, diğerleri neredeyse bütün yargılamaların canlı yayınlanmasına izin verilmesini istemektedir. Bunların arasında uzlaştırıcı görüşler de vardır.

- Yargılamanın belli bir kısmının haber yapılması (görüntülü) mümkün olmalı. Örneğin iddianamenin okunması veya hükmün tefhimi. Kişiliğin korunmasına aykırı değilse özellikle yüksek mahkemelerdeki hükmün tefhimi canlı yayınlanabilmeli.
- Görüntü veya ses kaydı ya sadece basın temsilcileri için veya bütün kamuoyu için mahkemenin yanındaki bir odadan aktarılmalı.
- Arşiv çözümlemesi anlamında tarihsel ve özellikle ilginç davalar kayıt altına alınmalı ama daha sonra sadece bilimsel ve tarihi amaçlar için erişilebilir olmalıdır. Nürnberg davaları ve Frankfurt'taki ilk Auschwitz davaları günümüzde Nazi dönemindeki suçların incelenmesine yardımcı olmaktadır.
- Özellikle tanıkların veya diğer davaya katılanların özel şekilde kişisel durumlarını anlatmak zorunda oldukları davalarda haber yapılamamalıdır. Bu nedenle ceza davasından veya aile mahkemelerindeki yargılamadan görüntü kaydetmek yasaktır. Ancak idari davalarda yasak değildir.
- İnsanların etkilenmesini önlemek amacıyla canlı yayına izin verilmemeli, daha sonra yayınlanmalıdır.
- Davalının/sanığın odak noktasında olup küçük düşürülmemesi için sabit bir kamera kullanılmasına izin verilmeli ve sadece ilgili tanıkların veya hakimin beyanları filme alınmalıdır.
- Bir firmanın veya mahkemenin kaydı bütün televizyon kanallarına hizmet etmeli ve kamera ve mikrofonlar önünde büyük izdihamlara karşı bir havuz çözümü olmalı.
- Özellikle kamu oyunda büyük ilgi gören davalarda ve özel durumlarda televizyon yoluyla aleniyete izin verilmesi konusunun hakime bırakılması gerekir.



# Deutschland und die Flüchtlingswelle im 2. Halbjahr 2015\*



Prof. Dr. Christian SCHRADER\*\*

Seit September 2015 besteht eine neue Situation, wie Deutschland mit Flüchtlingen umgeht. Das Ausland versteht uns nicht und im Moment verstehen sich die Deutschen selber nicht genau.

Daher will ich in einem ersten Teil schildern, wie Deutschland bis zum September 2015 mit Flüchtlingen umging.

Danach will ich behandeln, was seit dem September faktisch passierte.

Anschließend möchte ich beleuchten, welche politischen Veränderungen in Deutschland seither diskutiert werden.

## **I. Deutschland und Flüchtlinge bis zum 2. Halbjahr 2015**

### **A. Auswanderung aus Deutschland**

Bis vor 80 Jahren war Deutschland ein Auswanderungsland. Fast 6 Millionen Deutsche gingen zwischen 1820 und 1928 aus wirtschaftlichen Gründen weg, vor allem in die USA.

### **B. Nationalsozialismus und Flucht und Vertreibung nach dem Zweiten Weltkrieg**

In der Zeit des Nationalsozialismus hat Deutschland viele Menschen aus rassistischen Motiven brutal verfolgt und gezielt getötet. Viele Menschen konnten sich nur durch Flucht vor dem Tod retten. Nur weil es Staaten gab, die diese Menschen aufnahmen, sind viele Menschen noch am Leben. Die offene Asylpolitik vieler Staaten war die einzige Überlebenschance.

Vor 70 Jahren war der Krieg zu Ende. Deutschland musste im Osten große Gebiete an andere Staaten abgeben. Die dort lebenden Deutschen flohen oder wurden aus den Gebieten vertrieben. 12 bis 14 Millionen Deutsche kamen in das restliche Gebiet Deutschlands und mussten dort neu anfangen.

---

\* Dieser Beitrag wurde am 07.12.2015 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Marmara Universität von Prof. Dr. Christian Schrader als Vortrag vorgetragen.

\*\* Prof. Dr. Christian Schrader ist von der Hochschule Fulda.

1949 wurde die Bundesrepublik Deutschland gegründet. Aus der Zeit des Nationalsozialismus war noch präsent, dass es wichtig war, in Staaten fliehen zu können, die politisch Verfolgten Asyl gewährten.

In Art 16 der Verfassung, des Grundgesetzes, wurde ein kurzer Satz verankert, der als Lehre aus der Vergangenheit aussagt: Politisch Verfolgte genießen Asylrecht. Bis 1975 kamen pro Jahr aber nur weniger als 10.000 Menschen, um in Deutschland Asyl zu suchen.

### **C. Eine Mauer in Deutschland: Flucht nach Westen bis 1990**

Deutschland war aber auch von 1945 bis 1990 in zwei Gebiete geteilt. Eine Mauer in Berlin und 1600 Kilometer Stacheldraht hinderten die 17 Millionen Ostdeutschen, nach Westdeutschland zu fahren. Viele, die es trotzdem versuchten, wurden an der Grenze erschossen.

Vor 25 Jahren demonstrierten viele Menschen in Ostdeutschland gegen die Teilung. Manche fuhren nach Ungarn und nach Tschechien, um von dort aus nach Westdeutschland zu kommen. Deren Flucht war der Beginn, dass sich bald danach für alle Ostdeutschen die Grenze öffnete.

Zusätzlich kamen aus den Nachfolgestaaten der Sowjetunion mehr als 2 Millionen Menschen, die wegen ihrer deutschen Vorfahren als Deutsche gelten und deswegen legal nach Deutschland kommen konnten.

Im Ergebnis gab es bis vor 25 Jahren nur Auswanderung aus Deutschland oder es gab Migration von Deutschen. Es gab aber kaum Zuwanderung von anderen Menschen nach Deutschland. Deutschland versteht sich bis heute nicht als Einwanderungsland.

Zum Beispiel wurden die Millionen Menschen, die seit den 1960er Jahren auch aus der Türkei als Arbeitskräfte nach Deutschland kamen, früher als befristete „Gastarbeiter“, als nicht dauerhaft zu Deutschland gehörige Menschen angesehen.

### **D. Grundrecht auf Asyl im Grundgesetz**

Durch den Zusammenbruch der sozialistischen Staaten 1990 sahen viele Menschen dort keine Perspektive. In den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien herrschte Krieg und viele Menschen kamen nach Deutschland, um hier Asyl zu suchen. Gab es bis Ende der 1980er Jahre weniger als 100.000 Asylsuchende pro Jahr, so kamen 1992 plötzlich mehr als 400.000.

Deutschland erschrak und zeigte sich abweisend. Es gab einige ausländerfeindliche Übergriffe, wo zum Beispiel Wohnhäuser von Asylanten

angezündet wurden. Die Sorge wuchs, dass mit ansteigenden Zahlen von Asylbewerbern rechte, nationalistische Parteien, an Bedeutung gewinnen könnten. Daraufhin wurden Gesetze verabschiedet, die die großzügige Aufnahme von Flüchtlingen einschränkten. 1993 wurde sogar die Verfassung geändert und aus den 4 Worten „Politisch Verfolgte genießen Asylrecht“ wurde ein sehr langer Artikel, der Begrenzungen des Asyls einführte.

Es begann für die Asylsuchenden und für ihre Unterstützer in Deutschland ein zäher Kampf, individuell juristische Gründe zu finden, um in Deutschland bleiben zu können.

#### **D. Internationale Verpflichtungen**

Diese komplizierten Begrenzungen beruhen auch auf internationalen Regeln und auf Regeln der Europäischen Union. Ein äußerst wichtiger Unterschied zu anderen Staaten ist, dass Deutschland nicht allein über seinen Umgang mit Flüchtlingen entscheidet. Deutschland hat internationale Verträge und Regeln der EU unterschrieben, die es beachten muss und die von deutschen Gerichten auch sehr ernst genommen werden.

Um europäische Flüchtlinge direkt nach dem Zweiten Weltkrieg zu schützen wurde 1951 die sogenannte Genfer Flüchtlingskonvention unterzeichnet. Sie legt fest, wer ein Flüchtling ist, und welchen rechtlichen Schutz sie oder er von den Unterzeichnerstaaten erhalten sollte. Insbesondere gilt das Verbot, einen Flüchtling in ein Gebiet zurückweisen, in dem sein Leben oder seine Freiheit bedroht sein würde (non-refoulement).

#### **E. EU-Verpflichtungen**

In der EU entstand ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem. Sein Kern sind die sog. Dublin-Regeln. Im ersten EU-Staat, den ein Flüchtling erreicht, muss er registriert werden und hier seinen Asylantrag stellen. Stellt er den Antrag woanders wird er in den ersten EU-Staat zurückgebracht. Kommt ein Mensch aus einem sicheren Drittstaat kann er in Deutschland grundsätzlich kein Asyl beantragen. Von der Möglichkeit, die Anerkennung oder die Verteilung auf die EU-Staaten zu regeln, wurde bis 2015 nicht Gebrauch gemacht.

#### **F. Anzahl und Herkunft von Asylsuchenden bis Anfang (wenn Zahlen verfügbar: bis August) 2015**

Die Zahl von Asylsuchenden in Deutschland ging bis 2008 auf unter 30.000 Menschen zurück. Danach stieg sie stark an auf über 200.000 Asylanträge im Jahre 2014. Dennoch war auch diese Zahl von 200.000 Asylanträgen eine Größenordnung,

die aus der Vergangenheit bekannt war und bei der keine größeren Schwierigkeiten gesehen wurden, diese Menschen in Deutschland aufzunehmen.

Dies änderte sich 2015.

## **II. Flüchtlingswelle im 2. Halbjahr 2015**

### **A. Herkunftsländer, insbesondere Syrien.**

Flüchtlinge kommen aus vielen Staaten nach Deutschland, vor allem aus Asien und Afrika. Darunter sind sehr instabile Länder wie Afghanistan oder der Irak. Aus den Staaten des Westbalkan kommen vor allem Roma. Und es gibt Syrien, wo seit 2011 Krieg herrscht.

### **B. Aufnahme von syrischen Flüchtlingen in den angrenzenden Staaten.**

Von den 20 Millionen Einwohnern Syriens flohen viele innerhalb Syriens, aber mindestens vier Millionen in die angrenzenden Staaten Jordanien, Libanon und Irak. Die Türkei nahm ebenfalls fast zwei Millionen Syrer auf. Allein in Istanbul sollen 400 000 Syrer leben. Die Nachbarländer waren und sind damit viel stärker mit Flüchtlingen aus Syrien belastet als europäische Staaten.

### **C. Flucht von mehreren Hunderttausend Syrern in Richtung Europa.**

In Deutschland gingen bis August 2015 bereits 256 938 Asylanträge ein, für das Gesamtjahr wurde bereits mit 450 000 Anträgen gerechnet. Die meisten Anträge kamen von Menschen aus Albanien, Kosovo und Serbien, gefolgt von Syrern.

Das änderte sich im September 2015, als sehr viele Syrer den Weg über Griechenland und den Balkan vor allem nach Deutschland suchten. Gegenüber dem September 2014 stieg die Zahl der Asylanträge um 126 Prozent.

Die voraussichtliche Gesamtzahl für das Jahr 2015 wurde im September noch auf 800 000 Personen geschätzt. Seit Oktober geht man von 1,2 bis 1,5 Millionen zugewanderten Menschen aus.

Warum hat sich die Situation so entscheidend geändert?

### **Krieg in Syrien - Smartphone**

Sehr viele Menschen haben nach mehreren Jahren in Lagern hinter der syrischen Grenze die Hoffnung auf eine baldige Rückkehr verloren. Aber sie haben: Ein Smartphone. Durch moderne Kommunikationsmittel verbreiten sich Informationen über Fluchtbedingungen sehr schnell. Wenn relativ sichere

Transportwege zur Verfügung stehen begeben sich viel mehr Menschen als früher zum gleichen Zeitpunkt auf die Flucht.

### **Schwächung des Asylsystems der EU**

Die Dublin-Regeln mit der Registrierung und dem Asylverfahren im ersten EU-Staat wurden seit Jahren unterlaufen, weil Griechenland, Italien und Malta diese Aufgaben nicht ausführten. In Italien stellten von 170 000 Flüchtlingen nur 65 000 einen Asylantrag. Der Rest lebt illegal in Italien oder reiste illegal in andere Staaten weiter.

Selbst der Europäische Gerichtshof stellte 2013 fest, dass Asylsuchende nicht nach Griechenland zurückgeschickt werden dürfen, weil in Griechenland keine menschenwürdige Behandlung sichergestellt ist.

Wer also über Griechenland nach Mittel- und Nordeuropa kam musste nicht mehr befürchten, nach Griechenland zurückgebracht zu werden. Das sprach sich herum. Je mehr Menschen bereits hier waren, desto mehr wollten nachkommen. Als Hauptfluchtweg etablierte sich die Balkanroute, über Griechenland und den Balkan nach Österreich, Deutschland und Schweden.

### **Erklärungen der deutschen Behörden**

In Deutschland ist für Asylverfahren das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge zuständig. Dieses Amt erklärte am 25. August 2015, dass für Menschen, die aus Syrien stammen, das Dublin System nicht mehr angewendet werden würde. Damit war von offizieller Seite klar, dass Menschen aus Syrien nicht in andere EU-Staaten zurückgeschickt, sondern ihre Anträge in Deutschland bearbeitet würden.

Als daraufhin eine große Flüchtlingswelle nach Deutschland einsetzte war es zunächst in Deutschland unklar, ob man darauf mit Einschränkungen oder mit Offenheit reagieren würde.

Am 10. September 2015 erklärte die deutsche Bundeskanzlerin Merkel, dass Deutschland für Flüchtlinge aus einem Bürgerkrieg offen sei und dass es keine Obergrenze für Asylsuchende gebe.

### **III. Reaktionen auf die Flüchtlingswelle**

In der Europäischen Union und in Deutschland haben erste Reaktionen eingesetzt, wie auf die Flüchtlingswelle zu reagieren ist.

### **A. Die EU-Regeln für Asylsuchende werden momentan nicht angewendet.**

Ungarn errichtete einen Zaun, um die Flüchtlinge von seinem Territorium fernzuhalten. Ansonsten, angefangen mit Griechenland, Kroatien und Österreich, aber auch in Deutschland werden die Flüchtlinge einfach weiter geleitet, wenn Flüchtlinge durch ihr Gebiet durch wollen. Erst wenn die Menschen dauerhaft bleiben wollen melden sie sich und werden dort als Asylsuchende registriert.

Damit bestimmt nicht mehr das EU-Recht, wo Menschen Asyl suchen können. Die Flüchtlinge suchen sich das Land ihres Asylantrags frei aus.

Weil geltendes Recht nicht eingehalten wurde entstand eine unregelte Massenflucht. Als Abhilfe sollen bis Ende November Aufnahme- und Registrierungslager in Griechenland und Italien eingerichtet werden. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Flüchtlinge daran halten werden oder die neuen Lager umgehen werden.

Für den Fall eines Massenzustroms von Flüchtlingen hatte sich die EU bereits 2001 darauf verständigt (Richtlinie 2001/55/EG), dass der Rat der EU diesen Massenzustrom feststellen kann und dann eine Verteilungsregel greift. Im Rat wurde diese Feststellung jedoch nicht getroffen.

Nach dem EU-Vertrag sind Regeln möglich, wie viele Personen ein Staat aufzunehmen hat. Eine feste Verteilung für Asylsuchende auf die Mitgliedstaaten der EU gibt es seit Ende September für insgesamt 160 000 in Italien und Griechenland lebende Flüchtlinge (BESCHLUSS (EU) 2015/1523 DES RATES vom 14. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland; [www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2015/09/23-statement-informal-meeting](http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2015/09/23-statement-informal-meeting)). Der Versuch, für die 1,5 Millionen Flüchtlinge in Europa eine Verteilung auf die EU-Mitgliedstaaten zu vereinbaren, fand nicht die notwendige Mehrheit von EU-Staaten. Viele Mitgliedstaaten wehren sich strikt gegen die Aufnahme von Flüchtlingen.

Damit steht es jedem EU-Staat weiterhin frei, wieviel Flüchtlinge er anerkennt und aufnimmt. In manchen Staaten werden unter 2 Prozent der Flüchtlinge als asylberechtigt anerkannt. In Deutschland liegt die Quote bei 37,6 Prozent.

### **B. Deutschland**

Der Grund für diesen Unterschied liegt auch in der deutschen Geschichte. Die unmenschliche Verfolgung vieler Menschen in der Zeit des Nationalsozialismus

machte Deutschland bewusst, wie wichtig das Asylrecht ist für Menschen, die politisch verfolgt werden.

Seit vielen Jahren berichten die Medien, wie Menschen bei der Überfahrt mit schlechten Booten über das Mittelmeer in große Gefahr oder sogar zu Tode kamen. Es wurde von einer Festung Europa berichtet, die sich Flüchtlingen gegenüber verweigert. In Deutschland wurde sehr intensiv diskutiert, ob diese harte Haltung gegenüber Flüchtlingen moralisch gerechtfertigt sein kann. Besonders die Kirchen und manche politischen Parteien argumentierten, dass sich Europa mehr öffnen müsse gegenüber den Menschen, die nach Europa fliehen. So entstand in der deutschen Bevölkerung immer mehr eine Unzufriedenheit über die restriktive Flüchtlingspolitik und eine Offenheit, Flüchtlinge in Deutschland aufzunehmen.

2015 berichteten die Medien viel über den Krieg und die aussichtslose Lage in Syrien. Als nun Menschen aus Syrien in Deutschland eintrafen haben viele Deutsche überlegt, wie sie den Menschen in ihrer Not helfen können. Viele Deutsche gingen zu den Bahnhöfen und haben Wasser, Lebensmittel, Kleidung oder Spielzeug für die Kinder gespendet. Alle gesellschaftlichen Organisationen wie Kirchen, Parteien, Vereine oder auch meine Hochschule<sup>8</sup> versuchen, den Menschen in ihrer unmittelbaren Not zu helfen. Eine „Willkommenskultur“ war entstanden. Deutschland war sich einig, dass diesen Menschen geholfen werden muss.

Langsam erschrickt Deutschland, wie viele Menschen kommen. Es setzt eine große Diskussion ein, ob die „Willkommenskultur“ auf Dauer beibehalten werden kann.

Aus den skizzierten historisch-politischen und rechtlichen Gründen läuft die Diskussion aber anders als in anderen Staaten.

### **Asyl für politisch Verfolgte**

In der deutschen Gesellschaft geht es nicht, dass wir politisch verfolgte Menschen abweisen. Wir wollen die Garantie für politisch Verfolgte bewusst beibehalten. Wenn wir dies beibehalten, kann es aber auch keine Obergrenze geben. Alle politisch verfolgten Menschen müsste dann Deutschland aufnehmen, egal woher die Menschen kommen. Da es auf der Welt sehr viele Gebiete mit politischer Verfolgung gibt ergibt sich daraus eine theoretisch unbegrenzte Anzahl von Menschen, die ein Recht hätten, nach Deutschland zu kommen. Bereits aus diesem Grund könnten jährlich Millionen Menschen nach Deutschland kommen. Die einzige Möglichkeit, dies zu begrenzen, ist, den Begriff der politischen Verfolgung enger zu verstehen. Im Moment wird in Deutschland aber über diese Möglichkeit noch nicht diskutiert. Im Moment bleibt es ein offener Widerspruch, dass wir uns

einerseits offen zeigen für alle politisch Verfolgten, aber andererseits die Grenzen deutlich werden, sämtliche Menschen aufzunehmen, die nach Deutschland kommen wollen.

### **Humanitäre Großzügigkeit für Menschen, die nicht als Asylant anerkannt sind**

Das liegt auch daran, dass es in Deutschland keine Einwanderungspolitik gibt. Deswegen gibt es für alle Menschen, die nach Deutschland kommen wollen, nur die Möglichkeit über das politische Asyl. Also suchen auch alle Menschen, die aus einer perspektivlosen Situation in ihrem Heimatland fliehen, in Deutschland den Weg über den Antrag auf politisches Asyl, obwohl in ihrer Heimat keine politische Verfolgung besteht.

Auch diese Menschen sind nicht schutzlos. Auch wenn sie nicht politisch verfolgt werden, so können es doch Menschen sein, die unter die Genfer Flüchtlingskonvention fallen. Nur 0,9 % wurden im Jahr 2015 als politische Flüchtlinge anerkannt, aber mehr als 35 % als Flüchtlinge im Sinne der Flüchtlingskonvention.

Flüchtling ist danach, wer aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen der politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit er oder sie besitzt.

Rechtlich bestehen die Möglichkeiten, die Fluchtgründe enger zu interpretieren oder die Anzahl der Flüchtlinge durch eine Obergrenze, ein Kontingent, zu begrenzen. Deutschland ist außerhalb des Bereichs der politisch Verfolgten nicht verpflichtet, alle Flüchtlinge aufzunehmen.

Doch bei vielen Gruppen gibt es Konsens, dass wir die Menschen nicht zurückweisen können. Wer in Afghanistan von den Taliban bedroht ist, weil er für die deutschen Militärs gearbeitet hat, wird in Deutschland aufgenommen. Wer aus einem unmenschlich harten System wie in Eritrea oder aus instabilen Ländern wie dem Irak flieht findet in Deutschland Verständnis. Wer aus dem Krieg in Syrien flieht wird in Deutschland nicht zurückgewiesen.

Lediglich bei den Menschen aus dem Westbalkan beginnt eine Diskussion, ob die bisherige Offenheit beibehalten wird. Hier wurden bereits Gesetze geändert. Doch es ist noch nicht klar, ob diese Gesetze zu einer anderen Praxis führen werden.

### **Militärische Grenzsicherung**

Um diese Fragen des Nachzugs und der Rückführung in die Ursprungsstaaten gar nicht erst entstehen zu lassen versuchen viele Staaten, bereits den Zutritt auf



ihr Gebiet zu verhindern. Australien lässt Bootsflüchtlinge nicht ins Land, sondern interniert sie in Camps in Nachbarstaaten. Zwischen den USA und Mexiko gibt es entlang der Grenze einen hohen Zaun. Ungarn hat im 2. Halbjahr 2015 seine Grenze zu Serbien so ausgebaut, dass kein freier Zutritt auf das ungarische Gebiet mehr möglich war.

Speziell für Deutschland ist diese Politik von Stacheldraht und militärischer Grenzsicherung jedoch politisch nicht vorstellbar. Deutschland hatte bis 1990 die innerdeutsche Grenze mit Mauer und Stacheldraht, die als unmenschlich empfunden wird. Es wurde aber auch deutlich, dass trotz der Schüsse an dieser Grenze sich die Menschen auf Dauer nicht von der Wanderung nach Westdeutschland abhalten ließen.

Daher sind Grenzen mit militärischer Sicherung in Deutschland politisch und wegen mangelnder Effektivität nicht vorstellbar. Deutschland liegt in der Mitte Europas und hat vom Wegfall der Grenzen zwischen den Staaten sehr stark profitiert. Alle Deutschen genießen es, ohne Grenzkontrollen, ohne Visum und ohne Probleme in ein Nachbarland zu fahren. Die freien Grenzen sind für die europäische Union und speziell für Deutschland ein hoher Wert.

Es wird lediglich diskutiert, diese freien Grenzen für einen begrenzten Zeitraum aufzuheben und wieder Kontrollen einzuführen, um dann Menschen, deren Asylantrag keinen Erfolg hat, bereits in Lagern an der Grenze abzufangen (Transitzonen). Der europäische Binnenmarkt verhindert aber, diese Grenzkontrollen als dauerhafte Lösung wieder einzuführen.

### **Grenzen für Abschiebung und Nachzug**

Es reicht außerdem nicht aus, den Zutritt von Flüchtenden nach Deutschland zu begrenzen.

Beispielsweise können Menschen, die in Deutschland angekommen und nicht anerkannt sind, nicht zurückgeschickt werden, wenn ihnen bei einer Rückkehr in ihre Heimatländer dort eine Verfolgung droht. Faktisch gab es in den letzten Jahren immer mehr Probleme, Menschen in ihrer Heimatländer zurückzubringen. Das lag an rechtlichen Grenzen, aber auch an der Bereitschaft großer Teile der deutschen Bevölkerung, sich für diese Flüchtlinge einzusetzen und sie nicht in ihrer Heimatstadt zurückzuschicken. Im Moment wird stark diskutiert, ob wir diese humanitäre Zurückhaltung noch weiter betreiben können.

Eine weitere Frage, die im Moment noch nicht diskutiert wird, ist, ob wir den Nachzug von Familien begrenzen können und wollen. Im Augenblick kommen sehr viele junge Männer nach Deutschland. Es ist klar, dass diese jungen Männer ihre

Frauen, ihre Kinder und ihre ganze Familie auch nach Deutschland holen wollen. Damit ist deutlich, dass sich die momentanen Flüchtlingszahlen in den nächsten Jahren durch den Nachzug der Familien vervielfachen werden.

**Insgesamt haben wir eine neue Situation, auf Seiten der Menschen und auf Seiten der Staaten.**

Es kommen in kurzer Zeit sehr viele Menschen, um vor dem andauernden syrischen Krieg in eine gesichere Situation zu kommen.

Angesichts der Not so vieler Menschen sind nur wenige Staaten so hart, ihre Grenzen zu schließen. Deutschland wird das aus historischen Gründen nicht tun. Deutschland hatte bereits vor dem September 2015 eine hohe Attraktivität für Syrer und andere Menschen, dorthin zu flüchten. Durch den Zusammenbruch des EU-Registrierungssystems und durch deutsche Erklärungen kam es zu einer Massenflucht. Deutschland diskutiert derzeit über Maßnahmen, aus der unregelmäßigen Massenflucht zu einem geordneten Weg der Einwanderung zu finden.

# Federal Almanya ve 2015 Yılı'nın İkinci Yarısında İltica Dalgası\*



Prof. Dr. Christian SCHRADER\*\*

Çeviren: Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECI\*\*\*

2015 Eylül'den beri Almanya'nın sığınmacılara ne şekilde davranması gerektiği konusunda yeni bir durum oluştu. Yurtdışı şu an bizi anlamıyor ve aslında Almanlar da kendilerini anlamıyorlar. Dolayısıyla tebliğimin ilk bölümünde Federal Almanya'nın 2015 Eylül'üne kadar sığınmacıları nasıl karşıladığını anlatmak istiyorum. Tebliğimin devamında ise Eylül'den beri filen oluşan durumu size aktarmak istiyorum. Akabinde de Federal Almanya'da bu tarihten itibaren hangi siyasi değişikliklerin tartışıldığını size aktarmak istiyorum.

## I. Federal Almanya ve 2015'in İkinci Yarısına Kadar Sığınmacılar

### A. Federal Almanya'dan Göç Hareketleri

Federal Almanya 80 yıl öncesine kadar göç veren bir ülkediydi. Tahminen altı milyon Alman 1820 – 1928 arası ekonomik sebeplerden dolayı Almanya'dan göç ettiler ve özellikle ABD'ye gittiler.

### B. Nasyonal Sosyalist Rejim ve İkinci Dünya Savaşı'ndan Sonra Kaçış ve Sürgün

Nasyonal Sosyalist Rejim döneminde Almanya ırkçı bir motivasyonla birçok insanı vahşice takip etti ve hedef alarak öldürdü. Birçok insan ancak ülkeden kaçarak hayatını kurtarabildi. Bu insanlara kucak açan ülkeler sayesinde bu insanlar hayatta kalabildiler. Bu ülkelerin açık bir iltica politikası izlemeleri, kaçan insanların tek hayatta kalma şansını oluşturuyordu. Yetmiş sene önce savaş bitti. Almanya özellikle doğuda büyük toprak kaybı yaşayarak buradaki toprakları başka ülkelere vermek zorunda kaldı. Bu topraklarda yaşayan Almanlar ise kaçmak zorunda kaldı veya sürgün edildiler. Yaklaşık oniki – ondört milyon Alman bu şekilde Almanya'ya gelip, hayatlarına yeniden başlamak zorunda kaldılar. 1949'da Federal Almanya kuruldu.

\* 07.12.2015 tarihinde T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tebliğ olarak sunulan metindir.

\*\* Prof. Dr. Christian Schrader Almanya Fulda Yüksekokulu öğretim üyesidir.

\*\*\* T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Nasyonal Sosyalist Rejim döneminden öğrenilen bir husus vardı, o da başka ülkelere kaçabilmenin ne kadar önemli olduğu hususuydu, bu bağlamda başka ülkelerin siyasi sebeplerden dolayı kaçanlara iltica hakkı vermesinin önemi hatırlandı. Federal Almanya Anayasası'nın 16. maddesinde çok kısa ve öz bir hüküm yer almakta. Bu hüküm geçmişte edinilen tecrübeler sayesinde düzenlendi. Hüküm içeriği şu şekilde: Siyasi sebeplerden dolayı takip edilenlerin iltica / sığınma hakkı vardır. Ancak 1975 yılına kadar Federal Almanya'ya yılda sadece 10.000'e yakın mülteci gelip, iltica talebinde bulundu.

### C. Federal Almanya'da bir duvar: 1990 yılına kadar Batı'ya Kaçış

Federal Almanya 1945 ile 1990 yılları arasında ikiye bölünmüştü. Berlin'de bir duvar ve 1600 kilometrelik bir tel örgü 17 milyon Doğu Almanın, Batı Almanya'ya gitmesini engelledi. Buna rağmen birçok kişi kaçmaya çalıştı ve sınırda vuruldu.

25 yıl önce Doğu Almanya'da insanlar bu sınıra karşı eylemde bulundu. Bazıları Macaristan'a bazıları ise Çek Cumhuriyeti'ne giderek, oradan Batı Almanya'ya geçmeye çalıştılar. Onların kaçıışı, diğer Doğu Almanlar için de sınırın açılmasına sebebiyet verdi ve sınırlar açıldı. Ayrıca Sovyetler Birliği'nin dağılması ile ortaya çıkan ülkelere de Almanya'ya iki milyondan fazla insan geldi. Bu insanların ataları Alman olduğundan, kanun önünde de Alman olarak kabul edildiler ve Almanya'ya rahatlıkla gelebildiler.

Sonuç itibarıyla 25 yıl öncesine kadar Federal Almanya'dan göç vardı. Federal Almanya'ya insanların göç hareketi çok azdı. Dolayısıyla Federal Almanya kendisini hala göç kabul eden bir ülke olarak görmemektedir. Örneğin bu bağlamda 1960'lı yıllardan başlayarak Türkiye'den Almanya'ya gelen işçilere de geçici "misafir işçi" denildi ve bu insanların sürekli olarak Almanya'da kalacağı düşünülmedi.

### D. Anayasa'da Temel Hak Olan İltica Hakkı

1990'da sosyalist rejim ile yönetilen ülkelerin dağılması ile birçok insan oralarda geleceğe yönelik bir perspektif göremediler. Eski Yugoslavya'dan ortaya çıkan ülkelere savaş sürüyordu ve bundan dolayı Federal Almanya'ya çok insan gelip, sığınma hakkı talep ettiler. 1980'li yılların sonuna kadar Almanya'ya yılda 100.000'den az sığınma hakkı talep eden kişilerin gelirken, 1992 yılında birden 400.000 kişiden fazla sığınmacı gelip, sığınma hakkı talep etti. Bu gelişme karşısında Almanya irkildi ve sığınmacılara tepki gösterdi. Maalesef yabancılara karşı saldırılar oldu, sığınmacıların yaşadığı yurtlar yakıldı. Sığınmacı sayısının artması ile Almanya'da faşistlerin de sayısı artacağı konusunda korku oluştu. Bunun üzerine sığınmacıların ülkeye alınmasını sınırlandıran yasalar kabul edildi. Hatta 1993'de sadece birkaç kelimedenden oluşan ve Anayasa'da yer alan "Siyasi sebeplerden dolayı takip edilenlerin iltica / sığınma hakkı

vardır.” hükmü genişletildi ve hüküm çok uzun bir şekilde sokarak, sığınma hakkını sınırlayan bir düzenleme haline getirildi. Bundan sonra sığınmacılar ve onları destekleyenler için sığınma hakkının talebi bakımından Almanya’da kalabilmeleri için zorlu bir mücadele başladı, zira herkes neden Almanya’da kalmak istediğini bireysel olarak gerekçelendirmeye çalıştı.

### E. Uluslararası Sorumluluklar

Sığınma hakkının sınırlandırılmasının kaynağı uluslararası düzenlemeler ve Avrupa Birliği’nin hükümleridir. Federal Almanya sığınma hakkı konusunda tek başına karar verememektedir, çünkü Almanya imzaladığı uluslar arası sözleşmelerle ve özellikle Avrupa Birliği’nin düzenlemeleri ile bağlıdır. Bu düzenlemeler göre hareket etmek zorundadır, zaten Almanya’daki mahkemeler de söz konusu uluslar arası düzenlemelerin ihlal edilmemesi konusunda çok kararlı bir tavır göstermektedirler. İkinci Dünya Savaşı’ndan hemen sonra Avrupalı sığınmacıları korumak amacıyla 1951 yılında Cenevre’de Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi imzalandı. Bu sözleşme ile sığınmacının tanımı yapıldığı gibi, sığınmacıların hukuki statüleri ve hakları tespit edildi. Bu sözleşmenin en önemli konularından bir tanesi, sığınmacıyı, hayatının tehlikede olduğu bir ülkeye geri gönderilmesinin yasak olduğu düzenlemesidir (non-refoulement).

### F. Avrupa Birliği Sorumlulukları

Avrupa Birliği’nde ortak bir Avrupa Sığınma Sistemi oluşturuldu. Bu Sistemin çekirdeği Dublin Kurallarıdır. Buna göre sığınmacının vardığı ilk Avrupa Birliği ülkesinde kayıt altına alınması ve sığınmacının o ülkede sığınma talebinde bulunması gerekmektedir. Sığınmacın sığınma talebini başka bir ülkede yapması halinde, sığınmacı vardığı ilk Avrupa Birliği ülkesine geri götürülecektir. Bir kişi güvenli bir üçüncü ülkeden gelmesi halinde ise, kural olarak Federal Almanya’da sığınma talebinde bulunamaz. Bu bağlamda sığınma hakkının veya sığınmacıların Avrupa Birliği ülkeleri arasında dağıtılması imkanını 2015 yılına kadar kullanılmadı.

### G. 2015 Yılına Başına Sığınmacıların Sayısı ve Geldikleri Ülke (Sayılar Ağustos 2015’e kadar tespit edilen sayılar)

Federal Almanya’da sığınma talebinde bulunanların sayısı 2008 yılına kadar 30.000 kişinin altına düşmüştür. Ondan sonra sığınma talepleri çoğaldı ve 2014 yılında 200.000 sığınma talebinde bulunan sığınmacı oldu. Ancak artan bu sayı da aslında geçmişten alışık olunduğu bir sayı olduğu için sorun yaratmadı ve bu kişiler Almanya’da kalabildi. Bu durum 2015 yılında değişti.

## II. 2015 yılının İkinci Yarisındaki Mülteci Dalgası

### A. Geldikleri Ülke, Özellikle Suriye

Almanya'ya birçok ülkeden sığınmacı gelmekte, özellikle Asya'dan ve Afrika'dan sığınmacılar geliyorlar. Sığınmacıların geldikleri bazı ülkelerde istikrar bulunmamaktadır, örneğin Afganistan veya Irak gibi. Batı Balkan Ülkelerinden ise özellikle Roman'lar gelmektedir. Bunun yanında 2011'den beri savaşın devam ettiği Suriye de var.

### B. Suriyeli Sığınmacıların Komşu Ülkeler Tarafından Kabul Edilmesi

Suriye'nin yaklaşık 20 milyonluk nüfusundan birçoğu Suriye içinde kaçıma çalıştı ve en azından dört milyon Suriyeli sığınmacı komşu ülkelere kaçtı, örneğin Ürdün, Lübnan veya Irak gibi. Bunun yanı sıra Türkiye Cumhuriyeti de 2 milyon Suriyeli sığınmacıyı kabul etti. Sadece İstanbul'da 400.000 Suriyelinin yaşandığı bilinmektedir. Böylece Suriye'nin komşu ülkeleri Avrupa Birliği Üye Devletlerinden çok daha fazla sığınmacıyı kabul etmiş durumda.

### C. Yüzbinlerce Suriyelinin Avrupa'ya Kaçışı

Federal Almanya'da Ağustos 2015'e kadar 256.938 sığınma talebinde bulunan kişiler oldu. Bütün yıl için daha 450.000 talebin yapılması beklenmektedir. Sığınma talebinde bulunanların çoğu Arnavutluk, Kosova, Sırbistan ve Suriye'den gelmektedirler. Bu denge Eylül 2015'de Suriyelilerin Yunanistan ve Balkanlardan geçerek Almanya'ya gelmeye başlamaları ile değişti. Eylül 2014'e göre sığınma talebinde bulunanların sayısı % 126 üzerinde arttı. 2015 yılı için toplam 800.000 sığınma talebinde bulunması beklenmektedir. Ekim'de Almanya'ya gelen kişilerin sayısının 1,2 ile 1,5 milyon arasında olduğu tahmin edildi. Durum neden bu kadar değişti?

### Suriye'de Savaş – Smartphone

Suriye sınırının hemen arkasında bekleyen sığınmacıların en yakın zamanda ülkelerine dönebilme ümitleri çok azaldı. Bu insanların elinde akıllı cep telefonları var. Modern iletişim araçları sayesinde sığınmacılar ve sığınmacı şartları insanlar arasında çok abuk yayılabiliyor. Bu durumda güvenli yolların varlığından haberdar olanlar eskiye nazaran bir anda hepsi birlikte kaçışa kalkışabiliyor.

### Avrupa Birliği Sığınma Hakkının Zayıflaması

Sığınmacıların kaydedilmesine ilişkin Dublin Kuralları maalesef yıllarca tam olarak uygulanamadı, zira Yunanistan, İtalya ve Malta üstlerine düşen vazifeleri tam olarak yerine getiremediler. Örneğin İtalya'da bulunan 170.000 sığınmacıdan sadece

65.000'i sığınma talebinde bulundu. Geri kalanlar ya illegal olarak İtalya'da kaldı ya da illegal bir şekilde diğer ülkelere geçtiler. Bunun yanı sıra Avrupa Adalet Divanı sığınmacılara insani şekilde davranılması konusunda güvence olmadığı gerekçesi ile 2013 yılında sığınmacıların Yunanistan'a geri gönderilemeyeceği konusunda karar verdi. Dolayısıyla Yunanistan üzerinden Orta veya Kuzey Avrupa'ya gelenlerin Yunanistan'a geri yollanacağı korkusu kalmamıştır. Hali ile bu husus da sığınmacılar arasında yayıldı. Sığınmacıların Avrupa'ya geliş rotası olarak Balkanlar üzerinden, Yunanistan ve Balkanlardan Avusturya'ya ve Almanya'ya ve İsveç'e varmaları oldu.

### **Alman Makamlarının İzahatları**

Federal Almanya'da sığınma taleplerini değerlendirme konusunda Federal Göç ve Mülteci Makamı (Bundesamt für Migration und Flüchtlinge) görevli ve yetkilidir. Bu makam 25 Ağustos 2015 gününde Suriye'den gelen sığınmacılar bakımından Dublin Kurallarının uygulanmayacağını duyurdu. Buna göre Suriyelilerin başka bir Avrupa Birliği Üye Ülkesine geri gönderilmeyeceği resmen açıklanmış oldu. Bunun üzerine Almanya'ya büyük bir sığınmacı akını oldu ve Almanya'da bu sığınmacı dalgası karşısında açık mı yoksa sınırlayıcı bir tavır ile mi karşılık verileceği konusu belli değildi. 10 Eylül 2015 gününde Federal Almanya Şansölyesi Angela Merkel, Almanya'nın iç savaştan kaçan herkese açık olduğunu ve bu bağlamda sığınmacılar açısından bir üst sınırını çizilmeyeceğini açıkladı.

### **III. Mülteci Dalgasına Tepkiler**

Avrupa Birliği'nde ve Almanya'da mülteci dalgasının nasıl karşılanacağına dair ilk tepkiler oluştu.

#### **A. Sığınmacılar İçin Geçerli Olan Avrupa Birliği Kuralları Halihazırda Uygulanmamaktadır**

Macaristan sığınmacıları kendi ülkesinden uzak tutmak amacıyla bir tel örgü kurdu. Onun dışında Yunanistan, Hırvatistan, Avusturya ve hatta Almanya gelen sığınmacıları kendi ülkeleri içinden başka bir ülkeye geçmek istiyorlarsa, geçiş hakkını veriyorlar ve onları yönlendiriyorlar. Sığınmacılar kalmak istedikleri ülkede kayıt altına alınıyor ve ancak orada sığınmacı talebinde bulunuyorlar. Buna göre fiili olarak Avrupa Birliği'nin sığınmacılar için öngördüğü düzenlemeler uygulanmamakta ve sığınmacılar kalmak istedikleri ülkeleri kendileri seçmektedirler. Halihazırda geçerli olan hukuk kuralları göz ardı edildiğinden kontrolsüz bir kaçış / göç hareketi başladı. Bunu engellemek için Kasım sonuna kadar Yunanistan ve İtalya'da varış ve kayıt kamplarının kurulması planlandı. Sığınmacıların bu uygulamaya uyup uymayacaklarını ve kurulacak olan bu yeni kamplara uğrayıp uğramayacaklarını zaman

gösterecektir. 2001 yılında Avrupa Birliği bir Yönetmelikle (Richtlinie 2001/55/EG) sığınmacıların sayısının çoğalması halinde Avrupa Devlet ve Hükûmet Başkanları Konseyi'nin (EU Rat) sığınmacıların sayısının çoğaldığının tespitini ve akabinde üye devletlere dağılımı konusunda karar verebileceğini düzenlemiştir. Ancak Konsey'de bu tespit yapılmamıştır. Avrupa Birliği Sözleşmesine göre bir devletin ne kadar sığınmacı alması gerektiği konusunda düzenlemeler yapmak mümkündür. Konsey 14 Eylül 2015'de (EU Beschluss 2015/1523 BESCHLUSS (EU) 2015/1523 DES RATES vom 14. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland; [www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2015/09/23-statement-informal-meeting](http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2015/09/23-statement-informal-meeting)) **İtalya** ve Yunanistan'da yaşayan 160.000 sığınmacının Avrupa Birliği Üye Devletlerine dağılımı konusunda bir karar vardı. Bunun dışında Avrupa'da bulunan diğer 1.500.000 sığınmacının Avrupa Birliği Üye Devletlerine dağıtımını hususu Konsey'de gerekli çoğunluğu bulamadı. Birçok üye devlet sığınmacıları alma konusunda kesin olumsuz bir tavır sergiledi. Hal böyle olunca, her Avrupa Birliği Üye Devleti ne kadar sığınmacı alacağı konusunda kendisi karar verebiliyor. Bazı devletler de sığınmacıların sadece % 2'si sığınmacı hakları tanınıyor, Federal Almanya'da bu oran % 37,6.

## B. Almanya

Sığınmacı hakkının tanınmasındaki bu büyük farkın sebeplerinden biri de Almanya'nın tarihinden kaynaklanmaktadır. Nasyonal Sosyalist Rejim'de insanların insanlık dışı bir şekilde takip edilmiş olması, Almanya'da siyasi sebeplerden dolayı kaçanlara sığınma hakkının verilmesinin ne kadar önemli bir hak olduğu bilincini ortaya çıkardı. Ayrıca medya yıllardır sığınmacıların donanımı yeterli olmayan teknelerle Akdeniz'i aşmaya çalışırken ne kadar büyük risk aldıklarını ve hatta öldüklerini sürekli haber yapmaktadır. Bu bağlamda Avrupa'nın sığınmacılara kapalı bir kale olduğu da söylendi. Almanya'da sığınmacılara karşı bu sert tavrın ahlaken uygun olup olmadığı hususu çok yoğun bir şekilde tartışıldı. Özellikle Kilise ve bazı siyasi partiler Avrupa'nın, Avrupa'ya sığınmak isteyen sığınmacılara daha açık davranması gerektiği konusunu savundular. Bu tartışmalar sonucunda Almanya'da halk arasında, oldukça dar uygulanan sığınmacı politikası hakkında ciddi bir memnuniyetsizlik oluştu, halk, Almanya'nın sığınmacılara daha olumlu davranması ve alması gerektiğini istedi. 2015 yılında medyada Suriye'deki savaşın ve durumun ne kadar karmaşık olduğu konusunda haberler çoğaldı. Bunun üzerine Suriye'den sığınmacılar Almanya'ya vardıklarında birçok Alman, sığınmacılara ne şekilde yardım edebilecekleri konusunda hassasiyet gösterdiler. Birçok Alman tren garlarına gidip, su, yiyecek, içecek, kıyafet ve çocuklara oyuncak yardımında bulundu. Bunun yanı sıra birçok sivil toplum örgütü, Kilise, siyasi partiler, dernekler ve benim de öğretim üyesi bulunduğum Üniversite'de<sup>8</sup> sığınmacılara yardım etmeye çalışıyorlar. Bunun neticesinde bir "Hoş geldin kültü-



rü” oluştu. Almanya’da bu insanlara yardım edilmesi gerektiği konusunda fikir birliği oluştu. Yavaş yavaş Almanya gelen sığınmacı sayılarını görünce endişe etmeye başladı. Şimdi de acaba “Hoş geldin külürü”nün bu şekilde devam etmesinin uygun olup olmayacağı konusu tartışılmaya başladı. Ancak yukarıda açıkladığımız tarihi-siyasi ve hukuki sebeplerden dolayı bu tartışma Almanya’da farklı bir düzeyde yapılmaktadır.

### **Siyasi Sebeplerden Dolayı Sığınma Hakkı**

Alman toplumu siyasi sebeplerden dolayı sığınma hakkını talep edenleri reddedemez. Özellikle siyasi sebeplerden dolayı sığınma hakkının ne kadar önemli olduğu konusunda bilincini korumak zorundayız. Böyle olunca da sığınmacı sayısı bakımından bir üst sınırının olması da mümkün değildir. Bu durumda dünyada siyasi sebeplerden dolayı kaçan herkesin Almanya’ya kabul edilmesi gerekir. Ancak dünyada birçok yerde siyasi sebeplerden dolayı kaçan insanlar bulunmaktadır, dolayısıyla teorik olarak sınırsız sayıda sığınmacının Almanya’da sığınma talebinde bulunması mümkün. Sadece bundan dolayı yılda milyonlarca kişi Almanya’ya gelebilir. Bunun sınırlandırılması siyasi sebeplerden dolayı sığınma terimini dar bir şekilde anlamaktır. Halihazırda Almanya’da henüz bu imkan hakkında tartışma yapılmamaktadır. Şu anda bir ikilem yaşanmaktadır, zira bir yandan siyasi sebeplerden dolayı kaçan herkese sığınma hakkı verilmesi isteniyor, ama diğer yandan da herkesin ülkeye kabul edilmesinin bir sınırı olması gerektiği ihtiyacı ortaya çıktı.

### **Sığınmacı Hakkı Verilmeyen İnsanlara Büyük İnsani Yardım**

Bütün bunların ortaya çıkması Almanya’nın göç edilen bir ülke olmamasından da kaynaklanıyor. Bundan dolayı Almanya’da buna ilişkin bir kanun veya düzenleme de bulunmamaktadır. Dolayısıyla Almanya’ya gelenler için sadece siyasi sebeplerden dolayı sığınma hakkını talep etme imkanı bulunmaktadır. Bunun neticesinde vatanında perspektifi olmayan insanlar da Almanya’ya gelip, Almanya’da siyasi sığınma hakkı talep etmektedirler, oysa bu insanlar kendi vatanlarında siyasi olarak takip edilen insanlar değiller. Bu insanlar da korunmaktadır. Bu kişiler siyasi sebeplerden dolayı takip edilmeseler de, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi’nin koruma kapsamında kalma ihtimalleri olabilir. 2015 yılında sadece % 0,9 siyasi sebeplerden dolayı sığınma hakkı alırken, % 35’den fazlası Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi kapsamında sığınmacı olarak kabul edildi. Buna göre bu sözleşme ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatanı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya

dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır. Hukuken kaçış sebeplerini dar yorumlamak veya sığınmacı sayısını sınırlamak mümkündür. Almanya siyasi sebeplerden dışında sığınma talep eden kişilerin hepsini kabul etmek zorunda değildir. Ancak birçok kişi, sığınma talep edilenlerin reddedilemeyeceği görüşünde. Örneğin Afganistan'da ordu için çalıştığından dolayı Taliban tarafından tehdit edilen kişileri Almanya kabul etmektedir. Bunun dışında Eritre Devleti gibi sert bir sitemden kaçan veya Irak gibi istikrarı olmayan bir ülkeden gelen Almanya'da anlayış ile karşılanmaktadır. Ancak Batı Balkan ülkelerinden gelenler konusunda bir tartışma başlamıştır. Acaba buradan gelenler karşı aynı açıklığı sergilemek doğru mudur? Bu bağlamda kanunlarda değişiklik bile yapıldı. Ancak bu kanun değişikliklerinin uygulamada bir değişikliğe sebebiyet verip vermeyeceği konusu henüz net değil.

### **Sınırların Asker Tarafından Güvence Altına Alınması**

Burada açıkladığımız sorunların (daha fazla sığınmacının gelmesi, geldikleri ülkelere geri gönderilmeleri gibi) oluşmasını engellemek adına birçok ülke kendi topraklarına insanların gelmesini engellemeye çalışıyor. Avustralya tekne ile gelen sığınmacıları ülkesine almıyor ve koşu ülkelerde kamplarda tutukluyor. ABD ile Meksika arasındaki sınırda çok yüksek bir tel örgü bulunmaktadır. Macaristan 2015 yılının ikinci yarısında Sırbistan'a olan sınırını tel örgü ile kapattı ve artık Macar topraklarına geçmek mümkün değil. Almanya için özellikle tel örgü ve askeri sınır güvenliği çözümleri düşünülemez. Almanya'da zaten 1990'a kadar kendi içinde bir tel örgüye ve duvara sahipti ve bu sınır insanlık dışı kabul ediliyordu. Ayrıca bu önlemlere rağmen sınırda kaçmak isteyen insanların vurularak öldürülmesinden, kimseyi sürekli olarak bu tür bir sınır ile dışlamanın mümkün olmadığı anlaşıldı. Dolayısıyla sınırlarda askeri kontrolün olması Almanya'da siyasi olarak ve efektif de olmadığı için düşünülemez. Almanya Avrupa'nın tam ortasında ve ülkeler arasındaki sınırların kaldırılmasından çok fayda gördü. Almanlar sınırda kontrol edilmeden, vize almadan ve hiçbir sorun yaşamadan komşu ülkelere gidebilmenin rahatlığını yaşıyorlar. Sınırların açık olması Avrupa Birliği ve özellikle Almanya bakımından çok kıymetli bir değer teşkil etmektedir. Bu bağlamda ancak bu serbest sınırları geçici bir süre için kapatmayı ve yeniden kontrol yapılması konusu tartışılmakta; böylece sığınma talepleri başarısız olacak insanları sınırda tespit etmek ve transit bölgede tutmak mümkün olacaktır. Ancak Avrupa Birliği'nin serbest sınırlar politikası sınırların yeniden sürekli olarak kapatılmasını veya kontrol edilmesini yasaklamaktadır.

### Sınırdışı Edebilmek ve Yeni Sığınmacıların Gelmesine Sınır

Ayrıca Almanya'ya gelen sığınmacılara Almanya'ya girmelerini engellemek yeterli olmayacaktır. Zira örneğin Almanya'ya gelmiş ve fakat sığınmacı olarak kabul edilmemiş insanların, eğer vatanlarında takip edilecekleri riski varsa, vatanlarına geri yollanması mümkün değildir. Son yıllarda fiilen insanları vatanlarına geri yollanması konusunda büyük sorunlar yaşandı. Bu sorunların hem hukuki sebepleri vardı hem de Alman halkında söz konusu insanların vatanlarına geri gönderilmemesi konusunda teşkilatlanmaları ve onlardan yana yer almaları da etkili oldu. Günümüzde bu insan-cıl davranışın devam edip edemeyeceği konusu tartışılmaktadır.

Başka bir soru da, acaba buraya kaçan insanların sonradan ailelerini getirmelerine izin vermek gerekir mi sorusudur. Günümüzde Almanya'ya birçok genç erkekler gelmektedir ve bunların daha sonrasında eşlerini ve çocuklarını da Almanya'ya getirmek istedikleri ortadadır. Dolayısıyla günümüzde sığınmacı sayısı önümüzdeki yıllarda ailelerinin de gelmesi ile ciddi şekilde artacaktır.

Görüldüğü üzere gerek insani bakımdan gerekse devletlerin bakış açısından yepyeni bir durum ile karşı karşıyayız. Kısa sürede çok sığınmacı geldi, özellikle Suriye'deki savaştan kaçan ve güvenli bir ülkede yaşamak isteyenlerin sayısı çok. Bu sığınmacılar karşısında sadece birkaç devlet çok sert bir politika izlemekte ve sınırlarını kapatmaktadır. Almanya tarihi nedenlerden dolayı sınırlarını kapatmayacaktır. Eylül 2015'den önce de Almanya'ya gelmek isteyen sığınmacıların özellikle Suriyeli sığınmacıların sayısı çok yüksekti ve Almanya onlar için cazip bir ülke oldu. Avrupa Birliği'nin kayıt sisteminin çökmesi sonucunda ve aynı zamanda Almanya'nın yaptığı resmi açıklamalar neticesinde sığınmacı sayıları çok çoğaldı. Şu günlerde Almanya'da halihazırdaki kontrolsüz kaçıştan, düzenli bir göç ülkesi konumuna geçmenin yolları ve tedbirleri hakkında tartışılmaktadır.



# Richterwahl in Deutschland\*



Prof. Dr. Christian SCHRADER\*\*

Vor 175 Jahren hatten die Richter in Frankreich einen schlechten Ruf. Sie galten als arrogant und als Vertreter der herrschenden Klasse.

Vor 100 Jahren waren in Deutschland die Richter einseitig konservativ und bereiteten so dem Nationalsozialismus den Weg.

Heute haben die Richter in Deutschland das höchste Ansehen. Sie gelten als unparteiisch, fair, kompetent, gesetzestreu und aufgeschlossen für gesellschaftliche Entwicklungen.

Das hat auch damit zu tun, dass einfache Menschen aus der Gesellschaft und dass die besten Juristen Richter werden.

Mein Vortrag soll zeigen, wie man Richter werden kann in Deutschland und wie darüber aktuell diskutiert wird.

## **Begriff Richter**

In Deutschland sind Richter in unterschiedlichen Gerichtszweigen tätig. Jede Gerichtsbarkeit beginnt bei Gerichten der Länder und endet mit einem Gericht des Bundes an der Spitze. Eine Sonderrolle haben die Verfassungsgerichte, die sich mit Streitigkeiten um die Verfassungen der Länder bzw. des Bundes befassen.

## **Ehrenamtliche Richter**

Vor allem bei den unteren Gerichten gibt es neben den Berufsrichtern auch ehrenamtliche Richter. Das sind nicht Juristen, sondern einfache Menschen aus der Gesellschaft, die von der Gemeinde gewählt werden. Sie haben wie der Berufsrichter die gleichen Rechte und das gleiche Stimmrecht beim Urteil. Der einzige Unterschied: Sie tragen – in der Regel - keine Robe.

Diese lebensnahe Rechtsprechung führt zu einer Stärkung des Vertrauens der Bürger in die Justiz und trägt zur Qualität der Rechtsprechung bei.

---

\* Dieser Beitrag wurde am 08.12.2015 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Marmara Universität von Prof. Dr. Christian Schrader als Vortrag vorgetragen.

\*\* Prof. Dr. Christian Schrader ist von der Hochschule Fulda.

Nun aber zu den 20 000 Berufsrichtern in Deutschland. Die meisten sind bei den unteren Gerichten beschäftigt.

Nach dem Deutschen Richtergesetz darf nur Richter werden, wer

- Deutscher ist,
- die Gewähr dafür bietet, dass er für die deutsche Verfassung eintritt,
- über die erforderliche soziale Kompetenz verfügt und
- die beiden juristischen Staatsprüfungen bestanden hat, eine erste nach einem vierjährigen rechtswissenschaftlichen Studium und eine zweite nach einem zweijährigen praktischen Vorbereitungsdienst (Referendariat). Für die Ernennung zum Richter hat nur der eine Chance, der diese beiden Prüfungen mit einer guten Note abgeschlossen hat. Nur die 5 % Besten eines Jahrgangs können Richter werden. So gibt es 20 000 Richter in Deutschland, aber 155 000 Rechtsanwälte.

Die Entscheidung, wer als Richter eingestellt wird, fällt mit wenigen Ausnahmen das Justizministerium des jeweiligen Landes.

Spätere Beförderungen werden vorbereitet durch Präsidialräte der Gerichte, das sind Richtervertretungen beim Bund und in jedem Gerichtszweig in den Ländern. Sie geben eine schriftlich begründete Stellungnahme über die persönliche und fachliche Eignung des Bewerbers ab.

Insbesondere durch das Leistungsprinzip nach der Note der Examina und die Bewertungen der Präsidialräte wird gewährleistet, dass nur gute Leute eingestellt und befördert werden. Es gibt in Deutschland keine Diskussion über Korruption oder politische Einflussnahmen bei Einstellungen oder normalen Beförderungen. Alle Entscheidungen können auf zweifache Weise kontrolliert werden: Jeder abgelehnte Bewerber kann gegen seine Ablehnung eine Klage einreichen. Außerdem wird das Justizministerium vom Parlament kontrolliert.

Bei Richtern an den obersten Gerichten ist das Verfahren komplizierter.

### **Richter an Bundesgerichten**

Die meisten Richter sind in den Gerichten der Länder tätig. Nur 459 der 20 382 Richter, also nur gut 2 % sind an den obersten Gerichten der jeweiligen Gerichtszweige tätig. Diese Gerichte sind Bundesgerichte.

Für diese Bundesrichter findet ein besonderes Verfahren statt, das in der Verfassung selbst festgelegt ist und dessen Details in einem eigenen Richterwahlgesetz geregelt sind.

Art. 95 Abs. 2 GG besagt, dass der für das jeweilige Sachgebiet zuständige Bundesminister die Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes beruft. Die Bundesminister entscheiden aber nicht allein, sondern gemeinsam mit einem Richterwahlausschuss. Dieser Richterwahlausschuss besteht aus den für das jeweilige Sachgebiet zuständigen Ministern der Länder und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern, die vom Bundestag gewählt werden.

Wir haben also eine fünffache Teilung der Macht, einen der obersten Richter auszuwählen. Teilung der Macht verhindert, dass eine Person allein die Richter bestimmt oder dass Richter von dieser Person abhängig sind.

Die erste Machtteilung ist, dass innerhalb der Bundesregierung jeder Minister für seinen Geschäftsbereich selbst verantwortlich ist, Art. 65 Satz 2 GG. Es entscheidet also der Arbeitsminister für die Richter am Bundesarbeitsgericht und am Bundessozialgericht und der Justizminister für die Richter an den anderen obersten Gerichtshöfen. So ist gewährleistet, dass nicht ein Minister oder der Bundeskanzler über alle Bundesrichter entscheidet.

Zweitens werden die Entscheidungen vorbereitet durch die Präsidialräte. Hohe Richter geben eine Stellungnahme über die persönliche und fachliche Qualifikation der Vorgeschlagenen ab. Gegen deren Votum eine unfähige Person zu berufen würde einen Aufschrei hervorrufen.

Drittens muss der Bundesminister „gemeinsam“ mit einem Richterwahlausschuss entscheiden. Gemeinsam heißt, dass Minister und Richterwahlausschuss übereinstimmen müssen. Es besteht ein Einigungszwang. Gegen den Willen des Richterwahlausschusses kann der Bundesminister keinen Richter bestimmen.

Viertens besteht der Richterwahlausschuss aus zwei gleichgewichtigen Teilen. Zum einen aus den zuständigen Ministern der Länder, die damit ihre Kenntnis der besten Landesrichter einbringen können. Zum anderen aus Mitgliedern des Bundestages. Es gibt also eine Teilung nach föderalen, bundesstaatlichen Gesichtspunkten und eine Teilung zwischen den Ministern, der Exekutive, und Mitgliedern des Bundestages, der demokratisch gewählten Legislative.

Fünftens besteht die Möglichkeit für eine gerichtliche Kontrolle. Die Auswahl muss nach Art 33 Abs. 2 GG nach der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung der Bewerber erfolgen. Dies kann gerichtlich kontrolliert werden, wenn eine andere Person als der berufene Richter meint, sie sei besser geeignet und sei deswegen vorrangig zu berufen gewesen (BVerfGE 24, 268, 277).

Insgesamt kann so nicht eine Person (der Bundespräsident, der Bundeskanzler oder ein Bundesminister) die Bundesrichter nach persönlicher oder politischer

Nähe auswählen. Nur gemeinsam mit einem föderal und demokratisch legitimierten Gremium soll die fachlich qualifizierteste Person gefunden werden. Die breite Zusammensetzung des Richterwahlausschusses verhindert, dass Richterämter gegen Bezahlung oder nach rein politischer Nähe berufen werden (Ämterpatronage).

Allerdings gibt es auch Kritik am Richterwahlausschuss. Die Kritik betrifft seine Zusammensetzung und die fehlende Transparenz und Offenheit.

Die Mitglieder des Parlaments werden nach der Fraktionsstärke vorgeschlagen und gewählt. Im Richterwahlausschuss sind dadurch die großen Parteien mehrfach und kleine Parteien nur schwach vertreten. So haben kleine Parteien weniger Mitwirkungsmöglichkeiten.

Die zweite Kritik geht davon aus, dass der Richterwahlausschuss nicht öffentlich tagt und dass seine Mitglieder zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, §§ 9 Abs. 2, 6 Abs. 2 Richterwahlgesetz. Er entscheidet in geheimer Abstimmung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, § 12 Richterwahlgesetz. Die Öffentlichkeit erfährt also nicht, wer vorgeschlagen wird, wie seine Qualifikation und seine Ansichten sind und wer für oder gegen ihn gestimmt hat.

Es könnte sein, dass die sich großen Parteien im Richterwahlausschuss so absprechen, dass mal eine Person der einen, danach eine Person der anderen politischen Richtung ausgewählt wird. Dies kann wegen der Intransparenz des Verfahrens nicht überprüft und auch nicht widerlegt werden.

Diese Kritik steigert sich noch, wenn Richter am Bundesverfassungsgericht zu berufen sind.

### **Bundesverfassungsgericht**

Beim Bundesverfassungsgericht kommen wir zur Spitze der deutschen Richter, zu 16 aus 20 000. Sie werden auch „die roten Roben“ genannt.

Die Verfassungsgerichte führen eine gerichtliche Kontrolle der Staatsmacht durch. Sie können verfassungswidrige Gesetze aufheben, schauen auf die Einhaltung der individuellen Grundrechte und kontrollieren auch die Regeln für die Organisation des Staates.

Wichtige Urteile gab es zum Beispiel zum Datenschutz, zum Schwangerschaftsabbruch, zur europäischen Integration oder zu militärischen Auslandseinsätzen. Wer dabei unterlegen ist macht manchmal die Besetzung des Gerichts für die Entscheidung verantwortlich.



Die machtpolitisch wichtige Besetzung des Bundesverfassungsgerichts regelt teils die Verfassung selbst, teils ein Gesetz über das Bundesverfassungsgericht.

Nach Art. 94 GG besteht das Bundesverfassungsgericht aus Bundesrichtern und anderen Mitgliedern, meist sind dies Rechtsprofessoren. Die 16 Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtes werden je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt.

Jeweils werden die Personen mit einer 2/3 Mehrheit auf 12 Jahre gewählt. Eine Wiederwahl ist nicht zulässig.

Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht regelt die Einzelheiten der Wahl.

Im Unterschied zum Bundesrat wählt der Deutsche Bundestag die von ihm zu berufenden Richterinnen und Richter nicht selbst, sondern in indirekter Wahl durch einen Wahlausschuss, der aus zwölf Mitgliedern des Deutschen Bundestages besteht.

Aufgrund der Mehrheitsverhältnisse im Parlament und des Auszählungsverfahrens stellt die CDU/CSU-Fraktion aktuell sechs der zwölf Abgeordneten im Richterwahlausschuss, die SPD-Fraktion vier und die kleinen Parteien je einen Abgeordneten. Die Parteien sprechen die Reihenfolge ab, wer eine Person für die nächste frei werdende Richterstelle vorschlagen kann. Größere Parteien können umso häufiger vorschlagen als kleine Parteien. Dann wird im Ausschuss über die Vorschläge diskutiert und es werden, seit 2010, die Kandidaten angehört und befragt. Beschlossen wurde mit mindestens acht Stimmen, also mit zwei Drittel der Mitglieder des Wahlausschusses. Die Mitglieder des Wahlausschusses sind zur Verschwiegenheit über alle Vorgänge verpflichtet.

Dieses Verfahren wurde immer wieder kritisiert. Neben der Intransparenz stand im Vordergrund, dass nach der Verfassung der „Bundestag“ wählt, während das Gesetz die Wahl in einen Ausschuss von nur zwölf Mitgliedern des Bundestages bestimmte. Die Absprache, wem das Vorschlagsrecht zusteht, führe zu einer Konzentration der eigentlichen Entscheidung in der Hand weniger „Parteifürsten“ und zur weitgehenden Verengung des potenziellen Kandidatenkreises auf Parteimitglieder und Sympathisanten. Dieses Duplikat des Parteiensystems lasse sich mit dem Konzept eines Rechtsprechungsorgans nicht in Übereinstimmung bringen. Es sinke die Akzeptanz für die Entscheidungen des Gerichts.

Dennoch entschied das BVerfG 2012, dass dieses Verfahren verfassungsgemäß ist.

Das Mitwirkungsrecht aller Abgeordneten sei zwar eingeschränkt, wenn nur die zwölf Mitglieder des Ausschusses die Wahl beschließen. Doch dies könne geschehen, weil die Vertraulichkeit eine verfassungsrechtlich legitime Einschränkung darstelle.. Das Ansehen der Richter könnte Einbußen erleiden, wenn ihre Wahl auf dem öffentlichen Markt ausgetragen würde.

Der Senat hatte aber deutlich gemacht, dass der Wahlausschuss keineswegs vom Grundgesetz zwingend vorgegeben sei. Der Gesetzgeber sei nicht daran gehindert, „andere Modalitäten der Richterwahl zu bestimmen“.

Diese Entscheidung fand einige Kritik. Der Präsident des Bundestages betonte die erhebliche Bedeutung, die dem Verfassungsgericht zukommt und fand es plausibler, seine Mitglieder im Parlament in öffentlicher Sitzung zu wählen.

Noch weiter ging der Vorsitzende des Wahlausschusses. Er warb für eine öffentliche Anhörung der Vorgeschlagenen: „Dann könnten sich auch die Bürger daran beteiligen“ (SZ 14.7.2012).

Weitere Änderungsvorschläge forderten, das Gericht geschlechtergerecht mit mehr Frauen zu besetzen, weil im Moment nur 5 von 16 Mitgliedern des Gerichts Frauen sind. Außerdem solle zur Wahl eines Richters die Mehrheit von nicht nur zwei Dritteln, sondern drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich sein.

Die Kritik blieb nicht folgenlos. Ende 2014 wurde von allen Fraktionen des Deutschen Bundestages gemeinsam ein Antrag zur Änderung des Wahlverfahrens eingebracht. Im Juni 2015 wurde das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht geändert.

Der Kern der Änderung ist, die Wahlzuständigkeit dem Plenum zu übertragen. Der Wahlausschuss soll als Gremium beibehalten, seine Funktion aber darauf beschränkt werden, dem Plenum Wahlvorschläge zu unterbreiten.

Das neue Wahlverfahren lautet:

Die vom Bundestag zu berufenden Richter werden auf Vorschlag des Wahlausschusses ohne Aussprache geheim gewählt.

Das Verbot einer Aussprache gibt es in der deutschen Verfassung bereits bei Wahl des Bundeskanzlers sowie der Wahl des Bundespräsidenten.

Die Wahl ist geheim vorzunehmen, was ebenfalls Vorbilder hat etwa bei der Wahl des Präsidiums des Deutschen Bundestages. Die Vorbereitung der Wahl im Wahlausschuss ist ebenfalls vertraulich. Man will sicherstellen, dass die Autorität der späteren Richterinnen und Richter nicht vor ihrem Amtsantritt durch eine öffentliche Personaldiskussion Schaden nimmt.

Für die Wahl ist eine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, mindestens aber der Mehrheit der Mitglieder des Deutschen Bundestages, erforderlich. Das orientiert sich an der Zweidrittelmehrheit im Wahlausschuss und für die Wahl der vom Bundesrat zu berufenden Richter und soll die Überparteilichkeit der Richter des Bundesverfassungsgerichts sichern.

Wie ist die Änderung zu bewerten?

### **Demokratische Legitimation**

Bisher bestand eine Schiefelage zwischen der hohen Bedeutung des Gerichts und seiner Wahl in einem Ausschuss ist. Nun wird, wie es die Verfassung vorsieht, vom Parlament gewählt.

Dadurch und durch das hohe Quorum wird die demokratische Legitimation des Gerichts gestärkt. Das hohe Erfordernis einer Zwei-Drittel-Mehrheit für die Wahl verhindert die einseitige Einflussnahme der jeweiligen politischen Mehrheit auf die Besetzung des Gerichts. Das Quorum verlangt eine gewisse politische Neutralität der Kandidaten.

Eine diskrete Vorauswahl wird verbunden mit einer abschließenden formellen Wahl durch den Bundestag.

### **Widerspruch zu öffentlicher Diskussion**

Die Vertraulichkeit steht im Widerspruch zur gestiegenen Bedeutung öffentlicher Diskussion in Deutschland. Wir führen in allen politischen Fragen offene Diskussionen. Erst aus dem Widerstreit von Meinungen entsteht eine pluralistische Gesellschaft.

In einem Urteil von 2013 hatte das BVerfG erklärt: „Öffentliches Verhandeln von Argument und Gegenargument, öffentliche Debatte und öffentliche Diskussion sind wesentliche Elemente des demokratischen Parlamentarismus. (...). Entscheidungen von erheblicher Tragweite muss deshalb grundsätzlich ein Verfahren vorausgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten (...).“ Nach der Logik des BVerfG soll das aber nicht gelten, wenn die Vertraulichkeit der Auswahlentscheidung das Öffentlichkeitsprinzip einschränken kann. Hier bleibt die Frage, ob dies so sein muss.

### **Vorteil der bisherigen Vertraulichkeit**

Allerdings führte die bisherige vertrauliche Wahl der Bundesverfassungsrichter bisher zum Ergebnis, das Wahlverfahren trotz aller Bedenken zu akzeptieren. Die Besetzung des BVerfG war immer sehr stabil. Das Gericht und seine Richter genießen

nicht zuletzt deshalb ein besonders hohes Ansehen in der Bevölkerung. Insgesamt werden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts stets akzeptiert und erreichen so, dass durch eine höchste rechtliche Instanz Rechtsfrieden hergestellt wird, wenn über wichtige Fragen politisch stark gestritten wird.

Die Änderung will dies sicherstellen und auch in Zukunft das hohe Ansehen des Gerichts nicht durch eine kontroverse Diskussion der Kandidaten zerreden.

Dennoch sollte diskutiert werden, ob die jetzige Änderung gut ist oder andere Aspekte hinzugenommen werden sollen:

Mehrheit von 3/4 statt 2/3?

Frauenquote?

Mehr Bundesrichter?

Auch Laienrichter?

Anhörung und Befragung der Kandidaten?

(Das US-amerikanische System sieht solche sehr öffentlichen Befragungen vor. Doch die Kehrseite dieser Öffentlichkeit ist, dass Richter vorrangig in ihrer Nähe zu politischen Positionen gesehen werden oder dass sich die Kandidaten durchsetzen, die in einer Befragung gewinnbringend auftreten. Solche Befragungen sind in Europa wichtig, wenn es um die Besetzung politischer Ämter geht, etwa bei den Mitgliedern der Europäischen Kommission. Bei Justizämtern sollte die fachliche Eignung im Vordergrund stehen.)

Anderes Auszählungsverfahren?

# Federal Almanya'da Hakimlerin Seçilmesi ve Atanması\*



Prof. Dr. Christian SCHRADER\*\*

Çeviren: Ar. Gör. Dr. Birce ARSLANDOĞAN\*\*\*

Fransa'da 175 yıl önce hâkimler kötü bir üne sahiptiler. Kendilerini beğenmiş ve egemen sınıfın temsilcileri olarak tanınıyorlardı.

Almanya'da 100 yıl önce hâkimler tek taraflı olarak tutucuydular ve ulusalcı sosyalizme (=nasyonal sosyalizme) giden yolu hazırlamışlardı.

Günümüzde Almanya'da hâkimler en yüksek prestije (saygıya) sahiptirler. Tarafsız, adil, ehil, yasalara bağlı ve toplumsal gelişmeler karşısında açık fikirli olarak sayılmaktadırlar.

Bu durumun toplumun içindeki sade insanların ve en iyi hukukçuların hâkim olması ile ilişkisi vardır.

Tebliğim, Almanya'da nasıl hâkim olunabileceğini ve bu konuya ilişkin güncel tartışmaları açıklamayı hedeflemektedir.

## Hâkim Kavramı

Almanya'da hâkimler farklı mahkemelerde faaliyet göstermektedirler. Her yargı yetkisi, eyalet mahkemelerinde başlar ve en yukarıdaki bir federal mahkemeye sona erer. Eyaletlerin ya da federal devletin ana yasalarıyla ilişkili ihtilafları ele alan Anayasa Mahkemesi özel bir öneme sahiptir.

## Gönüllü Hâkimler

Her şeyden önce ilk dereceli mahkemelerde meslekten gelen hâkimlerin yanı sıra meslekten olmayan hakim olarak görev yapan hâkimler de vardır. Bunlar hukukçu değildirler; resmi makamlar tarafından seçilen ve toplumdaki sade insanlardır.

---

\* 08.12.2015 tarihinde T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tebliğ olarak sunulan metindir.

\*\* Prof. Dr. Christian Schrader Almanya Fulda Yüksekokulu öğretim üyesidir.

\*\*\* T.C. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

dır. Karar aşamasında meslekten gelen hâkimlerle aynı haklara ve aynı oy hakkına sahiptirler. Aradaki tek fark, bu hâkimlerin -prensip olarak- cübbe giymemeleridir.

Hayatın içinden gelen bu yargılama gücü vatandaşların adalete olan güveninin pekiştirilmesini sağlar ve içtihadın kalitesine katkıda bulunur.

Almanya'daki 20.000 meslekten hâkimlere gelirsek; bu hâkimlerin bir çoğu alt mahkemelerde görevlendirilmiştir.

Alman Hâkimlik Kanunu'na göre yalnızca aşağıda belirtilen özelliklere sahip kişiler hâkim olabilirler:

- Alman olan;
- Alman Anayasası'nı koruyabilecek donanıma sahip olan;
- gerekli sosyal ehliyete haiz olan ve
- biri dört yıllık bir hukuk eğitiminden sonra, diğeri ise iki yıllık pratik bir hazırlık hizmetinden (staj) sonra yapılan iki adet devlet hukuk sınavından başarıyla geçen. Yalnızca her iki sınavı da iyi bir notla geçen kişinin hâkimliğe atanması şansı bulunmaktadır. Bir yıl içinde yalnızca en iyi %5 aday hâkim olabilir. Böylece Almanya içinde 20.000 hâkim bulunurken, 155.000 avukat bulunmaktadır.

Kimin hâkim olarak istihdam edileceği kararını bazı istisnalar dışında her bir eyaletin Adalet Bakanlığı verir.

Daha sonraki terfiler/ilerlemeler mahkemelerin başkanlık meclisleri tarafından hazırlanır. Bunlar federal düzeydeki ve eyaletlerdeki her bir mahkeme dalı içindeki hâkim temsilcilikleridir. Bu başkanlık meclisleri adayın kişisel ve mesleki uygunluğu hakkında yazılı ve gerekçelendirilmiş bir kanaat raporu sunarlar.

Özellikle sözlü bitirme sınavlardaki notu temel alan performans ilkesi ve başkanlık meclislerinin değerlendirmeleri sayesinde yalnızca iyi adayların hâkimlik mesleğine alınması ve terfi ettirilmesi sağlanmaktadır. Almanya'da hâkimlik mesleğine kabulde veya normal terfilerde yolsuzluk veya siyasal nüfuzun kullanılması gibi bir tartışma yoktur. Tüm kararlar iki kez kontrol edilmektedir. Her bir reddedilen aday reddedilmesine karşı itirazda bulunabilir. Ayrıca Adalet Bakanlığı Meclis tarafından kontrol edilmektedir.

En üst mahkemelerde görev yapan hâkimler için izlenen yöntem daha karmaşıktır.

### Federal Mahkemelerdeki Hâkimler

Hâkimlerin bir çoğu eyaletlerdeki mahkemelerde çalışmaktadırlar. 20.382 hâkimden yalnızca 459'u, başka bir deyişle yalnızca %2'si her bir mahkeme dalına ait en üst mahkemelerde görev yapmaktadırlar. Bu mahkemeler ise federal mahkemeleridir.

Bu federal hâkimler için, bizzat anayasada tespit edilmiş ve detayları kendi özel Hâkim Seçimi Kanunu içinde düzenlenmiş özel bir yöntem uygulanmaktadır.

Anayasa(GG)'nin 95. maddesinin ikinci fıkrasında, her bir uzmanlık alanı için yetkili federal bakanın, hâkimleri, federasyonun en üst mahkemelerinde görevlendirmesini ifade etmektedir. Fakat federal bakanlar tek başlarına değil, bir hâkim seçim komisyonu ile müşterek olarak karar verirler. Bu hâkim seçim komisyonu, eyaletlerin her bir uzmanlık alanı için yetkilendirilmiş bakanlarından ve federal parlamento tarafından seçilen eşit sayıdaki üyelerden oluşmaktadır.

Böylelikle en üst düzeyde görev yapan hâkimlerden birini seçmek için beşe bölünmüş bir güç ayrılığımız bulunmaktadır. Gücün bölünmesi, bir kişinin tek başına hâkimleri belirlemesini veya hâkimlerin bu kişiye bağımlı olmasını engellemektedir.

Federal hükümet içinde her bakanın kendi çalışma alanından bizzat sorumlu olması birinci güç ayrılığıdır ve Anayasa(GG)'nin 65. maddesinin ikinci cümlesi ile düzenlenmiştir. Buna göre çalışma bakanı Federal Yüksek İş mahkemesi ve Federal Yüksek Sosyal Güvenlik Mahkemesi'nde görevlendirilecek hâkimlerin için, Adalet Bakanı ise diğer en üst mahkemelerdeki hâkimler için karar verir. Böylece bir bakanın veya başbakanın tüm federal hâkimler için karar vermemesi sağlanmıştır.

İkinci olarak kararlar başkanlık meclisleri tarafından hazırlanır. Yüksek hâkimler, önerilen kişilerin kişisel ve mesleki yeterliliği hakkında bir kanaat raporu verirler. Yüksek hâkimlerin bildirdiği görüşün aksine ehliyetsiz bir kişinin atanması bir yaygaraya neden olabilir.

Üçüncü olarak federal bakan bir hâkim seçim komisyonu ile "müşterek" olarak karar vermek zorundadır. Müşterek sözcüğünün anlamı, bakanın ve hâkim seçim komisyonunun fikir birliğine varmak zorunda oluşlarıdır. Bir fikir birliğine varma zorlaması vardır. Hâkim seçim komisyonunun iradesinin aksine federal bakan hâkim belirleyemez.

Dördüncü olarak hâkim seçim komisyonu iki eşit ağırlıklı kısımdan oluşmaktadır. Bir tarafta en iyi eyalet hâkimlerini tanıyan eyaletlerin yetkili bakanlarından; diğer yandan da federal parlamento üyelerinden oluşmaktadır. Bu bakımdan federal, eyaletler topluluğuna dayalı devlet bakış açısına göre düzenlenmiş bir kısım ile bakan-

lar, yani yürütme erki ile, parlamento üyeleri, yani demokratik olarak seçilmiş yasama arasında bir ayrılık bulunmaktadır.

Beşinci olarak mahkeme yoluyla bir kontrol olanağı mevcuttur. Anayasa(GG)'nın 33. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca seçim adayların uygunluğu, niteliği ve mesleki performansına göre gerçekleştirilmelidir. Eğer görevlendirilen hâkimlerin dışında bir başka kişi, daha uygun olduğunu ve bu nedenle öncelikli olarak görevlendirilmesi gerektiğini düşünüyorsa, bu durum mahkeme yoluyla kontrol edilebilir (Federal Anayasa Mahkemesi Kararları (BVerfGE) 24, 268, 277).

Tüm aşamalar beraber düşünüldüğünde bir kişi (Federal Cumhurbaşkanı, Federal Başbakan veya federal bir bakan) federal hâkimleri kişisel veya siyasal yakınlıklarına göre seçemez. Yalnızca federal ve demokratik olarak yetkilendirilmiş bir komisyonla müşterek olarak mesleki bakımdan en fazla ehliyete sahip kişinin bulunması hedeflenmektedir. Hâkim seçim komisyonunun geniş kapsamlı teşekkülü, hâkimlik görevlerinin para karşılığı veya salt siyasal yakınlığa göre verilmesini engellemektedir (resmi görev için iltimas).

Bununla birlikte kuşkusuz hâkim seçim komisyonuna yönelik eleştiriler de yapılmaktadır. Eleştiri, komisyonun teşekkülüne, eksik şeffaflığına ve açıklığına ilişkindir.

Parlamento üyeleri partinin gücüne göre önerilirler ve seçilirler. Bu nedenle hâkim seçim komisyonunda büyük partiler daha fazla ve küçük partiler ise yalnızca zayıf bir biçimde temsil edilmektedirler. Böylece küçük partiler daha az katılım (=müşterek etkide bulunma) olanağına sahiptirler.

İkinci eleştiri, hâkim seçim komisyonunun kamu oyuna açık toplanmadığı ve üyelerinin gizlilik yükümlülüğü altına sokulmasına ilişkindir, Hâkim Seçim Yasası md.9/II ve md.6/II. Komisyon gizli oylamada verilen oyların çoğunluğuna göre karar verir, Hâkim Seçim Yasası md.12. Bu bakımdan kamu oyu kimin hâkimlik için önerildiğini, yeterliliğinin ve görüşlerinin nasıl olduğu ve kimin kim lehine veya aleyhine oy kullandığını öğrenememektedir.

Hâkim seçimi komisyonu içinde büyük partilerin önce bir kişinin seçilmesi, arkasından da diğer siyasal görüşten bir kişinin seçilmesi konusunda aralarında anlaşmaları mümkün olabilir. Bu durum yöntemin şeffaf olmayışı nedeniyle kontrol edilememekte ve yine buna itiraz da edilememektedir.

Federal Anayasa Mahkemesi için hâkimlerin görevlendirilmesine ilişkin olarak ise eleştirilerin düzeyi artmaktadır.



## Federal Anayasa Mahkemesi

Federal Anayasa Mahkemesi ile Alman hâkimlerinin en üst düzeyine ulaşmış oluyoruz, başka bir deyişle 20.000 hâkimden 16 hâkime ulaşıyoruz. Bu hâkimler “kırımızı cübbeliler” olarak da anılmaktadırlar.

Anayasa mahkemeleri devlet gücünün mahkemeler eliyle kontrolünü yapmaktadırlar. Anayasa mahkemeleri anayasaya aykırı kanunları iptal edebilirler, bireysel temel haklara uyulmasını gözetirler ve devlet teşkilatı için getirilmiş kuralları kontrol ederler.

Mahkeme, verilerin korunması, kürtaj, Avrupa’ya entegrasyon veya yurt dışı askeri operasyonlar gibi önemli konularda kararlar vermiştir. Bu bağlamda aleyhine karar verilen kişiler, zaman zaman bu kararlardan mahkemenin teşekkül biçimini sorumlu tutmaktadırlar.

Federal Anayasa Mahkemesi’nin güç politikası bakımından önemli olan teşekkülünü kısmen bizzat anayasa, kısmen de Federal Anayasa Mahkemesi hakkındaki bir kanun düzenlemektedir.

Anayasa(GG)’nin 94. maddesi uyarınca Federal Anayasa Mahkemesi, federal hâkimlerden ve çoğunlukla hukuk profesörleri olan diğer üyelerden oluşmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi’nin 16 üyesi yarı yarıya olmak üzere Federal Parlamento ve Federal Konsey (=Eyalet Temsilciler Meclisi) tarafından seçilirler.

Her defasında hâkimler 2/3 çoğunluk ile ve 12 yıl süre ile seçilirler. Tekrar bir seçim yapılmasına izin verilmemiştir.

Federal Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Kanun (Federal Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hakkında Kanun) hâkimlerin nasıl seçileceğini ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

Federal Konsey’den farklı olarak Alman Federal Parlamentosu kendisi tarafından görevlendirilecek hâkimleri bizzat kendisi seçmez, bunun yerine Alman Federal Parlamento’sunun on iki üyesinden oluşan bir seçim komisyonu üzerinden bu hâkimleri dolaylı olarak seçer.

Parlamento içindeki çoğunluk oranları ve seçim yöntemi nedeniyle, güncel olarak, hâkim seçim komisyonunun içindeki on iki millet vekilinden altısı CDU/CSU-partisine, dört milletvekili SPD-partisi’ne ve birer milletvekili de küçük partilere aittir. Partiler, kimin, kimi boşalacak bir sonraki hâkimlik pozisyonuna önerebileceği konusunda anlaşılırlar. Daha büyük partiler küçük partilere göre daha sıklıkla öneride bulunabilirler. Daha sonra komisyon içinde önerilen isimler tartışılır ve 2010 yılından beri adaylar dinlenir ve mülakata alınırlar. Minimum sekiz oyla, başka bir

deyişle seçim komisyonu üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla karar verilir. Seçim komisyonu tüm işlemler hakkında gizlilik yükümlülüğü altına sokulmuşlardır.

Bu yöntem her zaman eleştirilere konu olmuştur. Şeffaf olmayışın yanı sıra ilk planda, Kanun, hâkim seçimini yalnızca on iki Federal Parlamento üyesinden oluşan bir komisyona havale ederken, anayasaya göre “Federal Parlamento”nun seçimi yapması eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştiriye göre, öneride bulunma hakkının kime ait olması konusundaki mutabakat, asıl kararın az sayıdaki “partili prensin” elinde yoğunlaşmasına ve potansiyel aday alanının giderek parti üyeleri ve sempatanları üzerinde yoğunlaşarak daralmasına yol açmaktadır. Yine bu eleştiriye göre, parti sisteminin bir kopyası olan bu düzenleme içtihat organının konseptine uygun değildir; ve mahkemenin kararlarının kabul görmesi azalmaktadır.

Buna rağmen Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) 2012 yılında bu yöntemin anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.

Bu karara göre, yalnızca on iki komisyon üyesinin seçim yapması, tüm millet vekillerinin seçime katılma hakkını sınırlamış olmamaktadır. Yine bu karara göre, gizlilik anayasa hukuku bakımından meşru bir sınırlama olduğu için seçimler bu yöntem ile yapılabilir. Eğer komisyonun yaptığı seçim kamuya açık yapılsaydı, hâkimlerin prestijinde kayıplar söz konusu olabilirdi.

Fakat Anayasa Mahkemesi, seçim komisyonunun hiç bir surette anayasa tarafından zorlayıcı olarak ön görülüş olmadığını açıkça ortaya koymuştur. Buna göre, yasa koyucu “hâkim seçiminde başka koşullar belirlenmesi konusunda” engellenmemiştir.

Bu karar bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Federal Parlamento Başkanı, anayasa mahkemesinin büyük önemini vurgulayarak, mahkemenin üyelerinin kamuoyuna açık bir oturum halinde parlamentoda seçilmesini daha akla yatkın bulmuştur.

Seçim komisyonunun başkanı daha da ileriye gitmiştir: “Vatandaşlar da buna katılabilirler” diyerek önerilenlerin kamu oyuna açık bir biçimde mülakata alınmasını savunmuştur (SZ, 14.07.2012).

Başkaca değişiklik önerileri, şimdiki durumda mahkemenin 16 üyesinden yalnızca 5 ‘i kadın olduğu için mahkemenin cinsiyet bakımından adil olması için daha fazla kadın üyeyle oluşturulmasını talep etmiştir. Ayrıca bir hâkim seçimi için yalnızca üçte iki çoğunluğun değil, bunun yerine verilen oyların dörtte üçünün gerekli olması talep edilmiştir.

Eleştiriler sonuçsuz kalmamıştır. 2014 yılı sonunda Alman Federal Parlamentosu’nun tüm partileri müşterek olarak seçim yönteminin değiştirilmesi için

önerge vermişlerdir. 2015 yılında Federal Anayasa Mahkemesine İlişkin Kanun değiştirilmiştir.

Değişikliğin özünde, seçim yetkisinin genel kurula devredilmesi yatmaktadır. Seçim komisyonunun encümen olarak korunması; fakat görevinin genel kurula seçim için öneriler hazırlamak biçiminde sınırlanması hedeflenmiştir.

Yeni seçim yöntemi şöyledir:

Parlamento tarafından görevlendirilen hâkimler seçim komisyonunun önerisine göre görüşmesiz/müzakeresiz (aussage) olarak gizli oyla seçilmektedir.

Müzakere yasağı, Alman Anayasası içinde Federal Başbakanlık ve Federal Cumhurbaşkanlığı seçimi için zaten vardır.

Alman Parlamentosu Başkanlığı için yapılan seçimde aşağı yukarı benzeri örnekleri olduğu gibi seçimin gizlilik içinde yapılması gerekmektedir. Seçim komisyonunda seçimin hazırlık işleri de aynı biçimde gizlilik içinde yürütülür. Sonradan hâkim olacak kişilerin otoritelerinin göreve başlamadan önce kamu oyu önünde yapılacak kişisel bir tartışma ile zarar görmemesinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Seçim için kullanılan oyların üçte iki çoğunluğu, fakat minimum Alman Federal Parlamentosu üyelerinin çoğunluğu gereklidir. Bu durum seçim komisyonu içinde ve Federal Konsey (=Eyalet Temsilciler Meclisi) tarafından görevlendirilecek hâkimlerin seçimi için üçte ikilik bir çoğunluğa odaklanmaktadır ve böylece Federal Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin tarafsızlığının sağlanması hedeflenmektedir.

Değişiklik nasıl değerlendirilmelidir?

Demokratik meşruiyet

Şimdiye değin mahkemenin yüksek önemi ile onun bir komisyon içinde seçilmesi arasında bir uyumsuzluk bulunmaktaydı. Artık, Anayasa'nın öngördüğü gibi, parlamento tarafından seçim yapılmaktadır.

Böylece ve karar alma için gerekli yüksek çoğunluk (=karar nisabı) sayesinde mahkemenin meşruiyeti güçlendirilmektedir. Seçim için üçte iki gibi yüksek bir oy gerekliliği her bir siyasal çoğunluğu mahkemenin teşekkülü üzerinde tek taraflı olarak nüfuzunu (=etkisini) kullanmasını engellemektedir. Karar nisabı adayların belirli bir siyasal tarafsızlığa sahip olmasını talep etmektedir.

Gizlilik içinde yapılan bir ön seçim, Federal Parlamento tarafından yapılan resmi nihai bir seçime bağlanmaktadır.

### Kamu oyu önünde tartışma ile olan zıtlık

Gizlilik, kamu oyu önünde tartışmanın Almanya’da giderek artan önemiyle gelişmektedir. Tüm siyasal sorunlar hakkında açık tartışmalar yürütmekteyiz. Çoğulcu bir toplum ancak fikirlerin çatışmasından doğar.

2013 yılında verdiği bir kararla Federal Anayasa Mahkemesi aşağıdaki beyanda bulunmuştur: “Argüman ve karşı argümanın kamuya açık olarak görüşülmesi, kamu oyuna açık müzakere ve kamu oyuna açık tartışma demokratik parlamentarizmin önemli öğeleridir. (...). Geniş erişim alanına sahip kararlar bu nedenle, prensip olarak, kamu oyuna fikrini oluşturması ve bunu temsil etmesi için bir fırsat verilmesi sağlayan bir yöntemi tercih etmek/öne almak zorundadır (...)”. Fakat Federal Anayasa Mahkemesi’nin mantığına göre, ön seçim kararının gizliliği aleniyet ilkesini sınırlayabiliyor ise, bu geçerli olmamalıdır. Bu durumda bunun olmasının gerekip gerekmediği sorusu kalmaktadır.

### Şimdiye kadar uygulanan gizliliğin avantajı

Kuşkusuz Federal Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin şimdiye değin gizlilik içinde seçilmesi, seçim yönteminin tüm çekincelere karşın kabul edilmesi sonucu getirmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi’nin (BVerfG) teşekkülü her zaman çok sağlam olmuştur. Bu nedenle mahkeme ve hâkimleri halk içinde son derece yüksek bir saygınlığa erişmiştir. Genelde Federal Anayasa Mahkemesi’nin kararları her zaman kabul edilmektedir ve önemli konular hakkında siyasal olarak şiddetli ihtilaflar yaşanırken en yüksek hukuki bir merci yardımıyla hukuk barışının tesis edilmesi sağlanmaktadır.

Değişiklik bunu sağlamayı ve gelecekte de mahkemenin yüksek saygınlığının adaylar üzerinde yapılacak çelişik tartışmalarla zedelenmemesini istemektedir.

Buna karşın şimdiki değişikliğin iyi olup olmadığı veya aşağıda açıklanan diğer bakış açılarının dahil edilip edilmemesi tartışılmalıdır:

2/3 yerine 3/4 çoğunluk?

Kadın oranı?

Daha fazla federal hâkim?

Aynı zamanda meslekten olmayan hâkimler?

Adayların dinlenmesi ve mülakata alınması?

(Amerikan sistemi bu türden kamu oyu önünde gerçekleştirilen mülakatları ön görmektedir. Fakat aleniyetin diğer yüzü ise, hâkimlerin öncelikli olarak onların siyasal duruşlara olan yakınlıkları içinde görülmesi (değerlendirilmesi) veya bir mü-

lakatta avantaj sağlayacak adayların kendilerini kabul ettirmesidir. Örneğin Avrupa Komisyonu üyelerinde olduğu gibi eğer siyasal görevlerin üstlenilmesi söz konusu olduğunda bu türden mülakatlar Avrupa'da önemlidir. Adli görevlerde mesleki uygunluk ön planda olmalıdır).

Başkaca oy sayım yöntemi?

